

Cooperación y asistencia judicial
con la Corte Penal Internacional

Kai Ambos / Ezequiel Malarino / Gisela Elsner
(editores)

COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia

Con contribuciones de César Alfonso, Kai Ambos, Alejandro Aponte Cardona, Gustavo Badaró, Dino Carlos Caro Coria, Alma Lorena Falcón Lozada, Emanuela Fronza, Pablo Galain Palermo, José Luis Guzmán Dalbora, Salvador Herencia Carrasco, Paul Hernández Balmaceda, Ezequiel Malarino, Jaime Martínez Ventura, Juan Luis Modolell González, María Thereza Rocha De Assis Moura, Patricia Neri Guajardo, Héctor Olásolo, Pablo Parenti, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, Carina Quito, Elizabeth Santalla Vargas, Marcos Alexandre Coelho Zilli.

Georg-August-Universität-Göttingen



Instituto de Ciencias Criminales — Departamento
de Derecho Penal Extranjero e Internacional



**Konrad
Adenauer
Stiftung**

Programa Estado de Derecho
para Sudamérica

© 2007 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius@kasuy.org

www.kas.de

Editor Responsable

Gisela Elsner

Asistentes de Redacción

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Corrector

Alejandro Coto

Paginado, impreso y encuadernado

en **Mastergraf srl**

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 341.412/07 - Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISBN xxxx-xxxx-x-x

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Esta publicación se distribuye exclusivamente en forma gratuita, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| PRESENTACIÓN | |
| <i>Gisela Elsner</i> | 13 |
| PRÓLOGO | |
| <i>Kai Ambos – Ezequiel Malarino – Gisela Elsner</i> | 15 |
| LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS | 17 |

INFORMES NACIONALES

| | |
|---|-----|
| ARGENTINA | |
| <i>Pablo F. Parenti</i> | 23 |
| BOLIVIA | |
| <i>Elizabeth Santalla Vargas</i> | 69 |
| BRASIL | |
| <i>Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Gustavo Henrique Righi I. Badaró, Cleunice Valentim Bastos Pitombo e Carina Quito</i> | 107 |
| CHILE | |
| <i>José Luis Guzmán Dalbora</i> | 149 |
| COLOMBIA | |
| <i>Alejandro Aponte</i> | 183 |

| | |
|---|-----|
| COSTA RICA | |
| <i>Paul Hernández Balmaceda</i> | 237 |
| ECUADOR | |
| <i>Salvador Herencia Carrasco</i> | 259 |
| EL SALVADOR | |
| <i>Jaime Martínez Ventura</i> | 287 |
| ESPAÑA | |
| <i>Héctor Olásolo</i> | 315 |
| ITALIA | |
| <i>Emanuela Fronza</i> | 351 |
| MÉXICO | |
| <i>Alma Lorena Falcón Lozada, Elia Patricia Neri Guajardo</i> | 379 |
| PARAGUAY | |
| <i>César Alfonso</i> | 429 |
| PERÚ | |
| <i>Dino Carlos Caro Coria</i> | 445 |
| URUGUAY | |
| <i>Pablo Galain Palermo</i> | 493 |
| VENEZUELA | |
| <i>Juan Luis Modolell González</i> | 557 |
| ANÁLISIS COMPARATIVO | |
| LA ADECUACIÓN DEL DERECHO INTERNO AL ESTATUTO | |
| DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE COOPERACIÓN | |
| Y ASISTENCIA JUDICIAL. LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA | |
| <i>Ezequiel Malarino</i> | 579 |
| CONSIDERACIONES ADICIONALES | |
| CRÍMENES NUCLEARES DE DERECHO INTERNACIONAL Y PRINCIPIO | |
| DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA. | |
| A LA VEZ COMENTARIO A LA JURISPRUDENCIA ALEMANA | |
| DEL CASO ABU GHRAIB (GBA JZ 2005, 311 Y OLG, NSTZ 2006, 117) | |
| <i>Kai Ambos</i> | 645 |
| ANEXOS | 663 |
| LOS AUTORES | 729 |

Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional

En el marco de un convenio de cooperación entre el Programa Estado de Derecho para Sudamérica, de la Fundación Konrad Adenauer, y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Gotinga (República Federal de Alemania) fue establecido el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. Este grupo, que trabaja conjuntamente desde enero de 2002, cuenta actualmente con miembros de catorce países de América Latina (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Colombia, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) y otros estudiosos de Alemania, España e Italia.

Su objetivo principal es el estudio y análisis, desde una perspectiva de derecho comparado, del proceso de ratificación e implementación del Estatuto de Roma con especial atención en el ámbito latinoamericano. Otros temas de actualidad del derecho penal internacional también son objeto de estudio.

Los miembros se mantienen regularmente en contacto e informan cuatrimestralmente sobre el estado del proceso de implementación del Estatuto de Roma, así como sobre cualquier otro asunto de relevancia para el derecho penal internacional ocurrido en sus respectivos países.

Además de la presente publicación, el Grupo de Estudios ha finalizado tres otras investigaciones, publicadas en los siguientes volúmenes:

- Kai Ambos, Ezequiel Malarino (editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, KAS, Uruguay,

2003. Existe una versión reducida en portugués: Kai Ambos, Ezequiel Malarino (editores), *Persecução penal na America Latina e Espanha*, San Pablo, IBCCRIM, 2004.
- Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik (editores), *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina y España*, Montevideo, KAS, 2005.
- Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik (editores), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo, KAS, 2006. Existe una versión reducida en portugués: Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik (editores), *Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional*, San Pablo, IBCCRIM, 2006.

La composición del grupo es actualmente la siguiente:

Coordinadores

Prof. Dr. Kai Ambos

(Universidad de Gotinga, juez del Tribunal Estatal, Alemania)

Gisela Elsner

(Fundación Konrad Adenauer, Programa de Estado de Derecho para Sudamérica, Alemania-Uruguay)

Dr. Ezequiel Malarino

(Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Miembros

Prof. Dr. Alejandro Aponte (Colombia)

César Alfonso Larangueira (Paraguay)

Dr. James Bernard (Panamá)

Prof. Dr. Carlos Caro Coria (Perú)

Dr. Pablo Galain Palermo (Uruguay)

Prof. Dr. Dr. h.c. José Luis Guzmán (Chile)

Salvador Herencia (Perú, Ecuador)

Paul Hernández Balmaceda (Costa Rica)

Jaime Martínez Ventura (El Salvador)

Prof. Dr. Juan Luis Modollel (Venezuela)
Patricia Neri (México)
Pablo Parenti (Argentina)
Prof. Dr. Daniel R. Pastor (Argentina)
Prof. Dra. María Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil)
Elisabeth Santalla Vargas (Bolivia)

Referentes internacionales

Prof. Dra. Alicia Gil Gil (España)
Prof. Dra. Emanuela Fronza (Italia)
Dr. Hector Olásolo (España)

Para otras informaciones sobre el Grupo y sus actividades y para el acceso a las publicaciones, véanse:

⟨http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/Aufende_Projekte.html⟩.

⟨http://www.kas.de/proj/home/home/13/4/webseite_id-2262/index.html⟩.

El libro *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, cuarta publicación del ahora Grupo Latinoamericano de Estudios sobre el Derecho Penal Internacional (hasta marzo de 2006 se denominó Grupo de Estudios sobre la Corte Penal Internacional), presenta, como ya es una tradición anual en la Fundación Konrad Adenauer, los informes corregidos y actualizados de los integrantes del Grupo, dados a conocer en el encuentro de Lima, en marzo de 2006. Desde enero de 2002, los miembros del Grupo se reúnen una vez por año a exponer los resultados de su trabajo, a discutir e intercambiar opiniones y a marcar las pautas para la labor futura. La Fundación Konrad Adenauer, en cooperación con el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Gotinga, apoya al Grupo desde sus inicios, ha coorganizado todos sus encuentros y editado sus publicaciones.

El Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional ocupa, sin dudas, un lugar de privilegio en el Programa Estado de Derecho para Sudamérica. En primer lugar, porque se especializa en dos de los temas ejes de nuestro Programa, a saber, el derecho penal internacional y los derechos humanos, pero además, porque ha demostrado continuidad y profesionalismo a lo largo de este tiempo, así como un constante nivel de excelencia. Por otro lado, reúne juristas de toda América Latina, de España, Italia y Alemania, lo que se compadece con el espíritu de integración que nuestro Programa busca y apoya. Debe mencionarse también que el Grupo Latinoamericano de Estudios es el único de su tipo que, desde una perspectiva científica y de derecho comparado, tiene como fin contribuir a la efectiva implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, haciendo énfasis en la situación de América Latina.

La importancia de la Corte Penal Internacional es indudable. Desde el año 2002 el mundo cuenta por fin con una corte permanente que juzga a los responsables de las más graves violaciones de los derechos humanos, sin mencionar el efecto disuasivo que también cumple. En virtud del principio de complementariedad, se traduce también en un estímulo para que los Estados juzguen los crímenes graves, ya que, de no hacerlo, entiende en tales casos la Corte Penal Internacional. Al 1.º de enero de 2007, ciento cuatro países son parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de los cuales veintidós pertenecen a América Latina. Las cifras demuestran por sí solas la relevancia del

órgano jurisdiccional en este continente, donde el problema de la impunidad sigue teniendo mucha importancia. Por suerte, en los últimos años ha aumentado también en el nivel político la preocupación y la conciencia sobre el tema.

La cuarta publicación del Grupo Latinoamericano de Estudios contiene un estudio profundo de las disposiciones de la parte IX del Estatuto de Roma (“De la cooperación internacional y la asistencia judicial”), cuyo principio rector, determinado en el artículo 86 del Estatuto, establece la obligación de los Estados partes de “cooperar plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”. Los Estados partes deben adaptar el derecho procesal nacional para poder cumplir con esta obligación (artículo 88). La Corte depende, para poder cumplir con su cometido, de la colaboración particularmente estrecha con los Estados, incluso en cuanto a la ejecución de sus decisiones. Este libro presenta un análisis de las normas adoptadas o proyectadas en trece países latinoamericanos, en España e Italia para organizar la cooperación con la Corte.

La Fundación Konrad Adenauer continúa apoyando el trabajo del Grupo de Estudios y publicando sus investigaciones. Sus resultados nos enorgullecen y nos animan a seguir trabajando.

Para mí, además, participar en el encuentro de 2007 y prologar esta publicación tiene un especial valor, ya que este es el primer año en el que participaré personalmente y tendré la posibilidad de intercambiar ideas con sus expertos. Hasta ahora esta labor fue desempeñada por mi antecesor, el Dr. Jan Woischnik, quien se comprometió con el Grupo desde sus inicios.

Finalmente, me gustaría destacar la labor de los coordinadores Prof. Dr. Kai Ambos y Dr. Ezequiel Malarino, así como de los autores pertenecientes a toda América Latina y parte de Europa, que todos los años contribuyen al Grupo con sus informes de forma gratuita. A todos les agradezco especialmente su aporte y animo a seguir investigando y trabajando en estos temas de cada vez mayor trascendencia.

Sin dudas este volumen titulado *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional* tendrá el mismo éxito que las publicaciones del Grupo que lo antecedieron y será un valioso libro de consulta para todos los profesionales del derecho.

Gisela Elsner
Programa Estado de Derecho para Sudamérica
Fundación Konrad Adenauer

Prólogo

Nos complace enormemente presentar los resultados de la cuarta investigación del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, integrado esencialmente por investigadores latinoamericanos y apoyado por el Programa Estado de Derecho para Sudamérica, de la Fundación Konrad Adenauer, y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Gotinga (República Federal de Alemania).

La obra que se presenta analiza, desde una perspectiva de derecho comparado latinoamericano, las leyes, proyectos o anteproyectos de ley existentes en los Estados de la región para adaptar sus ordenamientos jurídicos al Estatuto de Roma en materia de cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Sus trabajos individuales, actualizados y revisados para esta publicación, han sido expuestos y discutidos en el seminario internacional *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, organizado por el Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad Católica de Lima, en la ciudad de Lima, Perú, los días 30 y 31 de marzo y 1.º de abril de 2006.

El libro se compone de trece informes latinoamericanos sobre la normativa adoptada o proyectada en materia de cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional y un trabajo final de síntesis sobre la situación de la implementación en esta materia en los Estados de América Latina (Ezequiel Malarino). Además, se han incorporado dos informes referidos a Estados europeos y un trabajo sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal contenido en el Código Penal Internacional alemán en caso de crímenes de derecho internacional, que toma como punto de partida el caso *Abu Ghraib / Rumsfeld* (Kai Ambos). Para facilitar la comprensión del tema al lector hispanohablante se han incluido las traducciones de las decisiones de la Fiscalía General Federal (*Generalbundesanwaltschaft*) y del Tribunal Superior Estadual de Stuttgart (*Oberlandesgericht Stuttgart*) referidas a este caso. En anexo se ofrece una traducción de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional aprobada por el Parlamento alemán.

Deseamos agradecer en este lugar a todos quienes han hecho posible la publicación de esta obra y la realización del seminario de discusión. En primer lugar, al

Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer, por la organización y financiación del encuentro desarrollado en la ciudad de Lima, por la financiación de la presente publicación y por el constante apoyo que, desde el año 2002, presta para la consolidación de este grupo de estudios. Especialmente agradecemos a Manfredo Steffen por su eficiencia en las cuestiones organizativas. En segundo lugar, a Daniel Pastor por la traducción de la Ley de Cooperación alemana y a Alejandro Kiss por la cotraducción de la contribución de Kai Ambos y de las decisiones de la Fiscalía General Federal alemana y del Tribunal Superior Estadual de Stuttgart. Por último, y especialmente, a quienes con sus trabajos hicieron posible esta publicación: César Alfonso (Paraguay), Alejandro Aponte (Colombia), Cleunice Valentim Bastos Pitombo (Brasil), Carlos Caro Coria (Perú), Marcos Coelho Zilli (Brasil), Emanuela Fronza (Italia), Pablo Galain Palermo (Uruguay), José Luis Guzmán Dalbora (Chile), Salvador Herencia Carrasco (Ecuador), Paul Hernández Balmaceda (Costa Rica), Jaime Martínez Ventura (El Salvador), Juan Luis Modolell (Venezuela), Patricia Neri (México), Héctor Olásolo (España), Pablo Parenti (Argentina), Carina Quito (Brasil), Gustavo Henrique Righi I. Badaró (Brasil), Maria The-reza Rocha de Assis Moura (Brasil) y Elisabeth Santalla Vargas (Bolivia).

Kai Ambos – Ezequiel Malarino – Gisela Elsner
Gotinga – Buenos Aires – Montevideo
Diciembre de 2006

Lista de siglas y abreviaturas

| | |
|--------|--|
| ACP | Antiguo Código Penal |
| ACPP | Antiguo Código de Procedimiento Penal |
| ADCL | <i>Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano</i> |
| AGU | Advocacia Geral da União |
| APICPI | Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, de Naciones Unidas, de 10.09.2002 |
| APL | anteproyecto de ley |
| CF | Constituição Federal |
| CFPP | Código Federal de Procedimientos Penales |
| CGP | Código General del Proceso |
| CICR | Comité Internacional de la Cruz Roja |
| CIE | Convención Interamericana sobre Extradición. Caracas, 1981 |
| CJM | Código de Justicia Militar |
| CN | Constitución nacional |
| CNDH | Comisión Nacional de los Derechos Humanos |
| CP | Código Penal |
| CPC | Código de Proceso Civil |
| CPECh | Código Penal del Estado de Chihuahua, México |
| CPEUM | Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos |
| CPF | Código Penal Federal |
| CPI | Corte Penal Internacional |
| CPP | Código de Procedimiento Penal, Bolivia |

| | |
|-----------|---|
| CPP | Código Procesal Penal |
| CPPI | Código Procesal Penal italiano |
| CSJN | Corte Suprema de Justicia de la Nación |
| CTTPCID | Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles e Inhumanas |
| CU | Constitución uruguaya |
| CVDT | Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969 |
| DF | Distrito Federal |
| DL | decreto ley |
| DOF | <i>Diario Oficial de la Federación</i> |
| DS | decreto supremo |
| E.Est. | Estatuto do Estrangeiro |
| ECPI | Estatuto de la Corte Pernal Internacional o Estatuto de Roma |
| EE. UU. | Estados Unidos de América |
| ER | Estatuto de Roma |
| EUROORDEN | Orden de Detención Europea (Decisión Marco DC 2002) |
| Ext. | extradição |
| FKA | Fundación Konrad Adenauer |
| GTZ | Cooperación técnica alemana |
| IBCCrim | Instituto Brasileiro de Ciências Criminais |
| INACIPE | Instituto Nacional de Ciencias Penales |
| JICJ | <i>Journal of International Criminal Justice</i> |
| L | ley |
| LA | Ley de Amparo |
| LCEM | Ley de colaboración del Estado mexicano con la CPI |
| LCIMP | Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal |
| LEI | Ley de Extradición Internacional |
| LFRSP | Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos |
| LJU | <i>La Justicia Uruguaya</i> |
| Mercosur | Mercado Común del Sur |
| MP | Ministerio Público |
| NCPP | Nuevo Código de Procedimiento Penal (en vigor), Bolivia |
| NCPP | Nuevo Código del Proceso Penal, Uruguay |
| ODE | Orden de detención europea |
| OEA | Organización de Estados Americanos |

| | |
|-------------|--|
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| PA | Proyecto aprobado por la Cámara de Senadores, Argentina, 23.6.2004 |
| PAI | Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, 1949 |
| PAII | Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, 1949 |
| PCD 2003 | Proyecto n.º 2724 de la Cámara de Diputados, Italia, 2003 |
| PCD 2005 | Proyecto n.º 6050 de la Cámara de Diputados, Italia, 2005 |
| PCI | Proyecto de la Comisión Interministerial |
| PCMJ | Proyecto Comisión Conforti instituida por el Ministerio de Justicia, Italia |
| PGR | Procuraduría General de la República, México |
| PIU | Proyecto de Ley sobre Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad, Crímenes de Guerra y Cooperación con la Corte Penal Internacional |
| PJF | Poder Judicial de la Federación |
| PL | proyecto de ley |
| PLI | Proyecto de ley de implementación del ECPI |
| PS 2003 | Proyecto n.º 1638 del Senado, Italia, 2003 |
| PS 2005 | Proyecto n.º 3574 del Senado, Italia, 2005 |
| RCP | <i>Revista de Ciencias Penales</i> |
| RDCU | <i>Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay</i> |
| RFDCS | <i>Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales</i> |
| RIDP | <i>Revista Interamericana de Derecho Procesal</i> |
| RMCUE | <i>Revue du Marchè Commun et de l'Union Européenne</i> |
| RP | <i>Revista Penal</i> |
| RPCP | <i>Revista Peruana de Ciencias Penales</i> |
| RPP, RPPCPI | Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional |
| SCJN | Suprema Corte de Justicia de la Nación, Argentina |
| SRE | Secretaría de Relaciones Exteriores |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| StPO | Código Procesal Penal alemán |
| TAP | Tribunal de Apelaciones en lo Penal |
| TPI | Tribunal Penal Internacional |
| TPIR | Tribunal Penal Internacional para Ruanda |
| TPIY | Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia |
| TRF | Tribunal Regional Federal |

| | |
|-------|--|
| UAC | Universidad Autónoma de Campeche, México |
| UAM | Universidad Autónoma Metropolitana, México |
| UE | Unión Europea |
| UIA | Universidad Iberoamericana |
| VStGB | Código Penal Internacional alemán |

Abreviaturas

| | |
|--------------|----------------------|
| art. (arts.) | artículo(s) |
| cf. | confróntese |
| ed. (eds.) | editor(es) |
| n.º | número |
| nm. | nota(s) marginal(es) |
| num. | numeral |
| o. cit. | obra citada |
| p. (pp.) | página(s) |
| s. (ss.) | siguiente(s) |
| v. gr. | verbigracia |
| vol. | volumen |

Informes nacionales

1 • Introducción

Uno de los aspectos que los Estados deben encarar al hacerse partes en el Estatuto de Roma es el dictado de normas de derecho interno que organicen la cooperación con la Corte Penal Internacional (CPI). La importancia de esta cuestión para el sistema penal creado por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI) radica en que numerosas medidas necesarias para el avance de los procesos ante la CPI sólo podrán ser llevadas a cabo mediante la colaboración de los Estados. Si bien la cooperación con la CPI *puede* ser brindada por cualquier Estado e incluso por organizaciones no estatales,¹ para los Estados partes en el ECPI existen *obligaciones* de cooperación que surgen de este tratado y para cuyo cumplimiento puede ser necesario el dictado de normas de derecho interno. Al respecto, cabe recordar que el ECPI dispone en su parte IX, titulada “De la cooperación internacional y la asistencia judicial”, que los Estados partes “se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a las formas de cooperación previstas en la presente parte” (art. 88).

Otro aspecto que los Estados partes deben abordar es el de la tipificación en el ámbito nacional de aquellas conductas que el ECPI describe bajo el título “Delitos contra la administración de justicia de la Corte”. Aquí el ECPI consagra una obligación expresa de adecuar la legislación penal cuando establece que todo Estado parte

¹ Cf. párrafos 5 y 6 del art. 87 del ECPI.

“hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales” (art. 70.4.a). Como puede advertirse, se trata de una norma que consagra, de manera análoga a lo que sucede habitualmente a nivel nacional, un mecanismo de protección *penal* de la administración de justicia de la CPI.

La República Argentina —Estado parte en el ECPI desde febrero de 2001— no ha dictado hasta el momento normas de implementación. Si bien se han elaborado diversos proyectos sobre la materia, ninguno logró convertirse en ley. Uno de ellos obtuvo la aprobación de la Cámara de Senadores en junio de 2004; sin embargo, no fue tratado por la Cámara de Diputados y durante el año 2006 perdió estado parlamentario. Actualmente existen otros proyectos presentados en el Congreso de la Nación a la espera de su tratamiento y, en fecha reciente (6 de septiembre de 2006), el Senado aprobó un proyecto de ley muy similar al que había aprobado en el año 2004.

El presente informe tiene por objeto analizar la adecuación normativa del ordenamiento jurídico de la República Argentina a efectos de hacer posible la cooperación judicial con la CPI y la persecución penal en sede nacional de las conductas descritas en el ECPI como delitos contra la administración de justicia. Siguiendo el esquema que se ha definido para la elaboración de los informes nacionales, se analizará en primer lugar el marco normativo vigente en la República Argentina para la asistencia judicial interestatal así como la jurisprudencia sobre cooperación en casos de crímenes de derecho internacional (apartado II). Luego se analizarán los aspectos del ECPI que deben ser regulados por la legislación nacional para hacer posible la cooperación con la CPI y se hará referencia al modo en que los diversos proyectos de ley han tratado la cuestión (apartado III). Finalmente, se tratará el punto relativo a la persecución penal en sede nacional de los delitos contra la administración de justicia de la CPI (apartado IV).

2. Asistencia judicial interestatal

2.1. Marco normativo

2.1.1. Constitución Nacional y tratados internacionales

El texto de la Constitución nacional (CN) argentina no contiene normas que se refieran especialmente a la extradición o a la cooperación internacional. Sí pueden encontrarse referencias a estas materias en algunos de los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la CN).² Se trata de instrumentos internacionales que, si bien no tienen por objeto específico regular la extradición o la cooperación judicial, incluyen normas que buscan favorecer la extradición de personas acusadas o condenadas por ciertos delitos graves, o bien impedir la extradición en casos donde exista un riesgo para los derechos fundamentales de las personas.³

Más allá de estas referencias puntuales que contienen los instrumentos aludidos, la asistencia judicial interestatal está regulada principalmente por tratados internacionales y por la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal.⁴

En cuanto a los *tratados internacionales* celebrados por la República Argentina que tienen por objeto específico regular la cooperación internacional en materia penal, se encuentran vigentes convenios bilaterales con los siguientes países: Australia,⁵

² Por regla, los tratados internacionales se encuentran en un nivel inferior a la Constitución Nacional (art. 27) y superior a las leyes (art. 75, inc. 22, de la CN). Poseen *jerarquía constitucional* los tratados e instrumentos internacionales mencionados expresamente en el art. 75, inc. 22, de la CN. A su vez, esa norma prevé la posibilidad de que el Congreso otorgue jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos mediante su aprobación por una mayoría de dos terceras partes de los votos de cada una de las dos Cámaras (Diputados y Senadores). Hasta la fecha, se ha otorgado jerarquía constitucional a través de este mecanismo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 24820, sancionada el 30 de abril de 1997) y a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ley 25778, sancionada el 20 de agosto de 2003).

³ Los instrumentos que gozan de jerarquía constitucional de acuerdo con el art. 75, inc. 22, de la CN y que contienen normas que se refieren a la cooperación internacional en materia penal, a la extradición o a materias que eventualmente pueden estar vinculadas —como el asilo o la expulsión del territorio— son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 8 y 27); la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 14); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 22); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 13); la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. 7); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (arts. 3, 5 y 6); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (arts. 4, 5 y 6); y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (art. III).

⁴ Ley 24767, sancionada el 18 de diciembre de 1996.

⁵ Tratado de Extradición, aprobado por la ley 23729 sancionada el 13 de septiembre de 1989, y Tratado sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, aprobado por la ley 24038 sancionada el 27 de noviembre de 1991.

Bélgica,⁶ Bolivia,⁷ Brasil,⁸ Colombia,⁹ Corea,¹⁰ Costa Rica,¹¹ Chile,¹² España,¹³ Estados Unidos de América,¹⁴ Italia,¹⁵ Países Bajos,¹⁶ Perú,¹⁷ Paraguay,¹⁸ Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte,¹⁹ Suiza²⁰ y Uruguay.²¹

Asimismo, la República Argentina forma parte de convenios multilaterales sobre extradición y asistencia judicial internacional: el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889,²² el Tratado Interamericano de Extradición de 1933²³ y el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales (Mercosur).²⁴

A ellos se suman los tratados internacionales que se refieren a la persecución de ciertos delitos de trascendencia internacional y que contienen normas sobre extradición y asistencia judicial, tales como la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas;²⁵ la Convención Interamericana contra la Corrupción;²⁶ el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas

⁶ Convención para la Extradición de Malhechores, aprobada por la ley 2239 sancionada el 19 de noviembre de 1887.

⁷ Convención para Suprimir las Legalizaciones en los Exhortos que en Materia Civil o Criminal se Dirijan entre Sí los Tribunales de Ambos Países, aprobada por la ley 11692 sancionada el 21 de julio de 1933.

⁸ Tratado de Extradición, aprobado por la ley 17272 sancionada el 9 de mayo de 1967.

⁹ Acuerdo de Asistencia Judicial en Materia Penal, aprobado por la ley 25348 sancionada el 1º de noviembre de 2000.

¹⁰ Tratado de Extradición, aprobado por la ley 25303 sancionada el 7 de septiembre de 2000.

¹¹ Convenio sobre Mutua Asistencia Judicial contra el Tráfico Ilícito de Drogas, aprobado por la ley 24553 sancionada el 13 de septiembre de 1995.

¹² Convenio Relativo a la Tramitación de Exhortos Judiciales, aprobado por la ley 15989 sancionada el 26 de octubre de 1961.

¹³ Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal, aprobado por la ley 23708 sancionada el 13 de septiembre de 1989.

¹⁴ Tratado de Asistencia Mutua en Asuntos Penales, aprobado por la ley 24034 sancionada el 27 de noviembre de 1991, y Tratado de Extradición, aprobado por la ley 25126 sancionada el 4 de agosto de 1989.

¹⁵ Convención de Asistencia Judicial en Materia Penal, aprobada por la ley 23707 sancionada el 13 de septiembre de 1989; Convención de Extradición, aprobada por la ley 23719 sancionada el 13 de septiembre de 1989, y el Acuerdo sobre Cooperación en la Lucha contra el Terrorismo, el Tráfico Ilícito Internacional de Estupefacientes y la Criminalidad Organizada, aprobado por la ley 24530 sancionada el 9 de agosto de 1985.

¹⁶ Convención para la Extradición de Malhechores, aprobada por la ley 3495 sancionada el 2 de septiembre de 1897.

¹⁷ Acuerdo de Asistencia en Materia Penal, aprobado por la ley 25307 sancionada el 7 de septiembre de 2000.

¹⁸ Tratado de Extradición, aprobado por la ley 25302 sancionada el 7 de septiembre de 2000.

¹⁹ Tratado para la Mutua Entrega de Criminales, aprobado por la ley 3043 sancionada el 6 de diciembre de 1893.

²⁰ Tratado de Extradición, aprobado por la ley 8348 sancionada el 27 de septiembre de 1911.

²¹ Convenio sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, aprobado por la ley 22410 sancionada el 27 de febrero de 1981, y Tratado de Extradición, aprobado por la ley 25304 sancionada el 12 de octubre de 2000.

²² Aprobado por la ley 3192 sancionada el 6 de diciembre de 1894. Este tratado vincula a Argentina, Bolivia, Perú y Uruguay.

²³ Aprobado por el decreto ley 1638 del 31 de enero de 1956. Este tratado rige para Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

²⁴ Aprobado por la ley 25095 sancionada el 21 de abril de 1999. En el ámbito del Mercosur existen además el Acuerdo sobre Extradición adoptado en Río de Janeiro en noviembre de 1998 entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (CMC/DEC. 14/98) y el Acuerdo entre el Mercosur, Bolivia y Chile (CMC/DEC. 15/89).

²⁵ Aprobada por el decreto ley 24072, sancionada el 11 de marzo de 1992.

²⁶ Aprobada por la ley 24759, sancionada el 4 de diciembre de 1996.

el 9 de diciembre de 1999;²⁷ los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949;²⁸ el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves,²⁹ firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil,³⁰ firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988;³¹ la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en su resolución 34/146 el 17 de diciembre de 1979;³² el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997;³³ la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 9 de diciembre de 1985.³⁴

2.1.2. La Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal

La Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (LCIMP) establece el procedimiento y determina los requisitos que deben observarse para los pedidos de extradición y de asistencia judicial entre Argentina y otros Estados. Esta ley se aplica, en primer término, cuando no exista un tratado que vincule a los Estados involucrados. A su vez, en caso de existir un tratado vigente, la ley se aplica subsidiariamente para todo aquello que no esté regulado en el instrumento internacional respectivo³⁵ (por ejemplo, el procedimiento interno para considerar y resolver la solicitud).

La LCIMP contiene disposiciones referidas a diversos aspectos de la cooperación internacional: la extradición activa y pasiva, el arresto provisorio, otras medidas de asistencia para la investigación y el juzgamiento de delitos, el cumplimiento de

²⁷ Aprobado por la ley 26024 sancionada el 30 de marzo de 2005.

²⁸ Argentina aprobó los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 por decreto ley 14442, ratificado por la ley 14467, y los Protocolos Adicionales fueron aprobados por la ley 23379 del 25 de septiembre de 1986.

²⁹ Aprobado por decreto ley 19793 del 21 de agosto de 1972.

³⁰ Aprobado por decreto ley 20411 del 18 de abril de 1973.

³¹ Aprobado por Argentina mediante la ley 24209 del 19 de abril de 1993.

³² Aprobada por Argentina mediante la ley 23956 del 3 de julio de 1991.

³³ Aprobado por Argentina mediante la ley 25762 del 16 de julio de 2003.

³⁴ Aprobada por la ley 23652 del 29 de septiembre de 1988.

³⁵ Cf. art. 2, que también dispone que las normas de la ley 24767 "servirán para interpretar el texto de los tratados".

condenas dictadas en el extranjero y el cumplimiento en el extranjero de condenas dictadas en Argentina. Dada la importancia de esta ley en el ordenamiento jurídico argentino, cabe hacer una breve descripción de su contenido.

a) Para la *extradición pasiva* se establece un trámite mixto (administrativo y judicial) de tres etapas. La primera de ellas, a cargo del Poder Ejecutivo, se inicia con la recepción de la solicitud de extradición que debe ser enviada por el Estado extranjero por vía diplomática (art. 19). La ley establece ciertas causas para el rechazo de la solicitud durante esta primera etapa. Ello puede ocurrir en caso de que el pedido se refiera a una persona que posea la condición de refugiado y la solicitud provenga “del país que motivó el refugio” (art. 20); cuando existan “especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden públicos u otros intereses esenciales para la Argentina, que tornen inconveniente el acogimiento del pedido” (art. 10) o cuando no exista o no se ofrezca reciprocidad por parte del Estado requirente (art. 3). Asimismo, corresponde al Poder Ejecutivo verificar el cumplimiento de los requisitos formales de la solicitud.³⁶ La ley regula también en esta etapa el caso de que el pedido de extradición se refiera a delitos que cayeren también bajo la jurisdicción argentina. Esa circunstancia no constituye un obstáculo para la cooperación judicial (art. 5). Sin embargo, en el caso de tratarse de un pedido de extradición, la ley establece que el Poder Ejecutivo resolverá si le da o no curso al pedido y agrega que “podrá darle curso” cuando el delito por el que se requiere la extradición “integre una conducta punible significativamente más grave, que fuese de la competencia del Estado requirente y ajena a la jurisdicción argentina” o cuando el Estado requirente “tuviese facilidades notoriamente mayores que la República Argentina para conseguir las pruebas del delito” (art. 23).

En caso de no rechazarse el pedido por alguna de las causales mencionadas, se inicia el trámite judicial. La ley establece que en esta etapa el Ministerio Público Fiscal representa “el interés por la extradición”, sin perjuicio de que el Estado requirente puede intervenir como parte en el proceso por medio de apoderados (art. 25). En cuanto al trámite a seguir, la ley dispone que, una vez recibido el pedido, el juez debe librar la orden de detención de la persona requerida.³⁷ Dentro de las veinticuatro

³⁶ La ley establece la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto al que le corresponde dictaminar sobre el cumplimiento de las condiciones mencionadas.

³⁷ El art. 26 de la LCIMP limita la posibilidad de obtener la libertad durante el trámite de excarcelación. Sin embargo, numerosos fallos han considerado inconstitucional esa limitación y han aplicado las normas del Código Procesal Penal que regulan la excarcelación.

horas siguientes a la detención, la persona debe ser informada sobre el motivo de la detención y los detalles de la solicitud e invitada a nombrar defensor. La persona requerida puede otorgar su consentimiento libre y expreso para ser extraditado, en cuyo caso corresponde que el juez resuelva sin más trámite. De lo contrario, debe llevarse a cabo el juicio de extradición que tiene por objeto decidir si se cumplen las condiciones legalmente establecidas para la procedencia de la medida. Expresamente la ley aclara que en el juicio no puede discutirse la existencia del hecho imputado o la culpabilidad de la persona requerida (art. 30).³⁸

La LCIMP establece ciertas condiciones para la procedencia de la extradición, tales como que el hecho sea punible tanto en Argentina como en el Estado requirente (doble punibilidad); que la pena prevista supere un cierto umbral de gravedad³⁹ y, en caso de tratarse de un pedido de extradición para el cumplimiento de una condena, que la pena que faltare cumplir fuese de al menos un año de privación de libertad al momento de la solicitud (art. 6). Asimismo, la ley establece una serie de causales de rechazo de la solicitud: que se trate de un delito político o previsto exclusivamente por la ley penal militar; que el proceso evidencie propósitos persecutorios; que el proceso que motiva el pedido tramite ante una comisión especial de las prohibidas por el art. 18 de la CN; que existan motivos fundados para suponer que la persona requerida podría ser sometida a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; que el delito tenga prevista la pena de muerte y el Estado no diere suficientes seguridades de que no será aplicada en el caso; que la acción o la pena se hallen prescriptas en el Estado requirente; que la persona haya sido juzgada en Argentina o en otro país por el hecho que motiva el pedido (*ne bis in idem*); que la persona requerida, en razón de su edad, sería considerada inimputable por la ley argentina; que la condena haya sido impuesta en un proceso tramitado “en rebeldía” (*in absentia*) y el Estado requirente no diere seguridades de que el caso se reabrirá para escuchar al condenado, permitirle ejercer su derecho de defensa y dictar en consecuencia una nueva sentencia; que el Estado requirente no diere seguridades de que se computará el tiempo en detención que demande el proceso de extradición como si el extraditado lo hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el pedido (arts. 8 y 11). La ley también establece los datos que necesariamente deben estar incluidos en el pedido

³⁸ Asimismo, la ley excluye del objeto del juicio las circunstancias previstas en los artículos 3, 5 y 10 que, como se ha dicho antes, deben ser decididas por el Poder Ejecutivo (existencia u ofrecimiento de reciprocidad, razones de soberanía o de seguridad nacional y concurrencia de jurisdicciones).

³⁹ Se exige “una pena privativa de libertad con mínimo y máximo tales que su semisuma sea al menos de un año” (art. 6).

de extradición, según se trate de personas imputadas o de personas condenadas (v. gr., la descripción clara del hecho delictivo; la tipificación legal del hecho; una explicación de las razones por las cuales el Estado requirente es competente y los motivos por los cuales la acción penal o la pena no se encuentran extinguidas; testimonio de la resolución que ordena la detención o que impone la condena; el texto de las normas penales pertinentes; los datos que identifiquen a la persona requerida).⁴⁰

La sentencia debe decidir si la extradición es o no procedente. En caso de que el juez considere que no lo es, la extradición es indefectiblemente rechazada. Por el contrario, si el juez entiende que la solicitud es procedente debe remitir copia del expediente al Ministerio de Relaciones Exteriores para que se adopte la decisión final en sede administrativa. Los motivos que la ley enuncia para el rechazo por el Poder Ejecutivo de una extradición declarada procedente por sentencia firme son los que surgen de los arts. 3 y 10, esto es, la inexistencia de reciprocidad por parte del Estado requirente y las razones de soberanía o de seguridad nacional. Estas circunstancias, si bien son objeto de análisis durante la primera etapa administrativa, luego de la sentencia deben ser consideradas nuevamente al momento de adoptarse la decisión final. Otro posible motivo para el rechazo de la extradición pese a existir una sentencia que la declara procedente, se refiere a la nacionalidad argentina de la persona requerida. Según la ley, la nacionalidad argentina no es, por regla, un obstáculo para la extradición. Sin embargo, en caso de ausencia de tratado, se prevé la opción para el nacional de ser juzgado por los tribunales argentinos.⁴¹ Esta opción no rige, claro está, cuando exista un tratado que obligue a la extradición de nacionales. A su vez, en caso de que exista un tratado que faculte a los Estados a la extradición de nacionales y la persona requerida opte por ser juzgada en el país, la decisión de hacer lugar o no a la opción corresponde al Poder Ejecutivo en la etapa que aquí se describe, esto es, luego de que una sentencia haya declarado procedente la extradición (arts. 12 y 36).

La LCIMP también prevé la posibilidad de diferir la entrega de la persona cuando esté siendo sometida a proceso o cumpliendo pena en Argentina,⁴² o cuando

⁴⁰ Cf. arts. 13 y 14.

⁴¹ La ley exige que la calidad de nacional haya existido al momento de comisión del hecho y subsista al momento de la opción (art. 12).

⁴² A su vez, se establece la posibilidad de hacer efectiva la extradición, pese a la existencia de procesos en curso o de condenas pendientes de cumplimiento, si el delito por el que se concedió la extradición "fuese de una entidad significativamente mayor que el que obsta a la entrega, o cuando resultare que la postergación podría determinar la impunidad del reclamado en el Estado requirente" (art. 39).

el traslado pudiera resultar peligroso para la salud (art. 39). Asimismo, regula el caso de solicitudes concurrentes, que debe ser decidido por el gobierno según ciertos criterios que la ley determina (arts. 15 y 16).⁴³

b) La ley se refiere brevemente a la *extradición activa* enunciando los requisitos que deben tener los pedidos de extradición que formulen los jueces argentinos y disponiendo que las solicitudes deben enviarse a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, el que antes de darle curso debe dictaminar sobre su procedencia (arts. 62 a 66).

c) La LCIMP también regula la *asistencia en la investigación y el juzgamiento de delitos*. Rigen al respecto varias de las condiciones establecidas para la procedencia de la extradición, así como las causales para su rechazo. Sin embargo, a diferencia del caso de la extradición, para otro tipo de medidas de asistencia no se requiere que el hecho que motiva el pedido sea delictivo según la ley penal argentina, salvo cuando la medida que se solicite consista en el secuestro de bienes, registros domiciliarios, seguimiento de personas, interceptación de correspondencia o intervención de comunicaciones telefónicas (art. 68). En tales casos, se exige que el hecho constituya delito pero no se hace referencia a un mínimo de pena como sucede en el caso de la extradición. En cuanto al procedimiento, el pedido de asistencia debe ser cursado por el Estado requirente por vía diplomática y el trámite administrativo que se inicia se rige por las normas previstas para la extradición. En caso de que no haya obstáculos para la cooperación, toma intervención el Ministerio de Justicia, el que, según el tipo de medida de que se trate, dispone la intervención de la autoridad que corresponda. No es forzosa, por tanto, la participación del Poder Judicial salvo en los casos en que el cumplimiento de la medida así lo requiera (art. 74). La ley establece la posibilidad de que los funcionarios y representantes de las partes que hayan sido autorizados por el Estado requirente participen en el cumplimiento de las diligencias “en la medida en que ello no contraríe la legislación argentina” (art. 69).

⁴³ La ley también prevé en el capítulo de la extradición activa otras cuestiones como la entrega de objetos y documentos que estuvieran en poder de la persona requerida; los gastos ocasionados por el transporte de la persona y los objetos; el arresto provisorio; el principio de especialidad y la reextradición; y la extradición en tránsito.

d) Finalmente, la ley contiene una parte que regula el *cumplimiento de condenas*, que comprende tanto el cumplimiento en Argentina de condenas dictadas en el extranjero como el cumplimiento en el extranjero de condenas dictadas en Argentina (en ambos casos, en relación con penas privativas de la libertad de cumplimiento efectivo o condicional, condenas de multa o decomiso de bienes y condenas de inhabilitación).⁴⁴

2.2. Práctica relevante en materia de cooperación internacional en casos de crímenes de derecho internacional

Descrito brevemente el marco normativo que rige en materia de extradición y cooperación internacional, cabe hacer referencia a la práctica relevante en casos de crímenes de derecho internacional.

La República Argentina ha recibido diversas solicitudes de extradición y de asistencia judicial por hechos que pueden calificarse como crímenes de derecho internacional —o, al menos, que han intentado ser calificados de ese modo en el curso de los trámites llevados a cabo en el marco de los respectivos pedidos de cooperación. Algunos de estos casos han generado ciertas discusiones acerca de las bases jurídicas sobre las cuales debían ser analizados; en particular, con relación a la prescripción de la acción penal y a la posible aplicación de la regla de la imprescriptibilidad establecida por el derecho internacional. A continuación, se mencionarán los casos más relevantes que se han originado en solicitudes de extradición por hechos cometidos en el extranjero. Posteriormente, se describirá brevemente cuál ha sido el comportamiento del Estado argentino frente a pedidos de extradición y de cooperación judicial en casos donde tribunales extranjeros investigaban hechos cometidos en la República Argentina.

2.2.1. *El caso Bohne*

El primer precedente que puede destacarse es el pedido de extradición de *Gerhard Johannes Bernard Bohne*, formulado por la República Federal de Alemania por hechos cometidos durante el régimen nazi. Este caso fue llevado a la Corte Suprema

⁴⁴ Cf. arts. 82 a 119 de la LCIMP.

de Justicia de la Nación (CSJN) luego de que un tribunal hiciera lugar a la solicitud de extradición. La Corte tuvo que pronunciarse sobre tres planteos formulados por la defensa. Por un lado, ciertas defensas de fondo (cumplimiento de la ley, obediencia debida, coacción, etcétera) que fueron alegadas como impedimentos para la procedencia del pedido. Al respecto, la CSJN consideró que el análisis de esas “causas de impunidad” no integraba el objeto propio de la extradición y que el rechazo de la extradición sobre la base de esas circunstancias “importaría arrogarse la jurisdicción del tribunal competente para juzgar al nombrado”.⁴⁵ En segundo término, la CSJN descartó que los hechos que se le imputaban a Bohne pudieran ser considerados “delitos políticos”; ello, dado que no encuadraban en la noción tradicional de esa categoría de hechos y, además, en razón de que su extrema gravedad impedía de todos modos el empleo de la noción de delito político como límite a la extradición.⁴⁶ Finalmente, la CSJN rechazó el planteo de que la acción penal había prescrito en Alemania, argumentando que aun si se aplicara el plazo de quince años propuesto por la defensa, la prescripción no habría operado por existir diversas causas de interrupción.⁴⁷ En consecuencia, la CSJN confirmó la procedencia de la extradición solicitada.

2.2.2. El caso Schwammberger

El siguiente caso que merece ser citado también tenía por objeto un pedido de extradición de la República Federal de Alemania por hechos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Se trata del pedido de extradición de *Josef Leo Schwammberger*. La importancia de este caso para la jurisprudencia argentina supera el ámbito de la extradición y radica en que uno de los jueces que intervino fundó ampliamente la aplicación de normas del derecho internacional general inaugurando una línea argumental que años más tarde fue retomada por la CSJN en otro caso de extradición

⁴⁵ Cf. la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada el día 24 de agosto de 1966 (disponible en www.csjn.gov.ar y en la colección oficial *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, t. 265, pp. 219 y ss.). El párrafo citado corresponde al considerando 4.º.

⁴⁶ Los hechos imputados a Bohne, según el fallo de la CSJN, consistían en haber intervenido en el planeamiento, organización y funcionamiento de un organismo dependiente del Partido Nacional-socialista (“Cancillería del Führer del NSDAP”) que tuvo a su cargo la tarea de eliminar enfermos mentales, en forma masiva y metódica.

⁴⁷ Dada la inexistencia de tratado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania, el caso se regía por la normativa vigente en ese momento: la ley 1612 y los art. 646 y ss. del Código de Procedimientos en Materia Penal (actualmente derogado). Una de las condiciones que establecía el art. 655 del Código de Procedimientos en Materia Penal era que no se hubiese producido la prescripción de la acción penal ni de la pena.

y luego por diversos tribunales nacionales que han sostenido la aplicación del derecho internacional general en casos de juzgamiento.⁴⁸

En el caso *Schwammberger*, la Cámara Federal de La Plata⁴⁹ debía pronunciarse sobre el cumplimiento de uno de los requisitos que establecía la ley para la procedencia de la extradición: que la acción penal no se hallara prescrita según la ley del país requirente.⁵⁰ Si bien la República Federal de Alemania informaba que la prescripción no se había producido, se planteaba la cuestión de que las normas alemanas sobre prescripción de la acción —que sucesivamente habían extendido los plazos y, finalmente, consagrado la imprescriptibilidad— habían sido dictadas *ex post facto*. El problema que debía resolver el tribunal era si la República Argentina podía conceder valor a esas leyes o si, por el contrario, ello se encontraba vedado por el principio de legalidad penal consagrado en el art. 18 de la CN. El juez Schiffrin, al analizar la cuestión, partió de la base de que el orden público constitucional argentino se oponía a otorgar efecto a leyes extranjeras dictadas *ex post facto* en materia de prescripción. Sin embargo, entendió que “esta regla interna cede por imperio del sometimiento al derecho de gentes contenido en el art. 102 de la Constitución,⁵¹ cuando las leyes extranjeras en cuestión derivan del propio derecho de gentes, en el cual no encuentra estricta aplicación —por cuanto hace a los crímenes contra la humanidad— el principio *nullum crimen nulla pena sine previa lege*”.⁵²

En el voto, Schiffrin se refirió largamente a la gestación del derecho penal internacional, al principio de legalidad en ese ámbito⁵³ y sostuvo que la

⁴⁸ Este aspecto fue ampliamente analizado por Ezequiel Malarino en “Argentina”, en Ambos y Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 35-81.

⁴⁹ Cf. el fallo de la Cámara Federal de La Plata, dictado el 30 de agosto de 1989, y publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, t. 135, pp. 323 y ss.

⁵⁰ Las normas aplicables eran las mismas que en el caso *Bohne*.

⁵¹ Es el actual art. 118 de la Constitución Nacional ubicado en el capítulo relativo a las “Atribuciones del Poder Judicial”, que dispone: “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

⁵² Punto I, considerando 3.

⁵³ Sobre el principio de legalidad sostuvo que “en el plano internacional, donde no hay estado, ni órganos soberanos comunes, ni legislación propiamente dicha, y no cabe la división de poderes estatales inexistentes, el refugio que queda a los bienes esenciales, vida, integridad, libertad, patrimonio, contra los desbordes de los estados particulares, se halla, precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica, de modo que el *nullum crimen, nulla poena sine lege* jugaría en ese plano internacional un rol contrario al que es su finalidad, ayudando a la opresión en lugar de preservar de ella” (punto I, considerando 33).

imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad era un principio del derecho de gentes vinculante para la República Argentina de conformidad con lo establecido por el art. 102 (actual 118) de la CN. Para el juez, debía reconocerse la validez de la ley alemana que había consagrado la imprescriptibilidad, precisamente, por la circunstancia de que esa ley era para Alemania una “medida de adecuación de su ordenamiento interno al mismo orden público internacional válido y reconocido por la Constitución argentina”.⁵⁴

El otro juez que integraba el Tribunal, si bien coincidió con Schiffrin en cuanto a la decisión que debía adoptarse (aprobar la extradición), consideró que no correspondía efectuar un análisis de constitucionalidad de las leyes alemanas. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al momento de pronunciarse sobre el caso optó por fundar la procedencia de la extradición en el argumento de que existían actos procesales que habían interrumpido la prescripción aun si el caso se juzgaba de acuerdo con la ley vigente al momento de los hechos (el párrafo 68 del Código Penal del Reich). Por lo tanto, la CSJN entendió que no era necesario analizar la aplicabilidad de las normas dictadas *ex post facto* ni su compatibilidad con el principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la CN.⁵⁵

En el caso también se cuestionó la competencia de los tribunales de la RFA para juzgar a Schwammberger por hechos ocurridos antes de la formación de esa República. Sin embargo, los tribunales argentinos entendieron que existía una continuidad —o sucesión— de la RFA respecto del Reich alemán y su ordenamiento jurídico.

Otro aspecto que debió ser analizado fue si Schwammberger, quien había obtenido la ciudadanía argentina en 1965, tenía derecho a optar por ser juzgado por los tribunales argentinos. El planteo obligó a retomar el debate acerca del momento en que debía haberse adquirido la nacionalidad argentina para que la opción fuese procedente. Sobre el punto había jurisprudencia contradictoria. En el caso *Schwammberger*,

⁵⁴ Considerando 45. Concluyó, en suma, que “la Constitución Nacional somete al Estado argentino a la primacía del derecho de gentes (art. 102), que él es fuente de derecho penal en la órbita internacional, en la que no juega en sentido estricto el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*; que ante tal derecho no son prescriptibles los crímenes de lesa humanidad, y que por ello los tribunales argentinos deben reconocer los efectos formalmente retroactivos de las leyes dictadas por otros países a fin de asegurar la imprescriptibilidad de aquellos crímenes” (considerando 50). Como argumento subsidiario, Schiffrin consideró que, prescindiendo de las leyes sobre prescripción dictadas *ex post facto*, la acción penal no se hallaba prescrita dado que ante los tribunales de la República Federal de Alemania se habían llevado a cabo ciertos actos procesales que interrumpían la prescripción (punto I, considerandos 51 a 59).

⁵⁵ Cf. el fallo dictado el 20 de marzo de 1990, publicado en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, t. 313, pp. 256 y ss.

la CSJN retornó a la postura que había sostenido en sus primeros fallos, según la cual el derecho de optar por ser juzgado por los tribunales argentinos sólo procedía si la nacionalidad argentina había sido adquirida con anterioridad al hecho que originaba el pedido de extradición, circunstancia que no se verificaba en el caso. Sobre el punto, cabe destacar que la LCIMP vino a aclarar definitivamente esta cuestión al establecer expresamente que “la calidad de nacional argentino deberá haber existido al momento de la comisión del hecho, y deberá subsistir al momento de la opción” (art. 12).

2.2.3. *El caso Priebke*

La cuestión de la posible aplicación de la regla de derecho internacional que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad se planteó nuevamente ante los tribunales argentinos en el marco del pedido de extradición de *Erich Priebke* formulado por la República de Italia. Una de las condiciones previstas en el tratado de extradición entre Argentina e Italia era que la acción penal no estuviera prescrita en ninguno de los dos países. El caso llegó a la Corte Suprema luego de que un tribunal resolviera denegar la extradición al considerar que, si bien los hechos no habían prescrito para Italia, sí estaban prescriptos conforme al derecho interno argentino. Este tribunal había considerado que resultaba aplicable al caso la regla del artículo 62 del Código Penal argentino que —para el delito de homicidio— establecía un término de prescripción de la acción penal de quince años a partir de la fecha de comisión de los hechos (en el caso, las matanzas ocurridas en las Fosas Ardeatinas en 1944). El punto central que tenía que tratar la Corte era, entonces, si los hechos que se le imputaban a Priebke debían considerarse prescritos según el ordenamiento jurídico argentino.

Para la época del fallo el Código Penal argentino no contenía figuras que específicamente tipificaran los crímenes de derecho internacional (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra), más allá de la posible adecuación de las conductas a los tipos penales de derecho penal común (homicidio, etcétera).⁵⁶ Tampoco existía una ley que consagrara la imprescriptibilidad y, según el Código Penal, todos los delitos tenían fijados plazos de prescripción de la acción penal. Pese a ello,

⁵⁶ Esta situación no ha variado sustancialmente desde entonces. Al respecto, puede verse Malarino, “Argentina”, o. cit.

la CSJN,⁵⁷ por mayoría, calificó los hechos como crímenes de derecho internacional (genocidio y crímenes de guerra) sobre la base de una aplicación directa de las normas del derecho penal internacional y consideró que, como tales, eran imprescriptibles de acuerdo con la costumbre internacional.⁵⁸ Tres jueces votaron en disidencia: por un lado, consideraron que si los hechos fueran subsumidos en la figura del homicidio estarían prescritos; por otro, rechazaron la solución de la mayoría con argumentos vinculados al principio de legalidad en materia penal.⁵⁹

⁵⁷ Cf. su fallo, dictado el día 2 de noviembre de 1995 y publicado en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, t. 318, pp. 2148 y ss.

⁵⁸ En cuanto a la justificación de la aplicación de la costumbre internacional, el primero de los votos de la mayoría sólo afirma que el hecho imputado a Priebke “configura prima facie delito de genocidio [...] Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional” y que, “en tales condiciones, no hay prescripción de los delitos de esa laya y corresponde hacer lugar sin más a la extradición solicitada” (considerandos 3, 4 y 5 del voto de los jueces Boggiano, López y Fayt). Los otros dos votos de la mayoría analizan ampliamente la evolución del derecho penal internacional, la formación de las normas *ius cogens* y al problema de su aplicación en el orden interno. Al respecto, destacan la idea de que la Constitución Nacional, en su art. 118, consagra la aplicación del derecho de gentes en el ámbito interno. Así, en uno de esos votos se afirma que se vulneraría el ordenamiento constitucional “si se limitase a subsumir los hechos como homicidios o asesinatos en el marco de las disposiciones del Código Penal o, incluso, del Código de Justicia Militar” (considerando 28 de los jueces Nazareno y Moliné O’Connor). En definitiva, se entiende que los hechos imputados a Priebke constituyen “delitos contra la humanidad integrados con elementos de genocidio” de acuerdo con “los principios del *ius cogens* del derecho internacional” y que en consecuencia son imprescriptibles (considerandos 75 y 76). El restante voto de la mayoría efectúa un análisis similar, aunque calificando los hechos como crímenes de guerra (considerando 72 del voto del juez Bossert). Tanto el voto de los jueces Nazareno y Moliné O’Connor como el voto del juez Bossert contienen un párrafo en el que especialmente ponen de manifiesto que el caso se trata de un trámite de extradición y no de un proceso que tenga por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad de la persona requerida. Por lo tanto, advierten, sólo está en juego si su derecho de permanecer en el país debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada (v. considerando 44 del voto de los jueces Nazareno y Moliné O’Connor y 56 del voto del juez Bossert). Estas afirmaciones de los jueces mencionados parecen dirigidas a dejar en claro que la doctrina que surge de este fallo no es trasladable sin más a casos donde deban juzgarse conductas (y no solamente considerarse pedidos de extradición). Precisamente, esta diferencia entre juzgamiento y extradición fue luego remarcada expresamente por el juez Fayt al votar en disidencia en los casos *Aranibia Clavel* (24 de agosto de 2004) y *Simón* (14 de junio de 2005), en los cuales la CSJN confirmó la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad para casos de juzgamiento.

⁵⁹ En el voto de los jueces Belluscio y Levene se resalta la inexistencia de una ley que determine penas para los crímenes contra el derecho de gentes o que consagre su imprescriptibilidad (considerando 6) y se afirma que no es posible dejar de lado el principio de legalidad “mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo” (considerando 8). El restante voto de la minoría, firmado por el juez Petracchi, también sostiene que los hechos están prescritos según la ley penal ordinaria y, a fin de determinar si es posible conceder la extradición sobre la base del derecho de gentes, se pregunta si la conducta atribuida a Priebke puede considerarse *punible* con arreglo a tal derecho (principio de la doble incriminación). Para Petracchi ello debe responderse negativamente, dado que las conductas descritas como “crimen de guerra” o como “delito de lesa humanidad” no tienen prevista una pena. Al respecto, agrega: “Tampoco se podría llenar el vacío de la ausencia de pena con una remisión a la legislación penal ordinaria, combinando la pena de ésta —cuya acción, cabe recordarlo, se encuentra prescrita— con un tipo del ‘derecho de gentes’. En dicho supuesto se estaría inventando una tercera categoría de delitos —por así llamarla ‘mixta’—, lo que obviamente no está dentro de las facultades de los jueces de la República” (considerando 6).

2.2.4. El caso Lariz Iriondo

El tema de la prescripción también fue considerado por la CSJN en el caso del pedido de extradición de *Jesús María Lariz Iriondo* realizado por el Reino de España.⁶⁰ Tal como ocurría en el caso *Priebke*, el tratado de extradición que vinculaba a los Estados exigía que la acción no estuviera prescrita en ninguno de los dos países.⁶¹ La sentencia recurrida ante la CSJN había decidido rechazar el pedido de extradición al considerar que los hechos que se le imputaban a Lariz Iriondo estaban prescritos.⁶² En su fallo, la CSJN negó que el Convenio Internacional para la Represión de Actos Terroristas Cometidos con Bombas, ratificado tanto por España como por Argentina, pudiera tener el efecto de dejar de lado el requisito de la no prescripción contenido en el tratado de extradición firmado entre ambos países —como pretendía el Ministerio Público. La Corte entendió que, si bien el convenio establecía que todos los tratados de extradición vigentes entre los Estados partes se consideraban modificados en todo lo que fuera incompatible con ese instrumento,⁶³ esa incompatibilidad no se producía en el caso, dado que el convenio no contenía ninguna referencia a la prescripción de la acción penal.⁶⁴

Asimismo, la mayoría de la CSJN consideró que no era aplicable al caso la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.⁶⁵

⁶⁰ Cf. sentencia dictada el 10 de mayo de 2005.

⁶¹ El art. 9 del tratado, aún vigente, dispone que “No se concederá la extradición [...] c) Cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición”.

⁶² Según el pedido de extradición, los hechos atribuidos a Lariz Iriondo habían ocurrido entre 1982 y 1984 e incluían la comisión de actos con explosivos llevados a cabo en su calidad de miembro de la organización ETA.

⁶³ El art. 9.5 del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997, establece que “las disposiciones de todos los tratados de extradición vigentes entre Estados partes con respecto a los delitos enumerados en el artículo 2 se considerarán modificadas entre esos Estados en la medida en que sean incompatibles con el presente Convenio”. El Convenio, que entró en vigencia internacional el 23 de mayo de 2001, fue ratificado por el Reino de España el 30 de abril de 1999 y por la República Argentina el 25 de septiembre de 2003.

⁶⁴ La CSJN también desestimó el argumento expuesto subsidiariamente por el Ministerio Público acerca de la existencia de actos procesales que habrían interrumpido la prescripción.

⁶⁵ Al respecto, en uno de los votos de la mayoría se afirmó que “en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como ‘actos de terrorismo’ puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancia, delitos de lesa humanidad” (considerando 26 del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay). Por su parte, los jueces Maqueda y Zaffaroni expresaron que el concepto de terrorismo ha sido sumamente difuso y ampliamente discutido y que, a diferencia de los crímenes contra la humanidad, no podía afirmarse que el terrorismo fuera un crimen definido por el derecho internacional consuetudinario antes de ser recogido en convenciones internacionales. Agregaron que: “esta Corte considera imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la ratificación de las convenciones respectivas cuando el derecho internacional consuetudinario los consideraba tales también con anterioridad a las convenciones, pero no puede adoptar igual criterio respecto de aquellos que antes de las convenciones respectivas no eran reconocidos en esa categoría ni con esas consecuencias en materia de imprescriptibilidad por el derecho internacional consuetudinario; pues en este último supuesto estaría haciendo aplicación retroactiva de la convención” (considerando 30).

2.2.5. Cooperación con el TPIY: el caso Lukic

Finalmente, cabe hacer referencia al caso de *Milan Lukic*, quien fue detenido en Buenos Aires el 8 de agosto de 2005 y sobre quien pesaba una orden de captura internacional librada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY). A diferencia de otros Estados, la República Argentina no dictó hasta el momento ninguna norma destinada a regular la cooperación con los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Si bien la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal contiene reglas para casos en los cuales no exista un tratado vigente, la aplicabilidad de esa norma para pedidos de asistencia formulados por tribunales internacionales podría ponerse en duda; por un lado, dado que esa ley regula la cooperación con *Estados* y, por otro, porque ciertas características de la ley —propias de la cooperación *horizontal*— podrían no ser adecuadas para el tipo de relación que existe entre los Estados y los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas —y que da lugar a lo que se ha denominado *cooperación vertical*.⁶⁶ Precisamente, la aplicabilidad de la LCIMP fue objeto de controversia en este caso.⁶⁷ Según la opinión sostenida por el fiscal interviniente, el pedido de asistencia debía ser resuelto directamente por el Poder Ejecutivo, sin intervención del Poder Judicial. Contra esa postura, el juez consideró que la intervención del Poder Judicial era necesaria a efectos de resguardar las garantías constitucionales del requerido. En cuanto a la normativa aplicable, el juez entendió que el caso debía resolverse de acuerdo a las reglas del derecho internacional, tales como la Resolución 827 del Consejo de Seguridad, las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, y, de modo supletorio, por la LCIMP. Dado que la persona requerida prestó su expreso consentimiento para ser entregada al TPIY, el juez resolvió —de conformidad con el art. 28 de la LCIMP— hacer lugar a la solicitud de traslado y entrega sin necesidad de realizar un juicio. En definitiva, la decisión quedó firme sin que otras instancias

⁶⁶ Sobre esta distinción entre la cooperación “vertical” y “horizontal”, cf. Ambos: “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, en Ambos, Malarino y Woischnik (eds.) *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 34 y ss.; Kaul y Kreb: “Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: principios y compromisos”, en Ambos (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 318 y ss.; Karayán, “La cooperación con una corte penal internacional permanente”, en Ambos (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 343 y ss.

⁶⁷ Cf. causa n.º 11.807/2005, caratulada *Lukic, Milan s/captura* del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 8 de la Capital Federal, Secretaría n.º 16.

judiciales superiores hayan debido pronunciarse sobre la aplicabilidad de la LCIMP para solicitudes de cooperación formuladas por tribunales internacionales, circunstancia que hubiese reforzado el valor de este caso como precedente jurisprudencial.

En el caso existía, asimismo, una solicitud concurrente de extradición efectuada por Serbia y Montenegro por hechos diversos a los que motivaban el pedido del TPIY. La persona requerida también había manifestado su consentimiento para ser extraditado a ese Estado. Si bien la LCIMP regula el supuesto de solicitudes concurrentes por hechos distintos (art. 16), el juez entendió que la solicitud formulada por el TPIY era prioritaria según el art. 58 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de ese tribunal,⁶⁸ norma que se consideró aplicable en primer término.

2.2.6. *El Estado argentino frente a pedidos de cooperación por hechos ocurridos en su territorio durante la dictadura militar*

Además de los casos mencionados hasta aquí, debe hacerse referencia a los pedidos de extradición y cooperación judicial que recibió la República Argentina por parte de Estados que llevaban adelante procesos penales por hechos cometidos en territorio argentino durante la dictadura militar que gobernó entre 1976 y 1983. Dado que aquí no es posible hacer un análisis de las circunstancias particulares de cada uno de los casos —que exhiben diferencias en cuanto a varios aspectos: existencia o no de tratados, nexos de jurisdicción invocados por los Estados requirentes, situación procesal de las personas requeridas en los procesos penales que se habían llevado a cabo en Argentina, etcétera— sólo se hará una breve referencia al comportamiento que han mostrado los órganos estatales frente a esas solicitudes.

Al respecto, cabe recordar que los primeros pedidos de cooperación se produjeron poco tiempo después de que las leyes de *punto final* y de *obediencia debida* y los decretos de indulto clausuraron en Argentina la persecución penal de la inmensa mayoría de los hechos cometidos por la dictadura.⁶⁹ La actitud inicial del Estado argentino fue la de rechazar las solicitudes de cooperación, tanto en sede judicial

⁶⁸ La regla 58 del TPI dispone: “The obligations laid down in Article 29 of the Statute shall prevail over any legal impediment to the surrender or transfer of the accused or of a witness to the Tribunal which may exist under the national law or extradition treaties of the State concerned” (cf. <http://www.un.org/icty/legaldoc-e/index.htm>).

⁶⁹ Cf. la ley 23492, conocida como “Ley de Punto Final” (BO, 29/12/86), la ley 23521, conocida como Ley de Obediencia Debida (BO, 9/6/87), y los decretos 1002/89, 2741/90 y 2746/90.

como en sede administrativa, sobre la base de argumentos tales como el principio de territorialidad, razones de soberanía nacional o la garantía del *ne bis in idem*.⁷⁰

Tiempo después, algunas peticiones comenzaron a ser cursadas por los tribunales argentinos y varios pedidos derivaron en la detención preventiva de las personas acusadas. Ello motivó la reacción del Poder Ejecutivo, que trató de evitar las detenciones mediante el dictado del decreto 1581/01 en el que anunciaba —no para un caso concreto, sino de modo general— que todos los pedidos de extradición por hechos ocurridos en Argentina durante la dictadura militar serían rechazados.⁷¹ El decreto procuraba que los jueces no hicieran lugar a las solicitudes de detención preventiva teniendo en cuenta que los pedidos de extradición serían denegados por el Poder Ejecutivo. Nuevamente, los argumentos utilizados para fundar esa decisión consistieron en razones de soberanía nacional, en la primacía del principio de territorialidad, en la garantía del *ne bis in idem*, y en la “inoponibilidad” de las normas estatales que unilateralmente atribuyen competencia a sus propios tribunales para juzgar hechos ocurridos fuera de su territorio.⁷²

Es importante destacar que para la época del dictado del decreto 1581/01 los tribunales argentinos ya habían comenzado a pronunciarse por la invalidez de las leyes de punto final y de obediencia debida.⁷³ Tiempo después, y en un marco de avance de los procesos penales en Argentina, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 420/2003 que derogó el anterior y dispuso la obligatoriedad de dar trámite judicial a las solicitudes de cooperación judicial que cumplieran con los requisitos formales de admisibilidad.⁷⁴

De este modo, ha quedado abierta la posibilidad de hacer lugar a la cooperación judicial con Estados extranjeros que lleven a cabo procesos penales por hechos cometidos en la República Argentina. Ello ha ocurrido, por ejemplo, en el juicio

⁷⁰ Uno de los pedidos, formulado por el Reino de España, motivó el dictado de un decreto presidencial de rechazo a la solicitud. Cf. el decreto 111/98, publicado el 9 de febrero de 1998, en el marco de la causa *Diligencias Previas 108/96-L*, del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional con sede en Madrid.

⁷¹ Cf. decreto 1581/01, dictado el 5 de diciembre de 2001.

⁷² Un excelente análisis de los argumentos utilizados en este decreto y que contiene además numerosas referencias a los pedidos de cooperación que cursaron varios Estados europeos puede encontrarse en Karayán, “La ‘doctrina’ del decreto 1581/01”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires: Ad-hoc, 2003, año IX, número 16, pp. 197 y ss.

⁷³ Ello sucedió a partir del fallo del 6 de marzo de 2001 en la causa 8686/2000, caratulada *Simón, Julio y Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores*, del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 4 de la Capital Federal, Secretaría n.º 7 (también conocida como causa Poblete).

⁷⁴ Cf. decreto 420/03, dictado el 25 de julio de 2003.

seguido ante la Audiencia Nacional española contra Adolfo Scilingo durante el año 2005.⁷⁵

3 • La Cooperación con la Corte Penal Internacional

Un elemento necesario del sistema penal internacional establecido mediante el ECPI es la cooperación de los Estados con la CPI. El tratado adoptado en la Conferencia de Roma el 17 de julio de 1998 incluye un régimen de cooperación que consagra ciertas obligaciones para los Estados partes. Si bien muchos aspectos de la cooperación están regulados directamente por el propio ECPI y por las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP), las normas previstas en estos instrumentos no establecen una regulación exhaustiva y contienen expresas referencias al derecho interno de los Estados. Se requiere, entonces, que los Estados prevean una legislación interna que complemente lo previsto en el ECPI y que organice el modo en que los órganos estatales cumplirán las medidas de asistencia que eventualmente solicite la CPI.

Al respecto, cabe recordar que, además de la obligación genérica de *cooperar plenamente* con la CPI en la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de su competencia, prevista en el art. 86, el ECPI establece para los Estados partes el *deber de asegurarse de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación* especificadas en la parte IX.⁷⁶

En lo que sigue se analizarán los aspectos que deben regularse en el derecho interno argentino para que una cooperación eficaz con la CPI pueda ser llevada a cabo.

Un dato que debe tenerse en cuenta al momento de considerar qué tipo de implementación se requiere es la situación del ECPI dentro del ordenamiento jurídico del Estado. En la República Argentina, los tratados internacionales son una fuente

⁷⁵ Cf. causa 18636/2004 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 11 de la Capital Federal, Secretaría n.º 22.

⁷⁶ Parte que debe ser leída conjuntamente con disposiciones previstas en otros lugares del ECPI y que también se refieren a la cooperación entre los Estados y la CPI.

de derecho aplicable sin necesidad de normas de transformación o incorporación.⁷⁷ De este modo, todas aquellas disposiciones del ECPI que regulan aspectos de la cooperación entre el Estado y la CPI son directamente aplicables por los órganos internos. Sólo se requiere, entonces, el dictado de normas de implementación que completen lo que no está previsto ya en el ECPI.

Por el momento, la República Argentina no ha dictado normas de implementación en ninguno de los aspectos requeridos por el sistema del ECPI. La situación actual no difiere sustancialmente de la que fue descrita en el informe anterior.⁷⁸ Al respecto, cabe recordar que Argentina comenzó a trabajar en la elaboración de un proyecto de ley de implementación con anterioridad a la aprobación y a la ratificación del ECPI. Para ello se creó una Comisión Interministerial en septiembre de 2000, que elaboró un proyecto de ley que fue remitido por el Poder Ejecutivo a la legislatura nacional en octubre de 2002. Sin embargo, el proyecto perdió estado parlamentario. Con posterioridad, en el año 2004, en el ámbito de la Cámara de Senadores se discutieron otros proyectos a partir de los cuales se elaboró un proyecto conjunto de la Comisión de Asuntos Constitucionales que, con pequeñas modificaciones, fue aprobado por el Senado el 23 de junio de 2004⁷⁹ y remitido a consideración de la Cámara de Diputados. Como sucedió con el anterior, también este proyecto perdió estado parlamentario. Entretanto, en la Cámara de Diputados han sido presentados nuevos proyectos de ley que vuelven a proponer un modelo de implementación casi idéntico al elaborado por la Comisión Interministerial⁸⁰ y, por otro lado, en la Cámara de Senadores se ha presentado otro proyecto que retoma el proyecto aprobado por esa Cámara en el año 2004.⁸¹ El 6 de septiembre de 2006 este

⁷⁷ El art. 31 de la CN establece: "Esta Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación". En cuanto a la jerarquía normativa de los tratados, véase *supra*, en nota al pie.

⁷⁸ Cf. Parenti, "Argentina", en Ambos, Malarino y Woischnik (eds.) *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 49-98; asimismo, "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la necesidad de adecuar la legislación nacional. Estado de la cuestión en Argentina", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 16, Lexis-Nexis, 2005, pp. 1890 y ss.

⁷⁹ Los principales proyectos considerados en las discusiones llevadas a cabo en el ámbito de la Cámara de Senadores fueron el enviado por el Poder Ejecutivo sobre la base del trabajo de la Comisión Interministerial (expediente S.474/02) y, posteriormente, el proyecto presentado por el senador Jorge Yoma (expediente S.273/04), el proyecto del senador Eduardo Menem (expediente S.622/04) y el proyecto de la senadora Cristina Fernández de Kirchner (expediente S.803/04).

⁸⁰ Se trata de los proyectos presentados por la diputada Inés Pérez Suárez (expediente 2920-D-05) y por el diputado Jorge R. Vanossi (expedientes 4420-D-04 y 1085-D-06).

⁸¹ Proyecto presentado por la senadora Cristina Fernández de Kirchner (expediente S.2078/06). La única modificación de este proyecto respecto del aprobado por la Cámara de Senadores el 23 de junio de 2004 es la introducción del art. 51, en el que se aclara que las remisiones al ECPI que se efectúan en la ley se refieren al texto oficial en idioma español.

último proyecto fue aprobado por el Senado con pequeñas modificaciones,⁸² a partir de lo cual debe ser remitido a la Cámara de Diputados para su tratamiento.

Frente a la actual ausencia de una regulación específica, en caso de un eventual pedido de colaboración por parte de la CPI podría recurrirse a la aplicación de la LCIMP, aunque ese instrumento presenta las características propias de la cooperación entre Estados e incluye requisitos y procedimientos que no se adecuan totalmente al tipo de cooperación que plantea el ECPI.

Una regulación específica de la cooperación entre el Estado y la CPI podría ser llevada a cabo mediante la modificación de la LCIMP o bien mediante el dictado de una ley especial. Hasta el momento ninguno de los proyectos elaborados ha propuesto la modificación de la LCIMP. Los proyectos han optado por el método de incluir en una sola ley especial todos los aspectos del ECPI que deben ser implementados (juzgamiento en sede nacional de los crímenes de competencia de la CPI, delitos contra la administración de justicia de la Corte y relación del Estado con la CPI, incluyendo la cooperación judicial). En cuanto a su contenido, los proyectos han mostrado algunas divergencias sustanciales en el modo de regular la persecución de los crímenes de la competencia de la CPI en sede nacional. Esas divergencias son menores en materia de cooperación. Los proyectos de implementación propuestos hasta aquí en materia de cooperación pueden reducirse a dos: el proyecto de la Comisión Interministerial (en adelante, PCI)⁸³ y el proyecto aprobado por la Cámara de Senadores en septiembre de 2006 (en adelante, PA).⁸⁴ Para simplificar la exposición, sólo se hará referencia a estos dos proyectos de implementación.

En primer término pueden ser mencionados algunos aspectos generales involucrados en la cooperación del Estado con la CPI. Por un lado, cabe destacar que la República Argentina, al momento de depositar el instrumento de ratificación del ECPI, ha designado la vía diplomática como conducto para las comunicaciones del

⁸² En la sesión ordinaria del 6 de septiembre de 2006, al aprobarse el proyecto por unanimidad, se introdujo una corrección gramatical en el artículo 48, en el artículo referido a los crímenes de guerra se agregaron algunas figuras tomadas del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 —se trata de las infracciones graves previstas en el art. 85, párrafo 3, incisos c y d, y párrafo 4, inciso b—, y finalmente se modificaron levemente dos artículos relativos a la cooperación con la CPI (arts. 40 y 41). Al efectuar estas modificaciones, se tuvo en cuenta la opinión expresada por el Comité Internacional de la Cruz Roja y por Amnistía Internacional, organizaciones que presentaron observaciones al proyecto de ley. El documento de Amnistía Internacional está disponible en http://www.amnesty.org.ar/prensa/slice.shtml?sh_itm=51d880beb170172863de14e4e4b9b4e9.

⁸³ El proyecto de la Comisión Interministerial, remitido al Congreso por el Poder Ejecutivo, fue retomado con leves modificaciones por el proyecto del senador Menem y, en materia de cooperación, por el del senador Yoma. Como se ha dicho, también se recoge en los proyectos de los diputados Pérez Suárez y Vanossi.

⁸⁴ Proyecto que en materia de cooperación toma lo que proponía el primer proyecto de la senadora Fernández de Kirchner.

Estado con la CPI.⁸⁵ Asimismo, ha elegido su idioma oficial para llevar a cabo esa comunicación con la CPI.⁸⁶ En cuanto a la relación del Estado con la CPI, ambos proyectos la dejan en manos del Poder Ejecutivo, y el PCI en la mayoría de los casos menciona un órgano en especial: el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. En cuanto al derecho aplicable, tanto el PCI como el PA contienen referencias al ECPI y a las RPP. Si bien puede considerarse que la aplicación de las RPP viene asociada a la del ECPI (dado que forma parte del sistema penal previsto en el tratado y complementa lo que en él se dispone), la mención expresa de las RPP puede ser útil para despejar cualquier duda acerca de su aplicabilidad por parte de los órganos estatales.⁸⁷

A continuación se hará referencia a algunos aspectos particulares de la cooperación de los Estados con la CPI, destacando el modo en que los proyectos de ley proponen regularlos.

3.1. Detención y entrega de personas a la CPI

1. La primera cuestión particular que aparece regulada en los proyectos de ley es la *detención y entrega de personas* a la Corte. En ellos se dispone que, una vez recibida la solicitud de entrega, corresponde al Poder Ejecutivo verificar si el pedido cumple los requisitos previstos en el art. 91 del ECPI y en la RPP. En caso de que no se cumpliera alguno de los requisitos, se prevé la reserva de las actuaciones mientras se celebran consultas con la Corte.⁸⁸ Si los requisitos están satisfechos, la solicitud debe ser enviada a la autoridad judicial competente. Ambos proyectos prevén la intervención de los

⁸⁵ Tanto el proyecto de la Comisión Interministerial (PCI) como el proyecto aprobado (PA) por el Senado mencionan esta vía de comunicación, con la diferencia de que el PCI se refiere a la comunicación “desde y hacia la Corte” (art. 45), mientras que el PA se refiere a “las comunicaciones a la Corte Penal Internacional y a la Fiscalía” (art. 23).

⁸⁶ Con ello se dio cumplimiento a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 87 del ECPI que establecen que la elección del conducto de comunicación y su idioma deben ser elegidos por el Estado al momento de su ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. La elección hecha por cada Estado puede verse en el sitio <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty11.asp>.

⁸⁷ Al respecto, cabe señalar que el PA dispone: “La presente ley tiene como objeto implementar las disposiciones del Estatuto de Roma suscrito el 17 de julio de 1998, aprobado por la ley 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, y regular las relaciones de cooperación entre el Estado argentino y la Corte Penal Internacional en el ejercicio de las funciones encomendadas a este organismo por el citado instrumento y su normativa complementaria, mediante la atribución de competencia a los órganos estatales y el establecimiento de procedimientos internos adecuados, en lo no previsto en el Estatuto de Roma y sus normas complementarias, en particular las Reglas de Procedimiento y Prueba” (art. 1, sin destacar en el original). Por otra parte, ordena la publicación de las RPP y de los Elementos de los Crímenes en el *Boletín Oficial* (art. 50).

⁸⁸ El PA dice que el Poder Ejecutivo reservará las actuaciones (art. 30); el PCI, en cambio, expresa que podrá reservarlas (art. 41).

jueces federales con competencia penal. A efectos de determinar la competencia territorial, sólo el PCI contiene reglas expresas, que coinciden con las que se prevén en la LCIMP.⁸⁹ El juez que reciba la solicitud debe ordenar la detención de la persona requerida y, una vez lograda, la persona debe ser llevada ante el juez. Cabe destacar que el propio ECPI (art. 59) se refiere a este tramo del procedimiento a cumplirse en los Estados, cuando dispone que el detenido será llevado “sin demora” ante la autoridad “judicial”. A su vez, establece que esa autoridad judicial determinará, con arreglo al derecho del Estado: si la orden le es aplicable; si la detención se llevó a cabo conforme a derecho; y si se han respetado los derechos del detenido (art. 59.2).⁹⁰ A su vez, el ECPI consagra el derecho del detenido de solicitar su “libertad provisional” antes de la entrega, para lo cual establece ciertas reglas, a las que se remiten expresamente ambos proyectos.⁹¹ Como puede observarse, el ECPI se refiere aquí a cuestiones cuya regulación normalmente queda en manos de los Estados (tipo de autoridad que interviene, posibilidad o no de que el requerido solicite la libertad). En cuanto a la audiencia del detenido con el juez, los proyectos fijan un plazo de veinticuatro horas desde la detención para que sea realizada. Por lo demás, el PA simplemente establece que el juez debe verificar su identidad, el contenido de la orden y “las circunstancias previstas en el art. 59.2”. Por su parte, el PCI no hace referencia a esa norma del ECPI y, en cambio, incorpora lo que sobre el punto consagra la LCIMP.⁹²

En consonancia con el sistema previsto en el ECPI, los proyectos no consagran causales de denegatoria de la solicitud de detención y entrega.⁹³ En cuanto a la excepción de cosa juzgada o litispendencia, el PA simplemente establece que en caso de que

⁸⁹ Cf. art. 67 del PCI y 111 de la LCIMP. En el caso del PA, las reglas previstas en el art. 111 de la LCIMP podrían de todos modos ser aplicadas, dado que en su art. 6 se prevé la aplicación supletoria del Código Penal, el Código Procesal Penal de la Nación y sus leyes complementarias.

⁹⁰ El ECPI, empero, no menciona cuáles serían las consecuencias en caso de que el juez comprobara que no se ha cumplido alguna de las circunstancias mencionadas. En el caso de que la persona detenida no fuera la indicada en la solicitud, se dispone la celebración de consultas entre el Estado y la CPI (art. 97.b del ECPI).

⁹¹ El PCI además establece un plazo máximo de sesenta días para la detención de la persona requerida (art. 52).

⁹² Cf. arts. 45 del PCI y 27 de la LCIMP, que se refieren al derecho de nombrar defensor, a la información sobre los motivos de la detención y los detalles de la solicitud, designación de un intérprete en caso de ser necesario, al deber de dejar constancia de las manifestaciones del detenido y a la pregunta que debe formularse, luego de la consulta con el defensor, acerca de si presta conformidad para ser entregado.

⁹³ Cabe recordar que en Argentina tampoco existen cláusulas constitucionales específicamente dirigidas a limitar la entrega de personas para su juzgamiento (como la prohibición de extradición de nacionales), más allá de la existencia de ciertos derechos fundamentales que pueden tener incidencia en estos casos. Esta cuestión, en particular respecto del ECPI, fue tratada en el informe anterior (cf. Parenti, “Argentina”, en Ambos, Malarino y Woischnik (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 49-98). Cf., asimismo, Fernández de Gurmendi y Fernández Valoni, “Argentina”, en Krebs, Lattanzi, Broomhall y Santori (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Baden, Baden, Nomos, pp. 3-6.

la CPI haya declarado admisible la causa, rechazará la excepción. El PCI regula el punto con mayor detalle al disponer el deber para el juez de informar de inmediato al Ministerio de Relaciones Exteriores acerca de la excepción presentada a fin de que este celebre las consultas con la CPI para determinar si ha habido una decisión de ese tribunal sobre la admisibilidad de la causa. A su vez, dispone que en caso de que la decisión sobre admisibilidad esté pendiente en la Corte, se suspenderá el procedimiento hasta que la CPI adopte la decisión.⁹⁴

Por otra parte, es importante destacar que, pese a que el ECPI prevé la posibilidad de que los Estados soliciten a la Corte documentos, declaraciones o información que fuese necesaria para cumplir los requisitos de procedimiento establecidos en su derecho interno,⁹⁵ los proyectos de ley no agregan requisitos adicionales a los que el propio ECPI menciona al momento de especificar el contenido que deben tener las solicitudes de detención y entrega.⁹⁶

2. Ninguno de los proyectos establece claramente el procedimiento a seguir para la adopción de la decisión sobre la entrega. Sobre el punto, la LCIMP al regular el procedimiento de extradición dispone la citación a juicio y se remite a las reglas previstas en el Código Procesal Penal de la Nación para el juicio correccional, que incluyen una audiencia oral y pública. Los proyectos que aquí se analizan evitan referirse a un “juicio” y no establecen reglas detalladas sobre la parte final del proceso. El PCI sólo determina un plazo para la decisión (quince días desde la audiencia del juez con el detenido), y aclara que durante “la sustanciación del procedimiento, no se podrá discutir acerca de la existencia del hecho o la culpabilidad del requerido, restringiéndose a las condiciones exigidas por el estatuto de la Corte”.⁹⁷ El PCI prevé la suspensión del proceso en el supuesto de que el juez advierta la “falencia de algún requisito de forma en el pedido” de la CPI y dispone el deber de notificar al Ministerio de Relaciones Exteriores esa circunstancia a efectos de llevar a cabo las consultas necesarias. Si ese fuera el caso, el plazo de quince días previsto para la culminación de

⁹⁴ El ECPI dispone al respecto que cuando la decisión de la Corte estuviese pendiente el Estado podrá aplazar la ejecución de la solicitud de entrega.

⁹⁵ Según el ECPI esos requisitos no deben ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición de acuerdo a los tratados celebrados por el Estado “y, de ser posible, serán menos onerosos, habida cuenta del carácter específico de la Corte” (art. 91.2.c).

⁹⁶ Cf. arts. 58.3, 91.2 y 91.3 del ECPI.

⁹⁷ Art. 49 del PCI. Ello es compatible con lo que dispone el ECPI (cf. art. 59.4.c).

proceso también quedaría suspendido. Sin embargo, ello no afectaría el plazo máximo de detención de la persona requerida (sesenta días).

En materia de *recursos* es llamativa la omisión que se advierte en el PCI, que — pese a seguir el sistema de la LCIMP en muchos aspectos— aquí se aparta de esta ley⁹⁸ y parece consagrar un proceso de instancia única, sin posibilidad de un recurso amplio contra la decisión. El PA, en cambio, sigue a la LCIMP y prevé un recurso de apelación ordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ambos proyectos admiten la posibilidad de que la persona requerida exprese su consentimiento libre y expreso para la entrega; en ese caso el juez debe resolver “sin más trámite”.⁹⁹

3. La *detención provisional* es apenas regulada en el PA: sólo se dispone que el Poder Ejecutivo al recibir la solicitud verificará si cumple los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 del art. 91 y que, en caso de que no los cumpliera, se reservarán las actuaciones mientras se realizan las consultas con la Corte. El PA no se refiere al caso de que la detención ocurra en virtud de una orden de detención provisional comunicada a través de Interpol o de otra organización. Tampoco determina qué resolución debe adoptarse en caso de que la CPI no remita la solicitud de entrega dentro del plazo de sesenta días fijado en las RPP. Esta es una cuestión que debe ser regulada por la ley dado que el ECPI sólo expresa que en caso de vencimiento del plazo la persona sometida a detención provisional *podrá* ser puesta en libertad (art. 92.3). De este modo, la libertad no viene determinada directamente por el tratado. Estas cuestiones aparecen mejor reguladas en el PCI. En él se dispone que, en caso de una detención en virtud de una orden comunicada a través de Interpol o de otra organización competente, la persona arrestada debe ser puesta inmediatamente a disposición del juez,¹⁰⁰ con aviso al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio Público Fiscal.¹⁰¹ Dentro de las veinticuatro horas debe llevarse a cabo una audiencia entre el detenido y el juez. A su vez, se establece que en caso de que la Corte no remita la solicitud de

⁹⁸ En el Mensaje de Elevación del PCI al Congreso se explican las pautas generales que se han seguido; sin embargo, no se hace referencia al tema del recurso.

⁹⁹ Cf. arts. 47 del PCI y 34 del PA. De igual modo se regula la cuestión en la LCIMP.

¹⁰⁰ En los casos de detención sin intervención judicial previa, el PCI dispone la competencia del “juez federal con competencia penal que tenga jurisdicción territorial en el lugar donde se efectúe” la detención; y le asigna competencia para entender en la solicitud de entrega que posteriormente sea remitida por la CPI (art. 69). La cuestión no aparece regulada en el PA.

¹⁰¹ El PCI también sigue a la LCIMP en cuanto al papel procesal del Ministerio Público Fiscal, al disponer que “representa el interés por la entrega del detenido a la Corte” (art. 43).

entrega con los documentos necesarios dentro del plazo de sesenta días fijado por las RPP, la persona debe ser puesta en libertad.¹⁰² Una vez recibida la solicitud de la Corte, el proceso continúa como ya fue descrito más arriba.¹⁰³

4. El ECPI contempla la posibilidad de asegurar la comparecencia de una persona sin necesidad de disponer su detención. En efecto, el art. 58.7 prevé la posibilidad de que la Sala de Cuestiones Preliminares,

de estar convencida de que hay motivo razonable para creer que la persona ha cometido el crimen que se le imputa y que bastará con una orden de comparecencia para asegurar que comparezca efectivamente, dictará, con o sin las condiciones limitativas de la libertad (distintas de la detención) que prevea el derecho interno, una orden para que la persona comparezca.

Los proyectos no mencionan esta alternativa. Ello no parece cuestionable dado que, en definitiva, la posibilidad o no de imponer otras medidas limitativas de la libertad dependerá básicamente de lo que disponga el derecho interno —especialmente, el derecho procesal penal— al momento en que la CPI solicite la cooperación.

5. Los supuestos de *solicitudes concurrentes* están en gran medida regulados por el propio ECPI. En primer lugar, el ECPI establece el deber de notificar a la CPI y al Estado de que se trate de que existe una concurrencia de solicitudes (art. 90.1). En cuanto a la solución que cabe adoptar, el ECPI establece una serie de reglas directamente aplicables, sin necesidad de ser reguladas en la ley de implementación. Sin embargo, existen dos supuestos en los que el ECPI deja librada la decisión a los Estados partes (art. 90.6 y 90.7.b) y sólo establece pautas que deberán ser tenidas en cuenta por los Estados para tomar la decisión. Los proyectos proponen una solución coincidente: dejan en todos los casos en manos del Poder Ejecutivo adoptar la decisión

¹⁰² De este modo, en los casos que se inicien con una detención provisional, la persona podría estar privada de la libertad como máximo cuarenta y dos días, según el PCI. Los primeros sesenta días corresponden al plazo para que la CPI remita la orden de entrega; una vez recibida, se realiza la audiencia donde se informa al detenido sobre el contenido de la solicitud. A partir de esa audiencia, empieza a transcurrir el segundo plazo de sesenta días previsto en el art. 52 del proyecto.

¹⁰³ El PCI aclara que el consentimiento para la entrega también puede ser brindado en la etapa de detención provisional. Este supuesto es el que corresponde al ya mencionado art. 92.3 del ECPI que deja librada esta posibilidad a lo que disponga el “derecho interno”. El PCI no aclara expresamente —quizás al darlo por sobrentendido— que en ese caso no será necesario que la CPI remita el pedido formal de entrega y la documentación acompañante. Ello aparece expresamente aclarado en el art. 13 de la ley orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional vigente en España (cf. www.boe.es).

de acuerdo con las pautas establecidas en el art. 90 del ECPI sin agregar ninguna pauta adicional.¹⁰⁴

6. Otra situación posible es que la CPI solicite la entrega de una persona que estuviese siendo enjuiciada o cumpliendo pena en el Estado por un crimen distinto del que motiva el pedido de la CPI. A este supuesto se refiere el art. 89.4 del ECPI cuando dispone que “el Estado, después de haber concedido la entrega, celebrará consultas con la Corte”. No se establecen pautas en el tratado para decidir si la persona debe ser trasladada a la CPI de todos modos o si la entrega puede aplazarse. El PA no contiene ninguna regulación sobre el punto. Por su parte, el PCI lo trata bajo el título de “entrega temporal” y sólo establece que el Ministerio de Relaciones Exteriores “efectuará consultas con la Corte respecto de las condiciones a las cuales se sujetará la entrega temporal” (art. 66). Aunque la norma no es del todo clara, parecería que no se pone en duda la entrega a la CPI, sino que sólo se establece la necesidad de pautar condiciones para una entrega “temporal”, es decir, las condiciones para que la persona sea devuelta al país para la continuación del proceso o para el cumplimiento de la pena pendiente.¹⁰⁵

7. El *principio de especialidad* se encuentra recogido en el ECPI (art. 101). En virtud de esta norma ninguna persona que haya sido entregada a la CPI podrá ser procesada, castigada o detenida por una conducta anterior a su entrega y distinta de la que motivó el pedido. Sin embargo, el ECPI prevé la posibilidad de que la CPI solicite al Estado que autorizó la entrega que dispense al tribunal del cumplimiento del principio mencionado y agrega que los Estados “estarán facultados para dar esa dispensa a la Corte y procurarán hacerlo” (art. 101.2). Esta dispensa podría ser otorgada en cada caso o bien ser establecida de modo general por la ley. Solamente el PCI se refiere al principio de especialidad cuando establece que los pedidos de autorización para juzgar a una persona entregada a la Corte por hechos diferentes a los que motivaron la entrega serán de competencia del juez que intervino en el trámite de la

¹⁰⁴ Una solución distinta se consagra en la ley española sobre cooperación con la CPI: la concurrencia debe ser resuelta por la Audiencia Nacional de conformidad con las reglas del ECPI y de los tratados vigentes; y, en caso de no existir un tratado vigente con el Estado requirente, la ley dispone que se dará preferencia a la solicitud de la CPI (cf. art. 16 de la ley citada).

¹⁰⁵ Sobre el punto, la LCIMP dispone, como regla, la postergación de la entrega de la persona requerida; sin embargo, establece que el Poder Ejecutivo podrá disponer la entrega inmediata “cuando el delito por el que se concedió la extradición fuese de una entidad significativamente mayor que el que obsta a la entrega, o cuando resultare que la postergación podría determinar la impunidad del reclamado en el Estado requirente” (art. 39).

entrega. Más allá de esta norma sobre competencia, nada se dispone acerca de las pautas que deberían seguirse en caso de que la CPI solicitara una dispensa (autoridad competente para tomar la decisión, criterios a seguir, etcétera).

8. El ECPI también regula el *tránsito de personas* por el territorio de un Estado parte cuando estuviesen siendo trasladadas para ser entregadas a la CPI en virtud de una decisión adoptada por otro Estado. Al respecto, el ECPI establece que no hará falta una autorización cuando la persona sea trasladada por vía aérea y no se prevea aterrizar en el territorio del Estado (art. 89.3.d). De lo contrario, el Estado debe autorizar “de conformidad con su derecho procesal” el tránsito de la persona, “salvo cuando el tránsito por ese Estado obstaculice o demore la entrega” (art. 89.3.a). El ECPI determina cuál será el contenido de la solicitud de autorización que debe cursar la CPI. Aquí los proyectos se limitan a reiterar lo que dispone el ECPI. De igual modo, se reitera lo que el tratado establece en relación con los aterrizajes imprevistos y el plazo máximo (noventa y seis horas) que, en esos casos, la persona puede quedar detenida a la espera de la solicitud de autorización que debe remitir la CPI.¹⁰⁶

3.2. Otras formas de cooperación con la CPI

El ECPI también prevé otras formas de cooperación que aparecen reguladas en diversos artículos del tratado.¹⁰⁷ Aquí es donde el ECPI se acerca más a un tipo de cooperación horizontal, propia de la relación interestatal, dado que contiene numerosas referencias a los límites que establezca el derecho interno de los Estados. Como contrapeso, y a efectos de evitar el eventual rechazo de las solicitudes de asistencia, se prevén mecanismos de *consulta* entre el Estado y la CPI en los casos en los que el Estado requerido considere que el derecho interno no permite cumplir una medida de asistencia del modo en que haya sido solicitada por la CPI.

Dentro de estas formas de cooperación distintas de la detención y entrega de personas se encuentra un conjunto de medidas expresamente enumeradas en el artículo

¹⁰⁶ Art. 89.3.e del ECPI. El PA sólo agrega que la persona permanecerá detenida “en dependencias del Servicio Penitenciario Federal” (art. 38).

¹⁰⁷ Cf. especialmente los arts. 93 a 99 del ECPI.

93.1,¹⁰⁸ a las que se agrega “cualquier otro tipo de asistencia *no prohibida por la legislación del Estado requerido* y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte” (art. 93.1.I). Por otra parte, el ECPI dispone que, cuando la ejecución de una medida de asistencia estuviese *prohibida en el Estado requerido por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general*, dicho Estado celebrará sin demora consultas con la Corte para tratar de resolver la cuestión; y agrega que en esas consultas se debería considerar si la asistencia puede ser prestada de otra manera o con sujeción a condiciones (art. 93.3).¹⁰⁹ En esencia, se trata del resguardo de los principios constitucionales que rigen en cada Estado.

Surge entonces la necesidad de resolver en la implementación al menos dos ámbitos de cuestiones. Por un lado, la organización de los procedimientos para llevar a cabo las distintas medidas de asistencia que la CPI pueda solicitar. Por otro, el modo en que se analizará si una medida está prohibida por un principio fundamental y cómo se llevarán adelante las consultas necesarias con la CPI para “tratar de resolver la cuestión” (art. 93.3).

En cuanto al primer aspecto —la regulación de las diversas medidas de asistencia posibles—, los proyectos elaborados en la República Argentina optan por remitirse a “los procedimientos previstos en el ordenamiento interno”.¹¹⁰ De este modo, no se establecen procedimientos específicamente diseñados para la cooperación con la CPI. Tampoco se determina qué autoridades u organismos en particular deberían intervenir según el tipo de medida de que se trate. Los proyectos dejan esta cuestión en manos del Poder Ejecutivo al disponer que este —luego de controlar que las solicitudes cumplan los requisitos previstos en los párrafos 1 y 2 del art. 96— debe

¹⁰⁸ Identificar y buscar personas u objetos; practicar pruebas, incluidos los testimonios bajo juramento, y producir pruebas, incluidos los dictámenes e informes periciales que requiera la Corte; interrogar a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento; notificar documentos, inclusive los documentos judiciales; facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de testigos o expertos; proceder al traslado provisional de personas; realizar inspecciones oculares, inclusive la exhumación y el examen de cadáveres y fosas comunes; practicar allanamientos y decomisos; transmitir registros y documentos, inclusive registros y documentos oficiales; proteger a víctimas y testigos y preservar pruebas; identificar, determinar el paradero o inmovilizar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, o incautarse de ellos, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

¹⁰⁹ Cf. asimismo lo que dispone el art. 93.5 del ECPI.

¹¹⁰ El artículo 41 del proyecto aprobado el 6 de septiembre de 2006 incorporó, por sugerencia de Amnistía Internacional, la mención al ECPI y a las RPP, de modo tal que la primera frase de este artículo quedó redactada: “Las condiciones y formas en que se llevarán a cabo las medidas requeridas se regirán por los procedimientos previstos en el Estatuto, en las Reglas de Procedimiento y Prueba y en el ordenamiento interno”.

remitir la solicitud “a las autoridades que correspondan según el tipo de asistencia solicitada”.¹¹¹ Sólo el PCI se refiere a la intervención de las autoridades judiciales: inspirándose en lo que prevé la LCIMP, el PCI la condiciona a que “la asistencia requiera la intervención de un juez”.¹¹² De este modo, las autoridades judiciales no intervendrían en todos los casos sino que dependería del tipo de medida solicitada.

Tampoco se determinan procedimientos y autoridades para llevar a cabo el *control de constitucionalidad* de las medidas que se soliciten. Es claro que, cuando se trate de medidas “que requieran la intervención de un juez”, las autoridades judiciales tendrán la oportunidad de llevar a cabo ese control. Sin embargo, de los proyectos no surge con nitidez si algún control de este tipo será llevado a cabo en la etapa administrativa —al menos un control preliminar y al solo efecto de dar intervención a las autoridades judiciales en todos los casos problemáticos— o si, en cambio, el control de constitucionalidad quedará librado a lo que eventualmente pueda surgir en cada trámite en concreto una vez superada la etapa administrativa.

Por otra parte, los proyectos no se proponen regular el modo y la oportunidad en que se llevarán a cabo las consultas con la CPI en relación con los límites derivados del derecho interno para el cumplimiento de medidas de asistencia. En verdad, la necesidad de mantener consultas entre el Estado y la CPI acerca de posibles obstáculos para cumplir medidas de asistencia podría presentarse en diversos momentos. Así, la CPI podría consultar al Estado sobre el tema antes de cursar una solicitud; el Poder Ejecutivo podría advertir, no bien recibe una solicitud, que cierta medida se opone a un principio fundamental claramente establecido en el ámbito interno —y, por lo tanto, sin necesidad de que el Poder Judicial se expida en el caso concreto—; o bien, podría surgir a raíz de un pronunciamiento judicial durante el trámite de una medida de asistencia. Una regulación de las diversas oportunidades en las que las consultas podrían surgir sería necesariamente casuística.

Otro aspecto a considerar es que las autoridades que llevarían a cabo las consultas con la CPI no son las encargadas de pronunciarse en última instancia sobre los límites constitucionales.¹¹³ Además, teniendo en cuenta el sistema de control de

¹¹¹ Arts. 40 del PA y 72 del PCI.

¹¹² El art. 73 del PCI dispone que “cuando la asistencia requiera la intervención de un juez, el Ministerio Público representará el interés por la asistencia en el trámite judicial”.

¹¹³ Como bien lo destaca Mónica Karayán en “La cooperación con una corte penal internacional permanente”, en Ambos (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 357.

constitucionalidad vigente en el orden nacional (control concreto), siempre existirá, con posterioridad a las consultas entre el Estado y la CPI, una instancia de control judicial sobre la compatibilidad de la medida solicitada con los principios fundamentales. Esto, sin duda, podría dificultar la asunción de compromisos ante la CPI acerca de que cierta medida concreta será efectivamente realizada. Incluso en los casos en los que las consultas con la CPI se realizaran luego de que el Poder Judicial hubiese rechazado el cumplimiento de cierta medida por contravenir un principio fundamental, sería difícil que las autoridades políticas del Estado pudiesen garantizar que la medida fuera aceptada si se modificara cierto aspecto puntual de la solicitud. Siempre subsistiría —al menos como hipótesis— la posibilidad de que el Poder Judicial encontrara que la medida está prohibida por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general. Ello parece inevitable sin la implementación de algún mecanismo de control judicial preventivo.

La cuestión de la posible prohibición de una medida de asistencia por contravenir un principio fundamental de derecho existente y de aplicación general aparece mencionada en los proyectos elaborados en un solo artículo, en el que simplemente se dispone —reiterando lo que expresa el ECPI— que, si el cumplimiento de una medida estuviese prohibido, el Poder Ejecutivo celebrará consultas con la CPI, a fin de establecer si se puede prestar la asistencia de otra manera o con sujeción a condiciones.¹¹⁴

El PCI también se refiere al supuesto de que el cumplimiento de una solicitud de asistencia pudiera “entorpecer una investigación penal en trámite en la República Argentina”. Al respecto se dispone que las autoridades judiciales competentes informarán esa circunstancia al Ministerio de Relaciones Exteriores, órgano que deberá realizar las consultas del caso con la CPI.¹¹⁵

Los proyectos disponen asimismo la posibilidad de que el Estado no haga lugar a una solicitud de asistencia cuando se refiera a la presentación de documentos o a la divulgación de pruebas que afecten su *seguridad nacional*.¹¹⁶ El PCI agrega que “la declaración de seguridad nacional será efectuada de conformidad con la reglamentación que se adopte en cumplimiento de las disposiciones de la presente ley”.¹¹⁷

¹¹⁴ Cf. arts. 41 del PA y 74 del PCI.

¹¹⁵ Art. 75 del PCI.

¹¹⁶ Cf. arts. 93.4 y 72 del ECPI.

¹¹⁷ Art. 76 del PCI.

Esta fue una de las cuestiones debatidas durante las sesiones llevadas a cabo en el Congreso de la Nación en las que se planteó la necesidad de no dejar en manos de las autoridades un margen excesivamente amplio para decidir cuándo una medida afectaba la seguridad nacional. En todo caso, se pretendía llegar a una definición de qué debía entenderse por “seguridad nacional”. Sin embargo, la modificación que se introdujo al respecto —y que recoge el PA— no incluyó una definición de la “seguridad nacional”, sino que se limitó a establecer que su significado deberá ser definido por una *ley* del Congreso.¹¹⁸

En relación con la *actuación del fiscal en el territorio del Estado* para la ejecución de solicitudes que no requieran medidas coercitivas, los proyectos de ley simplemente se remiten a lo que dispone el art. 99.4 del ECPI. En este sentido, dejan librada a las autoridades la eventual imposición de condiciones así como la organización del modo en que el Estado brindará asistencia al fiscal y demás funcionarios de la CPI en esos casos.

Una cuestión vinculada a la actuación de funcionarios de la CPI en el territorio nacional es la adopción del Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional (APICPI).¹¹⁹ La República Argentina suscribió ese instrumento el 7 de febrero de 2002, pero hasta el momento no lo ha ratificado. Como paso previo a su ratificación por el Poder Ejecutivo, el APIC debe ser aprobado por el Congreso. Con fecha 16 de noviembre de 2005, la Cámara de Senadores se pronunció a favor de su aprobación.¹²⁰ Falta aún que se expida la Cámara de Diputados.

3.3. Ejecución de penas y otras medidas ordenadas por la CPI

Finalmente, los proyectos se refieren brevemente a la ejecución de penas y otras medidas que imponga la CPI.

En cuanto a la *recepción de condenados* a cumplir penas privativas de libertad, el PCI simplemente reitera lo que ya surge del ECPI en punto a que la República Argentina podrá declarar que está dispuesta a recibir condenados de conformidad con lo que dispone el art. 103 de ese tratado. Por su parte, el PA deja en manos del

¹¹⁸ Por su parte, el PCI se refiere a “la reglamentación que se adopte”; de este modo, permitiría que el alcance de la fórmula “seguridad nacional” se determinara por normas distintas de la ley, como los decretos presidenciales.

¹¹⁹ El Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, que entró en vigor el 22 de julio de 2004, puede consultarse en español en el sitio <http://www.un.org/spanish/law/icc/index.html>.

¹²⁰ Cf. expediente 849-PE-04 de la Cámara de Senadores.

Poder Ejecutivo decidir si Argentina integrará la lista de países dispuestos a recibir condenados y manifestar bajo qué condiciones lo hará. Agrega que, en su caso, si Argentina fuese designada para la ejecución de una condena, el Poder Ejecutivo indicará sin demora a la CPI si acepta la designación. A su vez, dispone que el Servicio Penitenciario Federal será el encargado de la ejecución de la sentencia conforme las reglas del ECPI y las normas del Código Procesal Penal de la Nación.

Con relación a las *multas, órdenes de decomiso o de reparación* cuya ejecución solicite la CPI, ambos proyectos disponen que serán cumplidas por las autoridades competentes “en forma directa y sin procedimiento de exequátur”. El PA establece la intervención de los órganos *judiciales* competentes para la ejecución de las multas, órdenes de decomiso o de reparación, a los cuales el Poder Ejecutivo debe remitir la documentación pertinente.

3.4. Cooperación en la investigación de los delitos contra la administración de justicia de la CPI

Como se ha mencionado anteriormente, el ECPI —principalmente en su parte IX— contiene diversas normas que regulan la obligación de cooperación que tienen los Estados en la investigación de los crímenes de competencia de la CPI, esto es: el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el, aún sin definir, crimen de agresión (art. 5 del ECPI). No sucede lo mismo en cuanto a la cooperación para la investigación de los *delitos contra la administración de justicia de la CPI*. Según el ECPI, las condiciones de la cooperación internacional con la Corte respecto de los delitos contra la administración de justicia previstos en el art. 70 del ECPI “se regirán por el derecho interno del Estado requerido”.¹²¹ Por lo tanto, es el derecho interno de cada Estado el que debe determinar cómo se llevará a cabo la cooperación y qué condiciones se impondrán. Sin embargo, ninguno de los proyectos comentados se refiere expresamente a esta cuestión. En este sentido, los proyectos no aclaran si las normas sobre cooperación que proponen también serían aplicables en relación con estos delitos. En principio, parecen limitarse a regular la cooperación con la CPI respecto de los “crímenes de su competencia” (art. 5 del ECPI). Precisamente, esta expresión aparece mencionada en las disposiciones generales sobre

¹²¹ Cf. art. 70.2 del ECPI y la regla 167 contenida en las RPP.

cooperación que contiene el PCI; por otra parte, los proyectos generalmente se refieren a artículos que corresponden a la parte IX del ECPI, es decir, la parte que regula la cooperación con los procesos penales por los crímenes mencionados en el art. 5 del ECPI.

En suma, el modo en que el Estado argentino cooperará con la CPI en los delitos contra la administración de justicia del tribunal internacional debería ser claramente regulado en las normas de implementación. Los proyectos presentados hasta el momento han sido deficientes en este punto.

4 • Protección penal de la administración de justicia de la Corte

De modo similar a lo que sucede habitualmente en los derechos internos respecto de la administración de justicia de los Estados, el ECPI contiene normas que establecen sanciones penales para las personas que realicen ciertas conductas que pueden afectar la administración de justicia de la CPI. El ECPI, en su art. 70, describe esas conductas¹²² y dispone la obligación para los Estados de hacer extensivas las leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia de la CPI y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales.¹²³

¹²² El art. 70. 1 establece: "La Corte tendrá competencia para conocer de los siguientes delitos contra la administración de justicia, siempre y cuando se cometan intencionalmente:

- a. Dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69;
- b. Presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas;
- c. Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba;
- d. Poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida;
- e. Tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario; y
- f. Solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales".

¹²³ En relación con los delitos contra la administración de justicia de la CPI no son aplicables las normas que organizan la complementariedad (o, mejor, la subsidiariedad) de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales para la persecución de los crímenes mencionados en el art. 5 (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión). En los supuestos del art. 70 del ECPI, la Corte puede decidir ejercer ella misma la competencia o bien someter el asunto a un Estado parte que resulte competente (territorialmente o en razón de la nacionalidad del autor) sobre la base de lo que disponen las Reglas de Procedimiento y Prueba (cf. especialmente, el art. 70.2 del ECPI y la regla 162).

De este modo, los Estados quedan obligados a establecer normas que permitan el juzgamiento y la sanción penal en sede nacional de las conductas descritas en el art. 70 del ECPI. Esta persecución penal debe ser posible tanto en virtud del principio de territorialidad como del principio de nacionalidad activa.

La tipificación en el ámbito nacional de estas conductas puede realizarse mediante la modificación de tipos penales ya existente (adecuándolos a las conductas que menciona el art. 70 del ECPI) o bien mediante la creación de nuevas figuras penales. A su vez, esta última alternativa puede ser llevada a cabo a través de la incorporación de esos nuevos tipos penales al Código Penal o bien mediante la formulación de esas descripciones típicas en una ley especial.

Si bien el Código Penal argentino no contiene un capítulo especialmente dedicado a los delitos contra la administración de justicia, existen varios tipos penales que claramente se refieren a delitos de esa clase, particularmente dentro del título XI (Delitos contra la administración pública).¹²⁴

Si se comparan los tipos penales del Código Penal con las descripciones típicas del art. 70 del ECPI, se advierte que en algunos casos prevén conductas similares¹²⁵ y, en otros, exhiben divergencias: por un lado, la legislación penal argentina considera conductas no contempladas en el art. 70¹²⁶ y, a la inversa, algunas conductas mencionadas en el art. 70 del ECPI no encuentran un paralelismo claro en la legislación penal nacional. Esto último sucede, por ejemplo, con las conductas de obstruir la

¹²⁴ Cf. especialmente los arts. 237, 241, 243, 245, 251, 255, 256, 256 bis, 257, 258, 259, 269, 270, 271, 273, 274, 275, 276, 277, 280, 281 y 281 bis del Código Penal.

¹²⁵ Por ejemplo, el falso testimonio consagrado en el art. 70.1.a del ECPI coincide sustancialmente con la figura básica del art. 275, aunque esta figura enuncia distintos modos de comisión (“afirmare una falsedad o negare o callare la verdad”) y calidades de autor (“el testigo, perito o intérprete”). A su vez, el art. 275 prevé una agravante para el falso testimonio cometido en causa criminal en perjuicio del inculcado. Por su parte, la conducta de “destruir o alterar pruebas” mencionada en el art. 70.1.c del ECPI también encuentra un correlato en el tipo penal de encubrimiento contemplado en el art. 277, inc. b del Código Penal (“ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito”). Otros ejemplos: la conducta de “corromper a un testigo” prevista en el art. 70.1.c del ECPI es similar a la de sobornar a un testigo contenida en el art. 276 del Código Penal; asimismo, la conducta de soborno de funcionarios de la CPI (art. 70.1.f) guarda similitud con las figuras de cohecho previstas en los arts. 257 y 258 del Código Penal.

¹²⁶ Entre ellas, la abstención de comparecencia por parte de testigos, peritos o intérpretes legalmente citados (art. 243), la falsa denuncia de un delito (art. 245), el prevaricato (“el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas” —art. 269), la denegación o retardo de justicia (“el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley”, “el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales”, “El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes [...] a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable” —arts. 273 y 374). Algunas de las conductas mencionadas en último término, en el sistema del ECPI sólo podrían constituir faltas que dan lugar a la suspensión o a la separación del cargo o a la imposición de otras medidas disciplinarias a los funcionarios de la CPI (cf. especialmente, los arts. 46 y 47 del ECPI y reglas 23 a 32 de las RPP).

comparecencia de un testigo o su testimonio o interferir en ellos (art. 70.1.c del ECPI), “interferir en las diligencias de prueba” (art. 70.1.c del ECPI), “poner trabas” a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida (art. 70.1.d del ECPI), “tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de las funciones que haya desempeñado él u otro funcionario” (art. 70.1.e del ECPI). Esas descripciones típicas no tienen un correlato en la legislación nacional. Los tipos penales actualmente vigentes sólo de modo parcial podrían cubrir el universo de conductas abarcado por las descripciones típicas contenidas en el art. 70 del ECPI (v. gr., cuando la obstrucción de la comparecencia de un testigo se realizara mediante la privación de su libertad o amenaza; o cuando las represalias consistieran en actos previstos en normas penales, como los daños, las lesiones, el homicidio, etcétera). Por lo tanto, una adecuación normativa es necesaria a efectos de que la legislación nacional abarque la totalidad de las conductas comprendidas en el art. 70 del ECPI.

Como antes se ha dicho, ello podría intentarse a través de una adecuación de los tipos penales ya existentes (a efectos de armonizarlos con el art. 70 del ECPI) o bien mediante la tipificación por separado de las descripciones típicas contenidas en el art. 70.1 del ECPI, esto es, una tipificación de los delitos contra la administración de justicia de la CPI independiente de la tipificación de los delitos contra la administración de justicia nacional.

En el caso argentino, el primer camino, aunque posible, no sería del todo simple. Por un lado, en aquellos casos en los que existen tipos penales similares a los del ECPI, se requeriría su modificación (ampliación) a efectos de que abarcaran conductas cometidas por funcionarios de la CPI o contra ellos, actos procesales desarrollados ante la CPI, etcétera¹²⁷ y, además, la incorporación del principio de nacionalidad activa en relación con procesos penales que lleve a cabo la CPI.¹²⁸ Por otra parte,

¹²⁷ Esta ampliación del ámbito material de aplicación de los tipos penales no debería realizarse en todas las figuras del Código Penal que pueden ser catalogadas como delitos contra la administración de justicia, sino sólo en el caso de aquellas que guardan relación con las descripciones típicas del art. 70 del ECPI. De lo contrario —esto es, si se ampliara el ámbito de aplicación de todos los tipos penales contenidos en la ley argentina que se refieren a conductas que pueden afectar la administración de justicia—, el resultado sería que los delitos contra la administración de justicia de la CPI previstos en la ley argentina abarcarían muchos supuestos no contemplados en el ECPI. En otras palabras, la protección penal de la administración de justicia de la CPI por la ley argentina resultaría más amplia que la que determina el propio ECPI.

¹²⁸ No se trataría de la incorporación, sin más, del principio de nacionalidad activa en relación con ciertos delitos, dado que ello implicaría tornar aplicable la ley argentina para todos las conductas desarrolladas por argentinos (p. ej., falso testimonio) en cualquier proceso penal llevado a cabo en cualquier lugar del mundo y ante cualquier tribunal. Debería, entonces, restringirse el principio de nacionalidad activa a los procesos que se lleven a cabo ante la CPI.

en aquellos casos en los que no existen tipos penales similares a las descripciones previstas en el art. 70.1 del ECPI (como “poner trabas”, “tomar represalias”, “obstruir la comparecencia de un testigo”, etcétera), habría que insertar nuevos supuestos de hecho a fin de evitar lagunas. En estos casos, ya no se trataría simplemente de ampliar el ámbito de aplicación de tipos penales ya existentes, sino de la creación de supuestos de hecho totalmente nuevos.

Un procedimiento más sencillo sería tipificar por separado el conjunto de conductas que el ECPI denomina “delitos contra la administración de justicia de la Corte”. Esto podría hacerse en un nuevo capítulo del Código Penal dedicado específicamente a estas conductas o en una ley especial de implementación del ECPI.

Con independencia de la forma que se elija para llevar a cabo la adecuación normativa, habría que tener en cuenta una cuestión vinculada al contenido de los tipos penales. Algunas de las fórmulas utilizadas en el art. 70.1 del ECPI para definir los delitos contra la administración de justicia de la CPI son demasiado amplias y pueden abarcar una innumerable cantidad de conductas de muy diversa índole y gravedad. A su vez, tales expresiones pueden generar dudas acerca de qué conductas quedarían realmente comprendidas por los tipos penales, lo que permitiría cuestionarlos a la luz de las exigencias del mandato de determinación (*lex certa*).¹²⁹ Ello se advierte, particularmente, en aquellas descripciones típicas que no tienen un correlato claro en los tipos penales vigentes en el orden nacional, por ejemplo: “poner trabas” a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida; “tomar represalias” contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario,¹³⁰ etcétera. En estos casos habría que

¹²⁹ Señala la vaguedad de ciertas expresiones del art. 70.1 del ECPI, María del Carmen Cantisano, “La tipificación de los delitos contra la administración de justicia en el Estatuto de Roma”, en Elisabeth Salmón (coord.), *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el ordenamiento jurídico peruano*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pp. 197-215.

¹³⁰ En efecto, obsérvese el caso de la expresión “tomar represalias”. Según la definición del *Diccionario de la Lengua Española* (www.rae.es), *represalia* es la “respuesta de castigo o venganza por alguna razón u ofensa” (primera acepción). De este modo, el término *represalia* podría abarcar cualquier acto material que, realizado en contra de un funcionario en razón de su actuación funcional, pudiera ser entendido como un acto de castigo o de venganza. El universo posible de conductas sería inimaginable y, como se ha dicho, comprendería actos de muy diversa índole y gravedad: desde atentar contra la integridad física del funcionario o contra sus bienes hasta quitar el saludo, no mencionar su nombre, ponerle “mala cara”, etcétera. Parece evidente que algunas de estas conductas no podrían considerarse seriamente como acciones penalmente relevantes y, con seguridad, no han sido estas conductas las tenidas en miras al momento de establecer la prohibición. Por ello, la expresión elegida al formular el precepto (“tomar represalias”) daría lugar a una sobreinclusión de conductas en la ley penal (acerca de la sobreinclusión, cf. Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal*, pp. 30 y ss.). A su vez, es muy dudoso que la interpretación

considerar la posibilidad de ajustar las descripciones típicas a efectos de dotarlas de un contenido más preciso.¹³¹

Los proyectos de implementación que han sido elaborados hasta el momento han optado por concentrar las normas de implementación del ECPI en una sola *ley especial*, incluyendo la tipificación de los delitos contra la administración de justicia de la CPI. El método elegido por la mayoría de los proyectos es el de trasladar *sin modificaciones* las descripciones típicas contenidas en el art. 70.1 del ECPI.¹³²

Además de definir un método de incorporación de estas conductas a la ley penal nacional, los Estados deben determinar las escalas penales. Un parámetro que puede tenerse en cuenta es el monto de pena que determina la ley penal para los delitos contra la administración de justicia estatal. Se trata de conductas similares y que, por otra parte, serán cometidas en el territorio del Estado o por sus nacionales. La posibilidad de fijar penas acordes a las previstas en el orden nacional para conductas análogas es algo claramente permitido por el ECPI. Ninguna norma del ECPI obliga a los Estados a imponer las penas que el párrafo 3 del artículo 70 prevé para el caso de que sea la CPI la que juzgue (pena de reclusión no superior a los cinco años o una multa, o ambas penas). Tal como sucede con las conductas descritas en los arts. 6 a 8 del ECPI, los Estados tienen la facultad de determinar penas sin sujeción a las que establece el ECPI.¹³³ Sin embargo, es inevitable que las penas fijadas en el ECPI

judicial pudiera delimitar, con cierta previsibilidad —y sin incluir excesivamente valoraciones personales del juez—, cuáles de todas las conductas formalmente subsumibles en la expresión quedarían alcanzadas por el tipo penal y cuáles no. En definitiva, expresiones tan amplias e imprecisas en cuanto a sus límites generan el riesgo de invalidación de la ley por afectación al principio de taxatividad. Algo similar podría ocurrir con otras expresiones contenidas en el art. 70.1 del ECPI (p. ej., “poner trabas”).

¹³¹ Por ejemplo, incluyendo referencias expresas a conductas que serían consideradas “represalias”, “trabas”, etcétera. Si bien la enumeración o la ejemplificación no es, por regla, el mejor método legislativo, aquí podría justificarse a efectos de que al menos ciertas conductas quedaran comprendidas de modo indudable dentro de esos tipos penales. En todo caso, ello sería preferible a la alternativa de un tipo penal cuya aplicación dependiera totalmente de un concepto indeterminado y, por lo tanto, que fuera pasible de ser descalificado por vaguedad. Otra forma posible de precisar el alcance de la figura sería referirla a actos ya contemplados en el Código Penal. Así, por ejemplo, las “represalias” podrían tipificarse como una agravante general consistente en la comisión de alguna de las conductas previstas en el Código Penal “contra un funcionario de la CPI en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario” (y, de manera similar, para las represalias contra testigos).

¹³² Así se propone tanto en el PCI como en el PA. El PCI es algo más prolijo que el PA en cuanto al ámbito de aplicación (menciona expresamente la aplicación territorial y a los nacionales argentinos) y al aspecto subjetivo (hace referencia a que las conductas deben haber sido cometidas “intencionalmente”, tal como prevé el art. 70 del ECPI). El primer proyecto de la senadora Fernández de Kirchner proponía, en cambio, una remisión a los delitos contenidos en el Código Penal, sin ninguna adaptación de los tipos penales vigentes. El art. 12 del proyecto disponía: “A los fines del art. 70.4.a del Estatuto de Roma son de aplicación las normas contenidas en los artículos 237, 255, 256, 258, 275 y concordantes del Código Penal de la Nación”.

¹³³ En el caso de los crímenes descritos en los arts. 6 a 8 del ECPI, la facultad de los Estados de aplicar su propio sistema de penas está expresamente aclarada en el art. 80 del ECPI (“Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte”). El único límite que podría jugar un papel aquí sería que la CPI considerara

aparezcan como un parámetro a ser tenido en cuenta. Ello con mayor razón en el caso de los delitos contra la administración de justicia de la CPI, dado que aquí cada uno de los Estados partes en el tratado actúa como un órgano que brinda protección penal, no a su propio sistema de administración de justicia, sino un *sistema de justicia penal compartido*. Este es un argumento que permitiría sostener la idea de que la respuesta penal para conductas que perjudican a ese sistema penal compartido debe mostrar cierta homogeneidad.

La solución no es fácil en aquellos casos en los que existe una clara disimilitud entre las escalas penales del ECPI y las del derecho nacional. Ello se observa en algunos supuestos si se compara el ECPI con el Código Penal argentino. Por ejemplo, el cohecho agravado previsto en el art. 257 del Código Penal que tipifica la conducta del “magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia”, tiene prevista una pena de cuatro a doce años de prisión o reclusión; bastante más grave que la pena de hasta cinco años de reclusión prevista por el ECPI para la conducta análoga descrita en el art. 70.1.f. Otro tanto sucede con el falso testimonio cometido “en causa criminal en perjuicio del inculpado” que en el Código Penal tiene prevista una escala de uno a diez años de reclusión o prisión, es decir, un máximo que duplica la pena máxima prevista en el ECPI para el falso testimonio (art. 70.1.a).

En estos casos —donde se observan escalas muy disímiles o supuestos típicos que no se corresponden exactamente— existiría una mayor dificultad para lograr una “armonización” entre la escala del ECPI y las escalas del Código Penal.¹³⁴

Los proyectos argentinos han optado por establecer penas más altas que las previstas en el ECPI¹³⁵ y, por regla, más altas que las previstas en el orden nacional para conductas análogas, lo que parece excesivo, al menos a la luz de lo que ha sido

que penas inusualmente leves para conductas de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra quitan seriedad a los juicios en un Estado y que ello la habilita a ejercer su jurisdicción subsidiaria. De todos modos, esta posibilidad no surge claramente del ECPI (cf. arts. 17 a 20).

¹³⁴ Refiriéndose a las escalas penales del ECPI y del derecho penal estatal, Ezequiel Malarino ha sostenido que “el criterio más apropiado sería el de buscar una armonización o equilibrio entre ambas; en todo caso, no sería razonable imponer penas más leves o más graves de las que impone el orden interno para delitos similares o el Estatuto en el art. 70 apartado 3” (cf. “Reporte final, síntesis metodológica, un sumario ejecutivo y recomendaciones”, en Jorge Rolón Luna (comp.), *La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay. Aspectos legales, institucionales, participativos y Plan de Acción*, Asunción, 2004, pp. 171 y ss.).

¹³⁵ Con la excepción del primer proyecto de la senadora Fernández de Kirchner, que se remita al Código Penal.

expuesto anteriormente. Si se revisan los antecedentes correspondientes a los proyectos elaborados en el ámbito nacional, no es sencillo determinar si esta elevación de penas responde a la idea de que las conductas contra la administración de justicia de la CPI son más graves que las que afectan a la administración de justicia nacional. En efecto, en el Mensaje de Elevación del proyecto de la Comisión Interministerial al Congreso se explica, por un lado, que se ha recurrido a la tipificación de los delitos contra la administración de justicia de la CPI previstos en el art. 70 del ECPI “debido a que la tipificación del Código no cubre todos los supuestos contemplados en el estatuto” y, luego, al hacerse referencia a las escalas penales, sorprendentemente se funda el máximo de diez años que se propone para estas figuras —con excepción del soborno cuyo máximo se fija en quince años— en que las RPP establecen un tiempo de diez años para la *prescripción de las penas*.¹³⁶ Los proyectos posteriores han tomado estas escalas penales sin expresar otros argumentos que, por un lado, corrigieran el error en que se incurrió en el Mensaje de Elevación al explicar los montos de pena y, por otro, que brindaran una justificación plausible para las escalas penales propuestas —por ejemplo, el de la supuesta mayor gravedad de los delitos contra la administración de justicia de la CPI.

Finalmente, cabe hacer referencia a los plazos de prescripción de la acción penal para estos delitos. Tampoco en este punto los Estados están obligados a seguir lo que disponen el ECPI y las RPP. Por lo tanto, los plazos de prescripción previstos en el orden nacional pueden ser más breves, iguales o más prolongados que los del ECPI. Sólo habría que tener en cuenta la repercusión que estos plazos pueden tener para el ejercicio de la jurisdicción nacional. En particular, si los plazos de prescripción de la acción contemplados en la legislación nacional fueran más breves que los del ECPI, el Estado perdería antes que la CPI la posibilidad de juzgar las conductas cometidas por sus nacionales o en su territorio. Ello, en principio, no sucedería conforme al modo de regular la prescripción de la acción en los proyectos argentinos de implementación. Al respecto, el PCI no contiene una regla específica, por lo que se aplicarían las reglas comunes sobre prescripción contenidas en el Código Penal.¹³⁷

¹³⁶ Cf. El Mensaje del Poder Ejecutivo nacional del 8 de octubre de 2002 que dio origen al expte. S.474/02. La regla a la que se hace referencia es la 164.3.

¹³⁷ En particular, sería aplicable el art. 67, inc. 2, que dispone que la acción penal prescribe: “Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años y bajar de dos años”.

De este modo, los plazos de prescripción quedarían determinados por los montos máximos de pena: diez años para todos los delitos, con excepción del delito de aceptación de un soborno por parte de un juez o funcionario de la CPI, que quedaría en doce años. Lo mismo sucedería en el caso del PA, aunque este proyecto puede generar alguna duda de acuerdo a cómo se interprete el sistema de fuentes aplicables.¹³⁸

5. Conclusiones

En la primera parte de este informe se ha descrito brevemente el orden normativo que rige en la República Argentina sobre extradición y cooperación internacional en materia penal. Como rasgo general puede decirse que se trata de un orden normativo que no exhibe especiales dificultades para la cooperación internacional. En este sentido, la Constitución Nacional no contiene prohibiciones para la cooperación o la extradición (como la prohibición de extraditar nacionales). Por su parte, los tratados vigentes y la Ley de Cooperación en Materia Penal prevén exigencias y causales de rechazo tradicionales en la materia (procesos con fines persecutorios, riesgo de lesión de derechos fundamentales, etcétera).

En lo que se refiere a la cooperación internacional para la persecución penal de crímenes de derecho internacional, se observa una práctica estatal que ha mostrado predisposición para llevar a cabo las medidas solicitadas. Esa conducta ha sido ambivalente cuando los pedidos de asistencia se han referido a hechos ocurridos en la República Argentina durante el régimen militar (1976-1983). Sin perjuicio de las consecuencias que se derivan de que los procesos penales por esos hechos se han reanudado en Argentina, actualmente la posibilidad de brindar asistencia en esos casos está abierta.

En cuanto a la cooperación con la CPI, hasta el momento no se han dictado en Argentina normas de implementación. Los proyectos que se encuentran a consideración del Congreso prevén una regulación breve de la cooperación entre el Estado y la

¹³⁸ Cf. Parenti "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la necesidad de adecuar la legislación nacional. Estado de la cuestión en Argentina", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 16, Lexis-Nexis, 2005, p. 1897.

CPI que, por un lado, se apoya en las normas que contiene el ECPI y, por otro, deja en manos del Poder Ejecutivo cuestiones como la distribución interna de las solicitudes según el tipo de medida de que se trate, o las consultas con la CPI. Estos proyectos bien pueden servir de base para la regulación de la cooperación entre el Estado y la CPI, quizá con ciertos ajustes en algunos aspectos que aquí se han tratado de identificar.

Los proyectos también contienen propuestas de implementación para la persecución nacional de los delitos contra la administración de justicia de la CPI. Como se ha explicado, los proyectos han optado por incorporar las figuras contenidas en el art. 70.1 del ECPI a una ley especial de implementación y sin modificaciones en las descripciones típicas previstas en el tratado. Por otra parte, los proyectos prevén penas más graves que las previstas en el ECPI para esa clase de conductas y también más graves que las que establece el Código Penal para los delitos contra la administración de justicia nacional. Sobre estas dos últimas cuestiones —descripciones típicas y penas— aquí se ha mencionado la posibilidad de dotar de un contenido más preciso a algunas figuras (v. gr., determinar qué actos materiales integrarían el concepto de “represalia”) y, por otra parte, se ha señalado la carencia de un fundamento que haya sido claramente expuesto para justificar la mayor gravedad de las penas que los proyectos proponen respecto de las penas previstas en el Código Penal para conductas análogas.

Finalmente, puede decirse que la suerte de los proyectos con estado parlamentario es incierta, dado que el trabajo legislativo en este tema ha mostrado discontinuidad. Si bien desde el año 2002 se han tratado varios proyectos de ley de implementación y dos de ellos han sido aprobados por la Cámara de Senadores, también es cierto que algunos de los proyectos han perdido estado parlamentario por falta de tratamiento. Con todo, la reciente aprobación por la Cámara de Senadores de un proyecto de ley de implementación permite mantener la expectativa de que Argentina dicte en un lapso relativamente breve la legislación necesaria para su correcta inserción en el sistema penal internacional creado mediante el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: "La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania", en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 15-46.
- CANTISANO, María del Carmen: "La tipificación de los delitos contra la administración de justicia en el Estatuto de Roma", en Elisabeth SALMÓN (coord.), *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el ordenamiento jurídico peruano*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pp. 197-215.
- FERNÁNDEZ de GURMENDI, Silvia y José Luis FERNÁNDEZ VALONI: "Argentina", en KREB, LATTANZI, BROOMHALL y SANTORI (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Roma: Nomos Verlagsgesellschaft - Editrice il Sirente, 2005, pp. 3-6.
- KARAYÁN, Mónica: "La cooperación con una corte penal internacional permanente", en AMBOS (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 343-371.
- "La 'doctrina' del decreto 1581/01", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires: Ad-hoc, 2003, año IX, n.º 16, pp. 197 y ss.
- KAUL, Hans-Peter y Claus KREB: "Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: principios y compromisos", en AMBOS (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 297-341.
- MALARINO, Ezequiel: "Argentina", en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 35-81.
- "Reporte final, síntesis metodológica, un sumario ejecutivo y recomendaciones", en Jorge ROLÓN LUNA (comp.), *La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay. Aspectos legales, institucionales, participativos y Plan de Acción*, Asunción, 2004, pp. 171 y ss.
- PARENTI, Pablo: "Argentina", en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 49-98.
- "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la necesidad de adecuar la legislación nacional. Estado de la cuestión en Argentina", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 16, Lexis-Nexis, 2005, pp. 1890-1905.

Arancibia Clavel, CSJN, 24 de agosto de 2004.

Bohne, CSJN, 24 de agosto de 1966, publicado en la colección oficial *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, t. 265, pp. 219 y ss.

Lariz Iriondo, CSJN, 10 de mayo de 2005.

Lukic, causa n.º 11807/2005, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 8 de la Capital Federal, Secretaría n.º 16.

Priebke, CSJN, 2 de noviembre de 1995, publicado en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, t. 318, pp. 2148 y ss.

Schwamberger, Cámara Federal de La Plata, dictado el 30 de agosto de 1989, y publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, t. 135, pp. 323 y ss.

Schwamberger, CSJN, 20 de marzo de 1990, publicado en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, t. 313, pp. 256 y ss.

Simón, causa n.º 8686/2000, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 4 de la Capital Federal, Secretaría n.º 7, 6 de marzo de 2001.

Simón, CSJN, 14 de junio de 2005.

BOLIVIA

Implementación
del Estatuto
de la Corte Penal Internacional
en Bolivia:
aspectos de cooperación y
asistencia judicial

Elizabeth Santalla Vargas

1 • Introducción

El inicio del proceso de implementación del ECPI en Bolivia¹ se concretó con la elaboración de un “anteproyecto de ley de implementación del ECPI” de enero de 2005². Después del correspondiente proceso de socialización y consulta con la sociedad civil y las Fuerzas Armadas, el Defensor del Pueblo recientemente (14.2.2006) ha efectuado su presentación oficial³ a instancia legislativa, a efectos del inicio del procedimiento legislativo. La demora puede atribuirse a la necesidad e importancia de la previa socialización del anteproyecto,⁴ en cuyo proceso se han discutido mayormente cuestiones inherentes a la tipificación del genocidio, los delitos de lesa humanidad y los delitos contra el derecho internacional humanitario, así como aspectos de parte general y de las reglas generales que establece el anteproyecto, ahora proyecto de ley, más que aspectos inherentes al régimen de cooperación con la CPI. En efecto, el proyecto de ley constituye un instrumento único de implementación aspirando a

¹ El Estado boliviano firmó el ECPI el 17 de julio de 1998 y lo ratificó el 24 de mayo de 2002, mediante ley n.º 2398, cuyo depósito se efectuó el 27 de junio del mismo año.

² Anteproyecto elaborado en el marco del proyecto Defensor del Pueblo de Bolivia, Cooperación Técnica Alemana (GTZ) en Bolivia. La versión consensuada puede consultarse en http://web.amnesty.org/pages/int_jus_icc_implementation.

³ La versión consensuada y presentada, también véase en: Defensor del Pueblo de Bolivia, “Anteproyecto de ley de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*, La Paz, Programa Implementación del ECPI en Bolivia, Defensor del Pueblo, Cooperación Técnica Alemana (GTZ), 2006.

⁴ En la cultura jurídica interna, *anteproyecto* es una propuesta legislativa que aún no ha sido radicada en el Parlamento. Una vez radicado e iniciado su tratamiento legislativo se denomina *proyecto de ley*.

una implementación integral. En este sentido, es una ley especial que contempla: reglas generales, la tipificación de los delitos del derecho internacional⁵ de competencia de la CPI, los delitos contra la administración de justicia de la CPI y el régimen de cooperación con la CPI. Este informe se centrará en los aspectos de implementación del régimen de cooperación y asistencia judicial.

No obstante a que el proyecto de ley de implementación del ECPI plantea una implementación integral, recientemente⁶ se promulgó una ley que tipifica el delito de “desaparición forzada de personas”, reputándolo parte del CP.⁷ Esta ley tipifica el delito sólo en el ámbito ordinario del CP. Es decir, como un delito esporádico, mas no bajo el elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad del ECPI (el ataque generalizado o sistemático contra la población civil), por lo que no puede reputarse como implementación de este. En consecuencia, a tiempo de la implementación del ECPI, teniendo en cuenta que el proyecto de ley de implementación establece una doble tipificación para el delito de desaparición forzada de personas (como un delito esporádico y en el marco del elemento contextual del ECPI), corresponderá derogar dicha ley o modificar el proyecto de ley de implementación respecto a la doble tipificación. Sin embargo, esta segunda opción plantearía la necesidad de uniformar el tipo penal en ambas leyes, lo que resultaría problemático pues la tipificación en la ley n.º 3326 difiere del tipo planteado en el proyecto de ley de implementación, *inter alia*, respecto a considerar que la privación de libertad debe ser realizada, o autorizada, apoyada o consentida, sólo por órganos del Estado y no por una *organización política*, alternativa que contempla el ECPI y resulta, por tanto, una tipificación más restringida *vis à vis* el alcance del tipo en el ECPI.

⁵ El proyecto de ley emplea la denominación de “delitos” en lugar de “crímenes”, en mérito a que el sistema penal boliviano sólo conoce las categorías de delitos y faltas o contravenciones y en atención a que la eventual incorporación de la categoría de “crímenes” podría resultar complicada con la doble tipificación que plantea el anteproyecto. En efecto, teniendo en cuenta que ciertos delitos de lesa humanidad, que como conductas aisladas o esporádicas no han sido tipificados en el ordenamiento penal boliviano o siendo necesario el cambio de su tipificación de cara a instrumentos internacionales vinculantes y relevantes, se hace necesaria la tipificación de ciertas conductas no sólo bajo el elemento contextual del ECPI del “ataque generalizado o sistemático contra la población civil”, sino también en situaciones que no necesariamente estuvieran enmarcadas dentro de dicho contexto. Para mayor explicación sobre este aspecto de implementación, véase E. Santalla, “Bolivia”, en Ambos y otros (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 123.

⁶ Dicha acción estuvo pendiente durante casi diez años, es decir desde que se ratificara la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas de 1994, ratificada mediante ley n.º 1695, de 12 de julio de 1996, fecha desde cuando existía la obligación convencional de tipificar la conducta.

⁷ Ley n.º 3326, de 18 de enero de 2006, que incorpora un artículo en el capítulo I (Delitos Contra la Privación de Libertad Individual) del título X (Delitos Contra la Privación de Libertad) del CP, el mismo que tipifica el delito de “desaparición forzada de personas”.

Por otro lado, corresponde mencionar la ratificación del Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la CPI que se efectuara sin reservas.⁸

2. Asistencia judicial interestatal

2.1. Sobre la extradición

Si bien el NCPP⁹ que norma sobre la “cooperación judicial y administrativa internacional”,¹⁰ en vigor desde abril de 2001,¹¹ es la norma aplicable y de interés para las causas iniciadas a partir de entonces,¹² a fin de analizar someramente los cambios que este introduce resulta necesario analizar también el ACPP¹³ que rigiera desde 1972 hasta la entrada en vigor del NCPP.

En principio, cabe notar que el NCPP incorpora un título particular sobre cooperación internacional, a diferencia del ACPP que contenía normas dispersas y que, por ejemplo, respecto a la extradición, contemplaba sólo dos artículos insertos en la parte de jurisdicción y competencia.¹⁴

La extradición, en el ACPP (art. 44), era posible cuando el Estado requirente resultaba ser el Estado de la territorialidad y existía un tratado internacional que permitiera la extradición por el o los delitos en cuestión, bajo protesta de reciprocidad. En este sentido, si el Estado requirente basaba su jurisdicción en los principios de nacionalidad activa o pasiva, o de universalidad, el Estado boliviano estaba impedido de conceder la extradición. Esta limitación es dejada de lado en el NCPP, que establece como requisitos para la procedencia de la solicitud de extradición: que se trate de delitos cuya pena privativa de libertad sea de dos o más años (tratándose de bolivianos, mayor de dos años) (art. 150). De la formulación del artículo, se colige que es necesaria la doble incriminación. En el caso de extradición, para el cumplimiento

⁸ Ratificado mediante ley n.º 3106, de 2 de agosto de 2005, cuyo depósito se efectuó el 20 de enero de 2006.

⁹ Promulgado el 25 de marzo de 1999, mediante ley n.º 1970 de 25 de marzo de 1999. Abrogó el anterior CPP.

¹⁰ Libro Tercero, título VI “Cooperación Judicial y Administrativa Internacional”.

¹¹ Vigencia plena diferida: a los 24 meses de su publicación oficial, Primera Disposición Final.

¹² *Ibidem*.

¹³ Aprobado por DL n.º 10 426, de 23 de agosto de 1972 (parte de los “Códigos Bánzer”).

¹⁴ Capítulo V, “Extradición” del título II de la Jurisdicción y Competencia.

de condena, esta es procedente si queda por cumplir por lo menos un año de la condena (art. 150). De existir pena de muerte o cadena perpetua en el Estado requirente para el delito que motiva la extradición, esta es sólo procedente si el Estado requirente se compromete a conmutarlas a privación de libertad no mayor a treinta años (art. 152). Por la formulación del tipo, cabe entender que en caso de existir una pena mayor a los treinta años en el Estado requirente, distinta a la pena de muerte o cadena perpetua, la exigencia del compromiso de conmutación de la pena al límite mayor de la pena máxima boliviana no es un requisito indispensable para la procedencia de la extradición.

Respecto a las causales de improcedencia, no obstante la redacción del art. 151 del NCPP que pareciera establecer causales cumulativas al emplear la conjunción “y” entre los numerales 2 y 3, por el contenido de estas ha de entenderse que se trata de causales independientes, a saber: que existan motivos fundados para presumir que la solicitud de extradición entraña una persecución por motivos prohibidos por el derecho internacional o que la persona será sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes; que exista cosa juzgada en Bolivia; o por existencia de prescripción, amnistía o indulto del delito en cuestión en el Estado requirente o requerido.

Por su parte, el procedimiento de la extradición pasiva (solicitada al Estado boliviano) es similar en cuanto a la forma y, aparentemente, también en cuanto a sus efectos con relación al ACPP. La solicitud es presentada al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, el que la deriva a la Corte Suprema de Justicia. Esta, a su vez, la remite al fiscal general de la República, quien en el plazo de diez días (incorporado en el NCPP) requiere sobre la procedencia o improcedencia. Valorando este requerimiento, la Corte Suprema de Justicia concede o niega la solicitud de extradición en el plazo de veinte días de recibido el requerimiento fiscal (art. 158), el que por tanto no es vinculante a diferencia del fallo de la Corte Suprema de Justicia, que conforme al nuevo procedimiento reviste este carácter, sin lugar a dudas, para el Poder Ejecutivo. Al respecto cabe señalar que el ACPP (art. 45) establecía que el Poder Ejecutivo, considerando la decisión de la Corte Suprema de Justicia, podía hacer “[...] efectiva o no la entrega de la persona requerida”, norma que, existiendo el sistema mixto¹⁵ de

¹⁵ San Martín Castro, por ejemplo, considera a la extradición como una institución mixta (jurídica y política): “Contemporáneamente, la extradición es considerada como una institución de naturaleza jurídica y como un acto político”. Citando a G. Quinteros Olivares: “La naturaleza política de la extradición se vincula con el interés político; como tal, corresponde

extradición, daba pie a una interpretación en ese sentido. Es decir, que la decisión final recayera en el Poder Ejecutivo. Sin embargo, efectuando una interpretación integral *vis à vis* el art. 3 del mismo cuerpo de leyes que establecía que la procedencia o improcedencia de la extradición era resuelta por la Corte Suprema de Justicia, probablemente podía establecerse que la mencionada frase del art. 45, como señala Montaña, se refería sólo a la “ejecución de la resolución definitiva emitida por el Poder Judicial”.¹⁶ En todo caso, el NCPP presenta un lenguaje más claro, no dando lugar a interpretación distinta respecto al carácter vinculante del fallo de la Corte Suprema de Justicia para dar curso o no a la solicitud de extradición.

Por otro lado, el NCPP (arts. 149 y 159) reconoce expresamente la superioridad normativa de las convenciones o tratados “vigentes” —puede entenderse los instrumentos incorporados al ordenamiento interno, generando un carácter vinculante— sobre extradición con respecto al propio NCPP, que detenta un carácter subsidiario. En caso de contradicción, prevalece el instrumento internacional.

Cabe mencionar que el CP tipifica la conducta de “entrega indebida de persona”, sancionando al funcionario público o autoridad que entregare o hiciere entregar a un nacional o extranjero residente en Bolivia a otro Estado en contravención al derecho internacional aplicable, con privación de libertad de uno a dos años.

2.2. Otras formas de cooperación

Al igual que en el caso de la extradición, el NCPP, si bien no contempla un apartado especial, condensa en el mismo título¹⁷ las disposiciones relativas a otras formas de cooperación distintas a la extradición, régimen que resulta mucho menos detallado que el de la extradición. Así, por ejemplo, se establece que las solicitudes para el cumplimiento de un *acto o diligencia procesal* en el extranjero se efectuarán mediante exhorto (art. 145). Al no especificarse a qué tipo de actos o diligencias procesales se refiere, se entiende que se trata de cualquier acto o diligencia a requerirse en las fases de investigación y enjuiciamiento. Entre estas, el interrogatorio a testigos

al Estado requerido valorar si la extradición es, además de jurídicamente posible, políticamente conveniente”, véase C. E. San Martín Castro, “La extradición y la cooperación judicial internacional”, en *Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal y Extradición*, http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/per/sp_per-mla-gen-description.html, 2001». [Consulta: 6.2.2006.]

¹⁶ E. Montaña Pardo, *Fundamentos de la extradición. Principios generales y el contexto boliviano*, La Paz, Edvil, 1997, p. 68.

¹⁷ NCPP, título IV, Cooperación Judicial y Administrativa Internacional.

es objeto de una disposición especial, cuando el testigo se encuentra en el extranjero, en cuyo caso se abren las posibilidades de efectuar el interrogatorio a través de representante consular, o que el fiscal o juez se constituyan en el país de residencia del testigo, previa autorización de dicho Estado (art. 146). Asimismo, el peritaje puede efectuarse con peritos extranjeros, en el país o en el extranjero. En el último supuesto, se puede solicitar la cooperación para el control de las operaciones técnicas de peritaje que deban realizarse en el extranjero (art. 147).

Por otro lado, se establece la posibilidad de conformar equipos de investigación conjunta y acuerdos de investigación con otros países u organismos internacionales, cuando el sospechoso sea una organización criminal que opere también en el extranjero (art. 148).

Al igual que en el caso de la extradición, rigen los instrumentos internacionales en materia de cooperación vinculantes para el Estado boliviano.

2.3. Normativa de derecho internacional relevante

2.3.1. *Tratados multilaterales*

Los principales tratados multilaterales, vinculantes para el Estado boliviano en materia de extradición y relevantes para la persecución penal nacional de delitos del derecho internacional, son:

- Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889 (en adelante, Tratado de Montevideo), aplicable entre Argentina, Bolivia,¹⁸ Paraguay, Perú y Uruguay.
- Acuerdo sobre Extradición de 1911,¹⁹ aplicable entre Bolivia,²⁰ Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.
- Código de Derecho Internacional Privado de 1928 (en adelante, Código Bustamante), aplicable entre Bolivia,²¹ Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá,

¹⁸ Suscrito el 23 de enero de 1889 y ratificado mediante ley de 25 de febrero de 1904.

¹⁹ Suscrito en el Congreso Bolivariano de Caracas de 1911.

²⁰ Ratificado mediante ley de 24 de octubre de 1912.

²¹ Suscrito en la Sexta Conferencia Internacional en La Habana en 1928 y ratificado mediante ley de 20 de enero de 1932.

Perú, República Dominicana y Venezuela. Bolivia lo suscribió y ratificó con reserva respecto a “los artículos que se hallen en desacuerdo con la legislación del país y los tratados internacionales suscritos por Bolivia”,²² es decir, librando a eventual interpretación.

- Acuerdo sobre extradición entre los Estados partes del Mercosur y la República de Bolivia²³ y la República de Chile, de 1998 (en adelante, Acuerdo Mercosur).

En Bolivia, por tanto, rigen tanto el Tratado de Montevideo, ratificado sin reservas, como el Código Bustamante, suscrito y ratificado con una reserva genérica e indeterminada. Si bien el art. 3 de la Convención de Derecho Internacional Privado que aprobó el Código Bustamante posibilitó las reservas, lo hizo refiriéndose a uno o varios artículos del Código y no, desde luego, a cualquier artículo sin precisar, que se reputare en contradicción de una norma interna o de tratados simplemente *suscritos* por Bolivia —probablemente el empleo del término *suscritos* respondió a una falta de diferenciación entre la suscripción y la ratificación de un instrumento internacional. Prudencio Cossío calificó dicha reserva de “drástica” tornando el Código Bustamante prácticamente inútil o escasamente aplicable.²⁴ Si la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 resultare aplicable para el caso en cuestión,²⁵ probablemente dicha reserva se reputaría incompatible con el objeto y fin del tratado (art. 19.c) considerando que el fin del tratado, en este caso un Código internacional, ha de ser precisamente establecer un marco normativo común en el nivel regional habida cuenta de la dificultad que presenta la aplicación, en asuntos internacionales, de la diversa normativa interna de los Estados.

El Tratado de Montevideo (de derecho penal internacional) habría sido elaborado en base a un anteproyecto de tratado presentado por la delegación boliviana.²⁶

²² Ley de ratificación de 20 de enero de 1932, art. 1.

²³ Ratificado mediante ley n.º 2830, de 3 de septiembre de 2004.

²⁴ Citado por F. Salazar Paredes, *Código de derecho internacional privado*, La Paz, Cerid, 1994, p. 16. El autor también observa la deficiencia en la ratificación que no debió referirse al Código Bustamante *per se*, sino a la Convención de Derecho Internacional Privado que aprobó el Código Bustamante como anexo, p.33.

²⁵ En mérito al art. 4, la Convención es aplicable respecto de los tratados concluidos después de la entrada en vigor de la Convención respecto de los Estados en cuestión, norma recientemente aplicada en la decisión de 3 de febrero de 2006 sobre jurisdicción y admisibilidad de la demanda por la Corte Internacional de Justicia, en el caso “Actividades armadas en el territorio de Congo. Congo v. Ruanda”. El Código Bustamante se concluyó mucho antes, en 1928. En todo caso, si bien Bolivia suscribió la Convención, aún no la ha ratificado.

²⁶ Según J. Prudencio Cossío, citado por Salazar Paredes, *supra*, nota 24, p. 13.

Como explica San Martín,²⁷ el Tratado plantea como principal principio jurisdiccional el de territorialidad, y no constituye la nacionalidad del imputado o acusado un impedimento para la extradición. La ley aplicable para determinar la prescripción es la ley del Estado requirente, y los delitos extraditables son aquellos que por su *naturaleza o gravedad* ameriten la entrega, considerando así los delitos sancionados con pena privativa de libertad no menor de dos años. Tratándose de cumplimiento de condena, que la pena impuesta no sea menor de un año. Los delitos que no son extraditables son los delitos de “duelo”, adulterio, injuria, calumnia, contra los cultos, políticos y contra la seguridad interna o externa y los conexos a ellos. En caso de estar sancionado con pena de muerte el delito que amerita la extradición en el Estado requirente, el Estado requerido puede condicionar la entrega a la sustitución de la pena por la pena inferior inmediata. Puede advertirse que los estándares de la *naturaleza y gravedad* del delito que establece el Tratado de Montevideo (art. 19.2), alcanzan ciertamente al genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, resultando en consecuencia aplicable en casos de solicitudes de extradición entre los Estados partes.

Por su parte, el Código Bustamante no establece obligación de extradición de nacionales. Sin embargo, incorpora el principio *aut dedere aut judicare* en el sentido de que el Estado que no entregue a uno de sus ciudadanos, queda obligado a juzgarlo (art. 345). Si bien es loable la incorporación de este principio, él queda restringido a la extradición de nacionales. Si el Estado requerido no extradita a una persona que se encuentre en su territorio —que no fuera nacional de ese Estado— no está obligado a juzgarlo, por lo menos en el marco del Código Bustamante.

El Código contempla como requisitos principales para la procedencia de la extradición: la doble incriminación (art. 353), que la acción penal o la pena no hubiere prescrito conforme a las leyes del Estado requerido o requirente (art. 359) —sin embargo, sin precisar en qué casos habría de considerarse una u otra— que el delito objeto de la extradición no revista calidad de cosa juzgada (art. 358). Los delitos extraditables deben tener pena privativa de libertad mayor a un año. No son extraditables los delitos políticos o conexos con ellos, según la ley del Estado requerido (art. 355). En todo caso, no pueden ser considerados delitos políticos el homicidio o asesinato del jefe de un Estado o cualquier persona que en él ejerza autoridad (art. 357). Cabe destacar que el Código establece que en ningún caso se aplicará o

²⁷ San Martín Castro, *supra*, nota 15.

ejecutará la pena de muerte al delito que hubiere ameritado la extradición (art. 378). Asimismo, puede advertirse que el Código se inclina por el principio de territorialidad. Así por ejemplo, en el caso de solicitudes concurrentes en razón del mismo delito, tiene preferencia el Estado de la territorialidad (art. 347) y en el caso de concurrencia en razón de distintos delitos y de la misma persona, el Estado contratante de la territorialidad del delito más grave conforme la legislación del Estado requerido (art. 348).

El Código Bustamante prevé la extradición entre los Estados partes, “sujeto a las provisiones de los tratados o convenciones internacionales que contengan listas de infracciones penales que autoricen la extradición” (art. 344). Puede concluirse que tanto el genocidio como los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad quedarían en el ámbito de aplicación del Código Bustamante, toda vez que la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio de 1948 (art. 7) y los Convenios de Ginebra sobre derecho internacional humanitario de 1949²⁸ y el Protocolo Adicional I de 1977 (art. 88.2) establecen la obligación directa de los Estados partes de buscar, juzgar o extraditar a los responsables de dichos crímenes. Por su parte, los crímenes de lesa humanidad, por primera vez definidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y posteriormente por el Estatuto del Tribunal de Tokio, contemporáneamente en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda y, más recientemente, en un “verdadero proceso multilateral”²⁹ en el ECPI, quedan incluidos, si bien no directamente —estos Estatutos, al corresponder a tribunales penales internacionales, no se refieren a la extradición sino al *surrender* o entrega, y tienen sus efectos sólo respecto a la jurisdicción internacional—, en mérito a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 (art. 3) que se remite a la definición inicial en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, estableciendo la obligación de los Estados partes de extraditar.

Por su parte, el Acuerdo sobre Extradición de 1911, *vis à vis* los delitos del derecho internacional, de interés para este informe, resultaba sólo aplicable respecto de los delitos de sometimiento a esclavitud y tráfico de esclavos (art. 2.23). En mérito a la tipificación en Bolivia, sólo la primera conducta resultaba extraditable.

²⁸ Convenio I, art. 49; convenio II, art. 50; convenio III, art. 129; convenio IV, art. 146.

²⁹ Al respecto, véase H. von Hebel, “Crimes Against Humanity under the Rome Statute”, en *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*, P. van Krieken (ed.), La Haya, T.M.C. Asser Press, 1999, p. 117. También para un desarrollo detallado de la tipificación de los crímenes de lesa humanidad en el ECPI, pp. 105-118.

El Acuerdo Mercosur resulta aplicable con relación a los crímenes de interés, toda vez que entre los delitos que dan lugar a la extradición señala a los “previstos en acuerdos multilaterales en vigor entre el Estado parte requirente y el Estado parte requerido” (art. 2.4). Es más, expresamente establece que a efectos de la improcedencia de la extradición, no se considerarán delitos políticos el genocidio, los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad (art. 5.2.b).

2.3.2. *Tratados bilaterales*

Bolivia tiene tratados bilaterales de extradición, suscritos y ratificados, con los siguientes países:³⁰ Bélgica,³¹ Brasil,³² Canadá,³³ Chile,³⁴ Ecuador,³⁵ España,³⁶ Estados Unidos,³⁷ Italia,³⁸ Perú,³⁹ Reino Unido⁴⁰ y Venezuela.⁴¹

³⁰ Según información proporcionada por la biblioteca del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (carpeta “Tratados de extradición”).

³¹ Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Reino de Bélgica, suscrito en La Paz el 24 de julio de 1908. Ratificado por Bolivia mediante ley de 24 de noviembre de 1908. Acta de canje de instrumentos de ratificación en La Paz, el 17 de marzo de 1909.

³² Tratado de Extradición entre el Gobierno de Bolivia y el Gobierno del Brasil, suscrito en Río de Janeiro el 25 de febrero de 1938. Ratificado por Bolivia mediante ley de 18 de abril de 1941. Acta de canje de instrumentos de ratificación en Río de Janeiro, el 26 de junio de 1942.

³³ Tratado de Extradición, en vigor desde el 4 de noviembre de 1898.

³⁴ Tratado de Extradición entre el Gobierno de Bolivia y el Gobierno de Chile, suscrito en Santiago de Chile el 15 de diciembre de 1910. Ratificado por Bolivia el 5 de febrero de 1929. Acta de canje de instrumentos de ratificación en Santiago de Chile, el 27 de abril de 1931.

³⁵ Tratado de Extradición entre la República de Bolivia y la República del Ecuador, suscrito en Quito el 21 de julio de 1913. Ratificado por Bolivia el 16 de diciembre de 1914. Acta de canje de instrumentos de ratificación en La Paz, el 21 de febrero de 1927.

³⁶ Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Reino de España, suscrito en Madrid el 24 de abril de 1990. Ratificado por Bolivia mediante ley n.º 1614, promulgada el 31 de enero de 1995. Acta de canje de instrumentos de ratificación en La Paz, el 27 de abril de 1995.

³⁷ Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Gobierno de los Estados Unidos de América, suscrito en La Paz el 27 de junio de 1995. Ratificado por Bolivia mediante ley n.º 1721, promulgada el 6 de noviembre de 1996. Acta de canje de instrumentos de ratificación en Washington, el 21 de noviembre de 1996.

³⁸ Tratado de Amistad y Extradición, suscrito en Lima el 18 de octubre de 1890. Ratificado por Bolivia mediante ley n.º 12 de diciembre de 1900. Acta de canje de instrumentos de ratificación en La Paz, el 7 de enero de 1901. (Nota verbal del gobierno de Italia de 15 de diciembre de 1966, por la que denuncia el art. 3 referido a cabotaje.)

³⁹ Protocolo sobre las reglas que deben regir los casos de extradición, suscrito en La Paz el 21 de agosto de 1916. Aprobado por Bolivia mediante RS de 26 de agosto de 1916. Protocolo que fija el término de la distancia en materia de extradición, suscrito en La Paz el 26 de diciembre de 1932. Tratado de Extradición entre la República de Bolivia y la República del Perú, suscrito en Lima el 27 de agosto de 2003. Ratificado por Bolivia mediante ley n.º 2776, promulgada el 7 de julio de 2004. No vigente al no haberse verificado el canje de ratificaciones.

⁴⁰ Tratado de Extradición entre el Gobierno de Bolivia y el Reino de Gran Bretaña, suscrito en Lima el 22 de febrero de 1892. Ratificado por Bolivia mediante ley de 30 de octubre de 1897. Acta de canje de instrumentos de ratificación en Lima, el 7 de marzo de 1898.

⁴¹ Tratado de Extradición entre la República de Bolivia y la República de Venezuela, suscrito en Caracas el 21 de septiembre de 1883. Ratificado por Bolivia mediante ley de 28 de agosto de 1888. Acta de canje de instrumentos de ratificación en Caracas el 27 de enero de 1888.

Casi todos los tratados mencionados se refieren a delitos comunes. Los que resultan de relevancia para la persecución nacional de crímenes del derecho internacional, de interés para este informe, son los siguientes: en el ámbito americano, los tratados bilaterales con Ecuador y Estados Unidos. En efecto, el tratado bilateral con Ecuador (art. 2) contempla entre los delitos sujetos a extradición la esclavitud, el tráfico de esclavos y la trata de blancas. Por su parte, el tratado bilateral con Estados Unidos (art. III, 1.a), si bien no contiene una lista específica de delitos, establece la procedencia de la extradición aun en el caso de nacionales, tratándose de delitos respecto de los cuales existe la obligación convencional de establecer la jurisdicción penal en virtud de tratados multilaterales vinculantes tanto para Bolivia como para Estados Unidos. En el contexto europeo, el tratado bilateral con España tampoco contiene un listado de delitos sujetos a extradición, sino establece que, *inter alia*, los delitos que emanan de “convenios multilaterales” vinculantes para ambas partes también dan lugar a la extradición. Es más, establece expresamente que los crímenes de guerra y “los que se cometan contra la paz y la seguridad de la humanidad” no pueden ser considerados delitos de naturaleza política a efectos de la improcedencia de la extradición (arts. 3 y 5, 1.c). Por su parte, el tratado bilateral con el Reino Unido (art. 2, 23), similar al de Ecuador, contempla entre el catálogo de delitos sujetos a extradición las conductas que fueran punibles en la legislación interna de ambos Estados partes con relación a la trata de esclavos.

De los tratados bilaterales que se encuentran en vigor, los de data más reciente son el de España (de 1990) y el de Estados Unidos (de 1995). Como se indicara anteriormente, ambos tratados se remiten a las fuentes convencionales vinculantes para ambos Estados partes respecto a los delitos sujetos a extradición. Sin embargo, teniendo en cuenta la falta de implementación que en materia de delitos del derecho internacional,⁴² de interés para este informe, persiste aún en Bolivia a febrero de 2006, tales normas resultan prácticamente inaplicables. Así, la referencia expresa en el tratado con España sobre crímenes de guerra y crímenes contra la paz y la “seguridad de la humanidad” (empleando la terminología de los Códigos producidos por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Sin embargo, ha de entenderse *crímenes de lesa humanidad*) redundante también en el ámbito retórico, sin desconocer,

⁴² Respecto al grado de implementación de los delitos del derecho internacional, de relevancia para este informe, véase: E. Santalla, “Bolivia”, en K. Ambos y E. Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2003, pp. 83-118.

desde luego, la utilidad del tratado a efectos de una eventual implementación futura de los crímenes de competencia de la CPI. Así también, en el caso de los tratados con Ecuador y el Reino Unido, la posibilidad de aplicación de las cláusulas que posibilitan la extradición por esclavitud y delitos relacionados queda, lógicamente, reatada a la tipificación de tales conductas en el derecho interno, que en el caso boliviano es precaria,⁴³ ya que existe sólo la tipificación de la reducción a esclavitud o estado análogo (art. 291 del CP).

Por su parte, el tratado de extradición con Perú, de fecha aun más reciente (de 2003) pero no vigente (según información registrada en biblioteca de Cancillería), resultaría aplicable para los crímenes del derecho internacional una vez implementados en la legislación interna de ambos Estados, toda vez que quedan sujetos a extradición los delitos con pena máxima privativa de libertad superior a dos años o de mayor gravedad (art. 2.1). Por otro lado, el tratado, a efectos de la improcedencia de la extradición, establece expresamente que el genocidio no puede ser reputado delito político, ni los delitos que en virtud a acuerdos multilaterales vinculantes para ambos Estados sean objeto de la obligación convencional de extradición, y cita expresamente al tráfico ilícito de drogas y delitos relacionados y los delitos relacionados con el terrorismo (art. 4, *b* y *c*). No obstante que tanto Bolivia como el Perú son Estados partes⁴⁴ del ECPI con anterioridad a la fecha de suscripción del tratado en cuestión (27 de agosto de 2003), el mencionado artículo no hace referencia expresa a los crímenes de lesa humanidad ni a los crímenes de guerra, no contemplando una eventual tipificación de los mismos en las legislaciones internas de ambos Estados. Asimismo, llama la atención que, después de enumerar qué delitos no se considerarán delitos políticos, el mismo artículo establezca que la extradición no se concederá si el Estado requerido determina que la solicitud fue presentada por motivos políticos (art. 4, *e*). ¿Para qué entonces se determina que ciertos delitos no se considerarán delitos políticos? Por otro lado, el tratado anula la posibilidad de que el Estado requerido conceda la extradición condicional a la conmutación o rebaja de la pena cuando la pena aplicable en el Estado requirente resulta más severa (art. 5.2). Aun más, en el caso de sancionarse el delito con pena de muerte en el Estado requirente (se entiende el Perú, pues Bolivia no contempla la pena de muerte), el Estado requerido (Bolivia) concederá la

⁴³ Al respecto, E. Santalla, "Bolivia", o. cit., *ibídem*, p. 88.

⁴⁴ Bolivia depositó el instrumento de ratificación el 27 de junio de 2002. Perú depositó el instrumento de ratificación el 10 de noviembre de 2001.

extradición si se dan garantías de que la persona reclamada no será ejecutada, aunque los tribunales (peruanos) impongan la pena de muerte (art. 5.1). Cabe entonces preguntarse, ¿para qué imponer una pena que no podrá hacerse cumplir? ¿Por qué no aceptar la conmutación de la pena como requisito para la procedencia de la extradición, como ocurre en la generalidad de tratados multilaterales y bilaterales de extradición?

Tampoco el tratado establece ninguna norma que, por ejemplo, al abordar la concurrencia de solicitudes haga referencia a las hipótesis de concurrencia con la CPI. Siendo un tratado concluido con posterioridad a la entrada en vigor del ECPI, hubiera sido interesante que estableciera normativa relacionada con el régimen de cooperación con la CPI, vinculante para ambos Estados contratantes.

Dado que la mayor parte de los tratados bilaterales de extradición en vigor datan de no sólo décadas atrás sino que incluso, en ciertos casos, tienen casi cien años de antigüedad,⁴⁵ estos no resultan aplicables a los crímenes del derecho internacional de competencia de la CPI. Puesto que Bolivia es Estado parte del ECPI, el mismo que se cimienta en el principio de complementariedad,⁴⁶ y que existen, al 6 de febrero de 2006, cien ratificaciones, resulta importante que se actualicen los tratados de extradición bilaterales o que se concluyan nuevos incorporando, en su ámbito de aplicación, de manera expresa el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. En tal cometido resultará conveniente introducir, *inter alia*, normas de aplicación del art. 90 del ECPI sobre solicitudes concurrentes.

Una manera de impulsar y facilitar la suscripción de nuevos acuerdos sobre extradición que contemplen aspectos de cooperación inherentes al principio de complementariedad de la CPI podría ser a través de la formulación de un *tratado modelo* por la Asamblea General de la ONU, que en 1990 adoptó un tratado modelo sobre la asistencia mutua en materia penal⁴⁷ y ha adoptado principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.⁴⁸

⁴⁵ Es el caso de, por ejemplo, el tratado de extradición con Chile, Ecuador y Bélgica. Los tratados con Venezuela y el Reino Unido tienen más de cien años de antigüedad.

⁴⁶ Véase E. Santalla, "Concurrencia de jurisdicciones y el principio de complementariedad", en M. Moreno Hernández (coord.), *El Estatuto de Roma. El Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus implicaciones en el derecho nacional de los países latinoamericanos*, Ciudad de México, Cepolcrim, 2004.

⁴⁷ Resolución 45/117 de la Asamblea General, según recomendación del Octavo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, de 19 de diciembre de 1990.

⁴⁸ Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973.

2.4. Análisis de la jurisprudencia nacional de relevancia

Con relación a casos nacionales que resultan relevantes respecto a solicitudes de extradición por crímenes del derecho internacional o casos que podrían considerarse relacionados, se señalan los siguientes (en orden cronológico):

2.4.1. *El caso Klaus Barbie/Altmann*

Hace veintitrés años, el 5 de febrero de 1983, Bolivia “entregó” a *Klaus Barbie* —quien fuera jefe alemán de la GESTAPO en Lyon— (a los setenta años de edad) a Francia, donde fue juzgado y condenado a cadena perpetua por crímenes de lesa humanidad, habiendo reconocido la Corte de Casación de Francia el carácter imprescriptible de tales crímenes en su sentencia de 1985.⁴⁹ La entrega no resultó de un proceso de extradición,⁵⁰ sino más bien de una expulsión acordada entre los gobiernos de Mitterrand (Francia) y Siles Suazo (Bolivia), fundamentada en la revocatoria de la nacionalidad boliviana⁵¹ que Barbie habría obtenido ilegalmente con una identidad falsa (Klaus Altmann).⁵²

La Corte de Casación de Francia, respecto a la objeción de la defensa, que consideraba que la orden de detención de Barbie en Francia era ilegal al estar vinculada a un proceso de “extradición disfrazada” o entrega ilegal, consideró, *inter alia*, que los Estados miembros de Naciones Unidas tienen el compromiso de adoptar “todas las medidas necesarias” para que los sospechosos de crímenes del derecho

⁴⁹ Sobre los antecedentes del caso y del juicio, véase *The Trial of Klaus Barbie*, en <http://members.aol.com/voyl/barbie/>. [Consulta: 21/01/06.] Para un análisis de la sentencia de 20 de diciembre de 1985 de la Corte de Casación de Francia, véase M. C. Roberge, “Jurisdiction of the ad hoc Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda over Crimes Against Humanity and Genocide”, en *International Review of the Red Cross*, n.º 321, 1997, pp. 651-664, quien considera que la Corte de Casación añadió un nuevo requerimiento para los crímenes de lesa humanidad. A saber, que el acusado hubiera cometido el crimen en representación de un “Estado practicante de una ideología de política hegemónica” y “ejecutando un plan común”. Por tanto, la autora considera que cualquier grupo o Estado que no practicara dicha política hegemónica quedaría al margen de la definición.

⁵⁰ Klaus Barbie había sido condenado a muerte por crímenes de guerra, en dos juicios en rebeldía celebrados por el Tribunal francés de las Fuerzas Armadas, el 29 de abril de 1952 y el 25 de marzo de 1954. Francia solicitó a Bolivia la detención provisional con fines de extradición el 1 de febrero de 1972, la misma que fue denegada mediante auto supremo de la Corte Suprema de Justicia, de 6 de diciembre de 1974. Véase E. de la Torre Rodríguez, *Klaus Altmann/Barbie: ilegalidad de su entrega*, Oruro, Lilib, 1987, pp. 91, 89-135.

⁵¹ Barbie había obtenido la nacionalidad boliviana en 1953 y colaborado en la dictadura de Gacía Meza como teniente coronel asignado a “actividades de represión”, según comenta M. Alía Plana, *El proceso Barbie*, 2002, en <http://www.derechomilitar.info>. [Consulta: 31/01/06.]

⁵² El periódico *Le Monde* explicó que se trataba de una expulsión y no de una extradición. Véase, *Le Monde*, 40 Année, n.º 11827, 7 de febrero de 1983, en <http://perso.wanadoo.fr/d-d.natanson/barbie.htm>. [Consulta: 31/01/06.]

internacional, entre ellos crímenes de lesa humanidad, sean puestos en manos de la justicia del Estado de la territorialidad.⁵³ Asimismo, que por la naturaleza de tales crímenes los principios generales del derecho reconocidos en el art. 15.2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el art. 7.2 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1951 eran aplicables. Es decir, el reconocimiento de que el juzgamiento y eventual castigo de una conducta (acción u omisión) que en el momento de su comisión constituía delito conforme a los principios generales del derecho de la comunidad de naciones, conforme al Pacto, y de las “naciones civilizadas” conforme a la Convención Europea, mas no tipificada al momento de comisión, no constituye una violación de los principios *nullum crimen sine lege, nullum pena sine lege*, reconocidos por los mismos artículos en su primer párrafo. Ambos instrumentos internacionales habían sido debidamente incorporados al ordenamiento interno francés y conforme al art. 55⁵⁴ de la Constitución francesa de 1958 resultaban jerárquicamente superiores respecto a leyes. En el caso boliviano, el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 es también vinculante. Ante la inexistencia de norma alguna en la Constitución Política del Estado que se pronuncie sobre la relación del derecho internacional con el derecho interno, el Pacto puede reputarse parte del “bloque de constitucionalidad” definido por el Tribunal Constitucional y de aplicación directa, conforme a la jurisprudencia constitucional.⁵⁵ Sin embargo, habrá que precisar el ámbito de aplicación del art. 15.2 del Pacto *vis à vis* el ordenamiento jurídico interno, toda vez que en la economía jurídica interna, conforme a la práctica actual, no sería posible argumentar la persecución penal nacional en base a conductas no tipificadas previamente por la norma penal interna. Sin embargo, la interpretación del principio de legalidad es, ciertamente, menos rígida en el ámbito internacional,⁵⁶ para el cual resultaría aplicable el art. 15.2 del Pacto, de controversial discusión.

⁵³ La Corte había derivado dicho compromiso de: el Preámbulo y el art. 4 del Acuerdo de Londres de 1945, el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y la Resolución 95.1 de la Asamblea General de la ONU, de 11 de diciembre de 1946. Véase E. Lauterpacht y C.J. Greenwood (eds.), *International Law Reports*, vol. 78, Cambridge University Press, p. 131.

⁵⁴ “Los Tratados o Acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde el instante de su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”. Constitución de Francia de 1958, en <http://www.justice.gouv.fr/espagnol/ection.htm>.

⁵⁵ Véanse sentencias constitucionales 1420/2004-R, de 6 de septiembre de 2004, 1662/2003-R, de 15 de diciembre de 2003 y 0102/2003, de 4 de noviembre de 2003.

⁵⁶ Al respecto, Werle considera que el requerimiento de que la conducta penal sea establecida lo más claramente posible a tiempo de la tipificación es un estándar menos rígido en el derecho penal internacional que en relación con los sistemas legales de Europa continental (G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 33). Kreicker

A efectos del objeto de este informe, surge la interrogante respecto a la legalidad o no de la expulsión de Barbie por Bolivia. Para responder a esta pregunta resulta oportuno analizar si el argumento esgrimido por la Corte de Casación de Francia para establecer la legalidad de la orden de detención vinculada a la expulsión de Barbie, mencionado anteriormente, resulta aplicable al caso boliviano. Asimismo, corresponde analizar la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en estrados judiciales bolivianos y su resolución, así como la crítica nacional que se pronunció sobre la ilegalidad de la entrega. Sobre el último punto, De la Torre afirma que, habiéndose pronunciado la Corte Suprema de Justicia en 1974 por la improcedencia de la solicitud de extradición presentada por el gobierno de Francia en 1972, existía cosa juzgada en el país respecto al asunto, resultando violatoria la resolución de expulsión de, *inter alia*, el principio de cosa juzgada.⁵⁷ Dado que no existía tratado de extradición entre Bolivia y Francia, la solicitud se basó en un compromiso expreso de reciprocidad efectuado por Francia⁵⁸ y en la consideración de que respecto a los delitos imputados se verificaba el principio de doble incriminación. Este último requerimiento fue justificado por Francia al considerar que las conductas imputadas estaban tipificadas en el derecho penal “común” de ambos Estados,⁵⁹ a saber: asesinatos, complicidad en asesinatos, incendios, pillaje, secuestro de personas, torturas y lesiones, etcétera, y que por las circunstancias de su comisión constituían crímenes de lesa

considera necesario diferenciar entre los prerequisites del principio de legalidad en la jurisdicción internacional y en la nacional donde en la última, por lo general, el principio de legalidad es más estricto, al requerir tipificaciones escritas y claras (H. Kreicker, “National Prosecution of International Crimes from a Comparative Perspective. The Question of Genocide”, en *International Criminal Law Review*, vol. 5, n.º 3, 2005, p. 9). Shahabuddeen, al concluir que el principio *nullum crimen sine lege* no impide el desarrollo progresivo del derecho, siempre que la norma desarrollada retenga la esencia del crimen original, aunque no corresponda en cada detalle a este, si bien emplea ciertos ejemplos de jurisdicciones nacionales, básicamente se refiere sólo a tribunales penales internacionales (M. Shahabuddeen, “Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n.º 4, 2004, pp. 1007-1008). Martín, al explicar el racional que condujo a la Sala de Juicio II del TPIY a considerar que el crimen de “atentados contra la vida y la integridad corporal” como una violación a las leyes y costumbres de la guerra, punible bajo el art. Común 3.1a de los Convenios de Ginebra de 1949 (también el art. 4.2.a del PAIL y el art. 75.2.a del PAI), relacionado con el art. 3 del Estatuto del TPIY, no era parte del derecho internacional consuetudinario con anterioridad a 1992 al no haber encontrado evidencia de práctica estatal que contribuyera a definir el crimen. En ese sentido, la Sala de Juicio II consideró que para evaluar si la definición de un crimen era suficientemente predecible y accesible estaba obligada a considerar la naturaleza del derecho internacional, dando lugar a considerar que “los principios[?] de legalidad en el derecho penal internacional sean diferentes de sus sistemas legales relacionados, respecto a su aplicación y estándares”: *Prosecutor v. Delalic et al.*, caso n.º IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998, par. 402-413 (E. Martín Salgado, “The Judgement of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in the Vasiljevic Case”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 16, n.º 2, 2003, pp. 324-326).

⁵⁷ De la Torre, *supra* nota 50.

⁵⁸ Embajada de Francia en Bolivia (1972), Solicitud de detención provisional con fines de extradición n.º 30/72, de 6 de diciembre de 1972, en De la Torre, *supra*, nota 50.

⁵⁹ Esta consideración también fue asumida por el fiscal general de la República, en su requerimiento de 8 de marzo de 1974, en De la Torre, *supra*, nota 50.

humanidad, y eran, por consiguiente, imprescriptibles.⁶⁰ Al respecto, la defensa contraargumentó que los delitos imputados habían prescrito y que en la legislación boliviana no existen ni los crímenes de guerra ni los crímenes de lesa humanidad.⁶¹

Respecto al requerimiento de doble incriminación y la categoría de crímenes de lesa humanidad, el requerimiento fiscal consideró que dicho requisito se verificaba en virtud de la tipificación del genocidio en el CP.⁶² No obstante, es de advertir que, si bien el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad⁶³ que sirvió de fundamento para dicho argumento, no diferenciaba, en su primera versión de 1954, el genocidio de los crímenes de lesa humanidad,⁶⁴ la imputación no versaba sobre genocidio. Con relación a la prescripción, el fiscal concordó que la ley aplicable para estimar este extremo, como señala el Tratado de Montevideo (art. 19.4) invocado —aunque no resulta aplicable respecto a Francia—, es la del Estado requirente, lo que conducía a la conclusión de la imprescriptibilidad de los delitos imputados.⁶⁵

Mediante auto supremo de 6 de diciembre de 1974, la Corte Suprema de Justicia declaró improcedente el pedido de extradición en razón de la inexistencia de un tratado en vigor de extradición entre ambos Estados. Lamentablemente, no se pronunció concretamente respecto a las cuestiones invocadas e interrelacionadas de prescripción y del principio de legalidad, que hubieran llevado a analizar la vigencia o no de los argumentos esgrimidos por la Corte de Casación de Francia *vis à vis* el requerimiento de doble incriminación de la legislación boliviana. Sólo se limitó a indicar que toda declaración o recomendación internacional que no hubiera sido ratificada, no resultaba vinculante y, por otro lado, que la procedencia de la extradición a falta de tratado o convenio expreso, con base en el compromiso de reciprocidad diplomática, resultaba ser una norma “que sin ser imperativa es discrecional o facultativa [...]”.⁶⁶ En efecto, la Corte consideró que el sistema de extradición en Bolivia

⁶⁰ Se argumentó, que por su naturaleza, los crímenes de lesa humanidad eran imprescriptibles y que en mérito al art. 19.4 del Tratado de Montevideo, la prescripción se apreciaba en Bolivia con arreglo a la ley del Estado requirente. Véase De la Torre, *supra*, nota 50, p. 34. Sin embargo, cabe notar que el Tratado de Montevideo sólo rige entre Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

⁶¹ Véase De la Torre, *supra*, nota 50, p. 35.

⁶² Requerimiento del fiscal general de la República, de 8 de marzo de 1974, en De la Torre, *supra*, nota 50.

⁶³ Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1954 (versiones revisadas del Código datan de 1991 y 1996), elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Véase en <http://www.un.org/law/ilc/convents.htm>.

⁶⁴ La versión de 1996 establece una tipificación diferenciada.

⁶⁵ Nótese que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968 fue adherida con posterioridad al caso y no resultaba por tanto aplicable entonces. En efecto, el Estado boliviano inicialmente adhirió mediante DS n.º 19777, de 13 de septiembre de 1983 y posteriormente por ley n.º 2116, de 11 de septiembre de 2000.

⁶⁶ Auto Supremo de 6 de diciembre de 1974, segundo considerando, en De la Torre, *supra*, nota 50.

descansa “en la existencia previa de un tratado expreso o convenio de reciprocidad, legalmente aprobado y ratificado como ley de la República [...]”.⁶⁷ El fallo tampoco se pronunció respecto a los efectos de la identidad falsa y consiguientemente de la nacionalidad, que sin embargo admite haber existido en mérito a la investigación llevada a cabo por la Corte Superior de Justicia,⁶⁸ *vis à vis* la solicitud de extradición. Dado que el auto supremo y el proceso en sí se ocupó de verificar la verdadera identidad de Barbie, concluyendo que se trataba de la misma persona, es decir, evidenciándose que Barbie había obtenido la nacionalidad con documentación de identidad falsa, parecería existir cosa juzgada al haber motivado la expulsión precisamente el hecho de que Barbie residiera ilegalmente en el país, no habiéndose naturalizado con su verdadero nombre, y constituyéndose así en un “súbdito extranjero indocumentado” pasible de expulsión. La Fiscalía argumentó además que Barbie, “comprometía la seguridad del Estado y el orden público con su actividad de injerencia política interna [...]”, vulnerando las obligaciones de neutralidad ante cuestiones de política interna que asisten a los extranjeros,⁶⁹ razones por las que el fiscal requirió por la expulsión.

Dado que existieron nuevos hechos posteriores al auto supremo de 1974 que determinara la improcedencia de la extradición, es decir, no solamente la falsedad de la documentación de identidad sino las actividades⁷⁰ en que Barbie estaba involucrado reputadas como injerencia en la política interna por la Fiscalía, que conforme la legislación migratoria daba lugar a la expulsión, podría argumentarse la inexistencia de conflicto con el principio de cosa juzgada. Sin embargo, cabe notar que las piezas principales del proceso de expulsión no hacen referencia al auto supremo y, por ende, omiten justificar la inexistencia de vulneración a la cosa juzgada.

Por otro lado, cabe cuestionar la validez del argumento central de la Corte Suprema de Justicia en el mencionado auto supremo. Es decir, si la inexistencia de un tratado o convenio expreso de extradición redundaba en la improcedencia automática de un pedido de extradición. A tiempo del caso, el ACPP y el ACP, aplicables, no resultaban concordantes, lo que dificultaba la interpretación de dicha premisa. En

⁶⁷ *Ibidem*, sexto considerando.

⁶⁸ Informe de la Corte Superior del Distrito de La Paz a la Corte Suprema de Justicia, de 8 de agosto de 1973, en De la Torre, *supra* nota 50.

⁶⁹ Requerimiento fiscal de 2 de febrero de 1983, en De la Torre, *supra*, nota 50.

⁷⁰ Barbie se había constituido en “el ‘cerebro’ de los órganos de represión y en la organización de los paramilitares que hicieron gemir al pueblo aplicando la supuesta ley de Seguridad del Estado, durante la recesión de las instituciones políticas, sindicales y profesionales [...]”, según requerimiento fiscal de 2 de febrero de 1983, en De la Torre, *supra*, nota 50.

efecto, en tanto el art. 3 del ACP⁷¹ establecía que la extradición sólo era procedente ante la existencia de un tratado internacional o “convenio de reciprocidad” y, en caso de reciprocidad, requería expresamente la doble incriminación, el art. 44 del ACPP⁷² hacía referencia a la procedencia de la extradición sólo sobre la base de tratados internacionales, bajo protesta de reciprocidad. Parecería que el ACP daba pie a la extradición aun en el caso de inexistencia de tratados, siempre que se pactara la reciprocidad y existiera la doble incriminación. La referencia expresa del artículo a este último requisito en caso de procederse sólo con un convenio de reciprocidad, da pie a considerar que el artículo en efecto reconocía la procedencia de la extradición en tal supuesto, aun sin la existencia de un tratado. Por el contrario, el art. 44 del ACPP daba lugar a interpretar que la extradición era procedente sólo ante la existencia de tratados sobre la base de los cuales habría de pactarse la reciprocidad. Ante tal suerte de contradicción, la demanda de extradición de Francia se basó en el art. 3 del ACP, en mérito al cual a tiempo de solicitar la extradición formuló expresamente compromiso de reciprocidad.

En todo caso, el análisis de la Corte Suprema se inclinó por la interpretación restringida. Es decir, la procedencia de la extradición sólo ante la existencia de tratados, reforzando su posición con el tipo penal de “entrega indebida de persona” (art. 140 del ACP), que sancionaba la entrega de un nacional o extranjero residente en Bolivia “sin sujetarse estrictamente a los tratados, convenios o usos internacionales [...]”. *Contrario sensu*, podría argumentarse que entre los “usos internacionales” quedarían amparados los “convenios de reciprocidad”, que pueden reputarse como una costumbre internacional en los procedimientos de extradición.

Recurriendo a la doctrina, se podría optar por una interpretación ampliada, en desacuerdo con el auto supremo mencionado, toda vez que autores como Knoops⁷³ reconocen distintos fundamentos de la extradición. A saber, fuentes contractuales (tratados bilaterales), *reciprocidad*, cortesía internacional o tratados multilaterales.

⁷¹ “Art. 3. (Extradición). Ninguna persona sometida a la jurisdicción de las leyes bolivianas podrá ser entregada por extradición a otro Estado, salvo que un tratado internacional o convenio de reciprocidad disponga lo contrario. La procedencia o improcedencia de la extradición será resuelta por la Corte Suprema. En caso de reciprocidad, la extradición no podrá efectuarse si el hecho por el que se reclama no constituye un delito conforme a la ley del Estado que pide la extradición y del que la debe conceder”.

⁷² “Art. 44. (Casos en que Procede la Entrega del Acusado o Condenado). El Ejecutivo podrá entregar a los gobiernos de países extranjeros que solicitaren, bajo protesta de reciprocidad, a todo individuo acusado o condenado por los juzgados o tribunales del país requirente, siempre que se trate de un delito cometido en su territorio y que permita la extradición conforme a los tratados internacionales”.

⁷³ G. J. A. Knoops, *Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary Practice and Procedures*, Nueva York, Ardsley, Transnational Publishers Inc., 2002, pp. 11-12.

Es más, el mencionado autor considera que, a diferencia de la extradición sobre la base de tratados, la extradición que se basa en la reciprocidad o cortesía es una forma más auténtica de cooperación, al estar, probablemente, menos influenciada por intereses políticos que la extradición basada en tratados. El NCPP parece seguir dicha corriente doctrinal al establecer que las reglas de reciprocidad pueden regir el procedimiento de extradición ante la inexistencia de norma aplicable (art. 149).

Otra posición crítica de la expulsión fue la de Villamor, quien criticó la entrega de Barbie a Francia por la que consideró una violación del principio de territorialidad, toda vez que los delitos de falsedad material e ideológica en documentos públicos se habían cometido en Bolivia, quedando impunes.⁷⁴ Sin embargo, ante tal posición, tratándose de crímenes de lesa humanidad, es decir, crímenes del derecho internacional, surgen las siguientes interrogantes: ¿No son acaso crímenes de mayor gravedad que se reputan de interés de la comunidad internacional? y que, por tanto, detentan un régimen especial: imprescriptibilidad, no reconocimiento de amnistías e indultos, sujetos a jurisdicción universal y a la competencia de tribunales penales internacionales. Ante concurrencia de solicitudes, ¿no reconoce la legislación preferencia al delito de mayor gravedad? Siendo afirmativas las respuestas a dichas interrogantes, no se concuerda respecto a que se hubiera violentado el principio de territorialidad, aun tratándose de un caso que no constituyó extradición, por lo menos formalmente.

No obstante a que el caso en cuestión data de las décadas de los setenta y ochenta, refleja la fragilidad del régimen de cooperación interestatal de crímenes del derecho internacional, cuando estos adolecen de implementación en el derecho interno. En efecto, la misma discusión que se presentó hace más de veinte años podría suscitarse nuevamente si cualquier Estado solicitara a Bolivia la extradición de quien se encontrare en su territorio por la comisión de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. No habiéndose materializado, a febrero de 2006, la implementación del ECPI —que canalizaría la implementación pendiente de diversos instrumentos internacionales vinculantes y relevantes—, difícilmente podría argumentarse que el requisito de doble incriminación se verifica con la existencia de algunos delitos comunes. Precisamente, si se argumenta la necesidad de implementación de los crímenes del ECPI,⁷⁵ la necesidad de su tipificación interna a efectos del régimen

⁷⁴ F. Villamor Lucía, *Temas penales*, La Paz, Librería Popular, 1991, p. 311.

⁷⁵ Al respecto véase J. Kleffner, "The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law", en *Journal of International Criminal Justice* 1, 1, Oxford University Press, 2003.

de cooperación interestatal es una conclusión lógica e inherente al derecho de defensa.

Por otro lado, puede advertirse que la discusión a tiempo de la demanda de extradición y su análisis se dispersó en aspectos que no resultan problemáticos (bases legales para la procedencia de la extradición). En todo caso, ¿no hubiera sido menos cuestionable declarar la improcedencia de la extradición en razón de ausencia de tipificación de los crímenes de lesa humanidad en la legislación interna boliviana *vis à vis* el requerimiento de doble incriminación? El pronunciamiento judicial sobre este aspecto hubiera sido importante, pues podía haber conducido a analizar la vigencia o no de los argumentos esgrimidos por la Corte de Casación de Francia, que se comentaran anteriormente, en el caso boliviano.

2.4.2. El caso Justino Soto Vargas

En lo que concierne a solicitudes de extradición de refugiados, el caso *Justino Soto Vargas*⁷⁶ es significativo. El estatuto de refugiado del Sr. Soto, ciudadano peruano, había sido reconocido por el Estado boliviano mediante resolución n.º 317 de 14 de marzo de 1996, emitida por la Subsecretaría de Migración del Ministerio de Gobierno y la Subsecretaría de Política Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Con posterioridad a dicho reconocimiento, la Embajada del Perú en Bolivia solicitó la extradición en mérito al proceso por terrorismo, alzamiento armado, secuestro, extorsión y otros delitos comunes, que se había abierto en su contra en el Perú en 1991.⁷⁷ Por auto supremo de 15 de mayo de 1997, la Corte Suprema de

⁷⁶ Tribunal Constitucional, sentencia constitucional n.º 1166/00-R, de 11 de diciembre de 2000, <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion1815.html>>. [Consulta: 14/01/06.]

⁷⁷ Es de asumir (nótese que los archivos del caso tienen carácter confidencial) que dicho proceso fue de conocimiento de las autoridades bolivianas (y de la Agencia Implementadora de ACNUR en Bolivia) a tiempo de analizar y resolver el reconocimiento del estatuto de refugiado del Sr. Soto, y que estas consideraron, probablemente, que el proceso penal instaurado en el Perú no era legítimo, sino más bien que entrañaba persecución —probablemente por delitos políticos— y que, una vez determinada(s) la(s) causal(es) de inclusión —conforme a la Convención de 1951— dichos delitos no correspondían a ninguna de las causales de exclusión (art. 1.F). Vale decir, no eran ni delitos del derecho internacional (art. 1.F.a): delitos contra la humanidad, delitos de guerra y delitos contra la paz —siguiendo la terminología empleada por la Convención de 1951 en su versión en español—, ni constituían graves delitos comunes (art. 1.F.b), ni eran hechos contrarios a las finalidades y principios de la ONU (art. 1 (F) (c)). Optando por anular las hipótesis a y c, probablemente, se consideró que los hechos imputados, de suponerse la responsabilidad penal, no constituían graves delitos o que, siéndolo, el peso del riesgo de la persecución en el país de origen era mayor a la consideración de la gravedad del delito. Para mayor explicación sobre la aplicación de las causales de exclusión, véase: ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, 1992, en <http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=4359&id_sec=23>. [Consulta: 29/07/06.] También: ACNUR, *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, 2003, en <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/publ/openssl.pdf?tbl=PUBL&id=3f7d48514>>. [Consulta: 29/07/06.]

Justicia declaró procedente la extradición. Dicha decisión judicial motivó un amparo constitucional presentado por la Defensora del Pueblo ante el Tribunal Constitucional, en razón de que se había declarado procedente la extradición ignorando el estatuto de refugiado y, por ende, en violación del principio *non-refoulement* o de no devolución. El contraargumento de la parte recurrida se basó en la negación de dicha violación o vulneración al interpretar que el art. 33.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (en adelante, Convención de 1951) de la que Bolivia es Estado parte, que establece el principio de no devolución, era inaplicable respecto a un procedimiento de extradición. Es decir, que la extradición no implicaba devolución. Por otro lado, dentro de los argumentos de fondo, la parte recurrida argumentó, en mérito a la excepción del art. 33.2⁷⁸ de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que existían razones fundadas para considerar que el extraditable constituía un peligro para la seguridad interna.

La Sentencia Constitucional⁷⁹ no evaluó los argumentos de fondo, es decir, la interpretación que habría de darse al principio de no devolución respecto a comprender o no el procedimiento de extradición. Tampoco analizó si, considerándose incluso la interpretación mencionada, resultaba aplicable en este caso la excepción al principio *non-refoulement*. Respecto a este último punto, las “razones fundadas” a que se hacía referencia, se basaban en el propio pedido de extradición considerando que los cargos imputados en el país de origen, respecto del cual precisamente el Estado boliviano había reconocido el estatuto de refugiado, eran de alta gravedad, y asimismo, en razón a que el extraditable estaba sometido a proceso penal ante el Juez Cuarto de Partido en lo Penal de La Paz, conjuntamente con otros acusados, siendo el secuestro el delito principal del proceso común.

No obstante haberse juzgado al Sr. *Soto* en Bolivia en un proceso común, cuyos delitos principales eran de mayor gravedad, él fue posteriormente condenado por los delitos de falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, cometidos en territorio boliviano, a seis años de prisión⁸⁰ (pena máxima para dichos delitos). Sin embargo,

⁷⁸ Art. 33.2: “Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto supremo n.º 3 de 8 de enero de 2002, *Ministerio Público c/ Nestor Cerpa Cartolini y otros*, <http://suprema.poderjudicial.gov.bo>. [Consulta: 14/01/06.]

difícilmente podría considerarse que estos delitos comunes correspondan a la segunda excepción del art. 33.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Es decir, que sean delitos particularmente graves que constituyan una amenaza para la comunidad si se tiene en cuenta, entre otros aspectos, que la pena máxima en el ordenamiento interno es de treinta años de presidio sin derecho a indulto. Aun más, teniéndose en cuenta que la excepción del art. 33.2 se refiere a una “condena definitiva por delito particularmente grave”, se habría vulnerado el principio de inocencia al considerarse como justificación de la existencia de una amenaza para la comunidad la acusación y no así la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada. En consecuencia, no habiéndose aportado evidencia concreta y directa respecto al supuesto peligro para la seguridad del Estado boliviano, el estándar de “razones fundadas” del art. 33.2 no parece haberse cumplido.

Sin embargo, como se mencionaba, el Tribunal Constitucional no se pronunció respecto a las cuestiones anteriores y aprobó la sentencia de la Corte Superior de Justicia que había declarado improcedente el recurso de amparo constitucional, alegando que a través de dicho recurso se pretendía dejar sin efecto el auto supremo que había concedido la extradición y que el caso no constituía uno de amparo constitucional, “puesto que la violación de los derechos que denuncia la recurrente, si es que efectivamente hubo, debió ser conocida en el curso del trámite de extradición [...]” y, por último, alegando la ilegitimidad de la recurrente para interponer un recurso de amparo constitucional contra la administración de justicia —argumento que no se analiza por evitar dispersar la discusión a temas que resultan secundarios *vis à vis* el objeto de este informe.

En todo caso, la finalidad de la extradición es, precisamente, poner a recaudo de la justicia de otro Estado, y pudiera ser el caso de que se trate del mismo Estado del que la persona escapara por persecución por cualquiera de los motivos señalados en la Convención del 51, en cuyo caso se trataría de una devolución —aunque en este caso mediante procedimiento judicial— por la fuerza al acusado o condenado al Estado que reclama la jurisdicción. En el caso en cuestión, la extradición estaba siendo reclamada por el Estado respecto del cual el refugiado había invocado causales de persecución, por las que el Estado boliviano reconociera el estatuto de refugiado. Es decir, indudablemente, en este caso, la extradición involucraba devolución.

Por consiguiente, correspondía verificar la existencia de la excepción al principio de no devolución del art. 33.2 de la Convención de 1951. Es decir, que existieran,

en efecto, razones fundadas para considerar que el refugiado es un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o, que habiendo sido convicto por un crimen de gravedad, constituya un peligro para la comunidad de ese país.⁸¹

No habiéndose verificado los pasos anteriores relevantes para el análisis de un pedido de extradición de quien detenta la condición de refugiado, oficialmente reconocida, a tiempo de declarar procedente la extradición, puede considerarse la vulneración de derechos constitucionales, tales como el derecho a la seguridad, susceptibles de protección mediante recurso de amparo constitucional. Sin embargo, como se mencionara, el amparo fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

Si bien el pedido de extradición no se efectuó por crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, de relevancia para este informe, actos terroristas⁸² —en ciertas circunstancias— pueden constituir crímenes de lesa humanidad⁸³ y, al igual que los crímenes de interés para este informe, han sido reputados como amenazas para la paz y seguridad internacional.⁸⁴ El caso, en consecuencia, es válido para el análisis de hipótesis que con base en él pueden plantearse respecto a los crímenes de interés para este informe.

Así por ejemplo, si se presentara un pedido de extradición interestatal por crímenes de guerra o de lesa humanidad de personas reconocidas como refugiadas por el Estado boliviano, no habiéndose efectuado aún la implementación completa de dichos crímenes, surgen las siguientes interrogantes: ¿se seguiría el precedente del caso *Soto*, o se verificaría la existencia de “razones fundadas” respecto a la existencia de la excepción al principio de no devolución y, de ser el caso, se tomarían los recaudos suficientes para asegurar la protección de la persona extraditada de la prohibición de tortura, y tratos crueles, inhumanos o degradantes, conforme al estándar del art. 3 de la Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (en adelante, Convención contra la Tortura), aplicable en cualquier caso?

⁸¹ Esta última causal no parece compatible con la finalidad de la pena que, por lo menos teóricamente, conforme al art. 25 del CP, es la “enmienda y readaptación social del delincuente” y la prevención general y especial. Si de hecho se considera que una persona convicta, aun por un crimen de gravedad, es un peligro para la sociedad, se desconoce la posibilidad de readaptación social.

⁸² A la fecha no existe una definición universalmente aceptada de *terrorismo*. Como indica Rudy, la tendencia ha sido identificar algunos actos y prohibirlos. Véase D. Rudy, *International Terrorism, an Excludable Act within the Convention Relating to the Status of Refugees?*, Leiden University, Institute of Immigration Law (material interno del Instituto), 2004.

⁸³ F. Kirgis, “Terrorist Attacks on the World Trade Center and the Pentagon”, en *Asil Insights*, American Society of International Law, 2001, <<http://www.asil.org>>.

⁸⁴ Véase resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU, de 28 de septiembre de 2001.

Por otro lado, ¿cómo se evaluaría el requerimiento de doble incriminación ante la falta de implementación de dichos crímenes y la obligación convencional⁸⁵ de juzgar o extraditar (*aut dedere aut judicare*)? (cuestión inherente también al caso *Barbie* que, como se comentara, quedó sin resolver). En este sentido, ¿provocaría la falta de implementación de los crímenes un obstáculo para la entrega a la CPI? Si bien el art. 88 del ECPI establece la obligación expresa para los Estados partes de adoptar procedimientos nacionales que viabilicen la cooperación con la CPI, no existe una obligación expresa similar con relación a la tipificación de los crímenes. Sin embargo, la ausencia de procedimientos en el derecho interno no constituye una causal para denegar la cooperación;⁸⁶ es una obligación convencional la cooperación *plena* con la CPI (art. 86 del ECPI), que admite como únicas excepciones las previstas por el propio ECPI y, por consiguiente, tampoco la ausencia de tipificación de los crímenes en el derecho interno a efectos del requerimiento de doble incriminación —una de las tradicionales causales de denegación de pedidos de extradición— resulta aplicable en el régimen de entrega del ECPI.⁸⁷

En todo caso, cabe advertir que el régimen de cooperación del ECPI, concretamente el régimen de entrega de personas, no contempla ninguna referencia al caso específico de que sea un refugiado la persona cuya entrega o detención se solicita.

2.4.3. El caso Bánzer

El pedido de la Argentina de 26 de diciembre de 2001 de detención preventiva con fines de extradición respecto al extinto ex presidente (a tiempo de la formulación del pedido) *Hugo Bánzer Suárez*, detenta también relación con los crímenes del derecho internacional de interés para este informe. En el marco de las investigaciones realizadas por el juez Canicoba de la Argentina respecto a los supuestos crímenes cometidos bajo el denominado *Plan Cóndor*,⁸⁸ salió a luz la supuesta responsabilidad

⁸⁵ Esta obligación existe para Bolivia como Estado parte de, por ejemplo, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977, Convención contra la Tortura.

⁸⁶ Al respecto, K. Prost, "Article 88. Availability of Procedures under National Law", en O. Triffterer, (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

⁸⁷ Al respecto, G. Sluiter, "The Surrender of War Criminals to the International Criminal Court", en *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, vol. 25, n.º 3, 2003, p. 612. Knoops considera, entre otros aspectos, que a excepción de pocos Estados, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos internos aún no han implementado los crímenes del derecho internacional, por lo que el requerimiento de doble incriminación resultaría forzado o insulso para los procedimientos de entrega a tribunales penales internacionales (Knoops, *supra*, nota 73, p. 105).

⁸⁸ Véase CEDOIN, "¿Y si todo fuera cierto? Pinochet y el Plan Cóndor", en *Informe R.*, año 18, n.º 378, 1998, La Paz.

penal de Bánzer por la autoría intelectual de, *inter alia*, privación ilegal de libertad y desapariciones forzadas. Conforme a procedimiento, el pedido fue derivado a la Corte Suprema de Justicia, la que a su vez solicitó el requerimiento fiscal. El fiscal general se pronunció por la improcedencia del pedido de detención en razón, principalmente, de considerar a este incompatible con el NCPP. Siendo que el NCPP prevé la detención preventiva en casos en que resulta evidente el riesgo de fuga o la posibilidad de obstaculización de las investigaciones por la persona requerida de encontrarse en libertad, consideró que en el caso no se verificaban dichos extremos, encontrándose Bánzer enfermo de gravedad, pudiendo seguirse el proceso en libertad. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia también se pronunció por la improcedencia del pedido de detención, considerando igualmente que la detención preventiva no resultaba imprescindible, en este caso, para garantizar la continuidad y conclusión de la investigación sumarial en la Argentina y estableciendo la obligación de Bánzer de comunicar al juez cautelar de su domicilio cualquier decisión de viajar al extranjero.⁸⁹

El Tratado de Montevideo, aplicable al caso, establece que se procederá al pedido de detención cuando exista una sentencia u orden de detención (por el lenguaje de la época, el tratado emplea el término “prisión”) y se determine claramente la naturaleza del delito perseguido (art. 44). Como reconoce el auto supremo, existía orden de arresto internacional contra Bánzer.⁹⁰ No obstante, el auto supremo no se pronuncia respecto de la validez de esta norma en el análisis sobre la procedencia o no del pedido de cooperación *vis à vis* la preferencia normativa que establece el propio NCPP —en el que se basa el auto supremo— de los tratados y convenciones internacionales vigentes en materia de extradición (art. 149). Es más, el NCPP establece expresamente que, ante la existencia de contradicción entre los tratados internacionales y el NCPP, se aplicará la norma internacional (art. 159). Es evidente que el pedido de cooperación no era uno de extradición, sino de detención preventiva con fines de extradición, pudiendo considerarse que no estaba, por tanto, dentro del ámbito de aplicación del régimen de detención preventiva del Tratado de Montevideo. Sin embargo, el auto supremo hace referencia al procedimiento de extradición previsto en el Tratado de Montevideo⁹¹ y luego indica la etapa en que se encuentra el proceso que

⁸⁹ Auto supremo n.º 25/2002, de 27 de febrero de 2002. Exp.: n.º 7/2002. Proceso: Detención Preventiva con Fines de Extradición. Partes: Embajada de Argentina c/ el ciudadano boliviano Hugo Bánzer Suárez.

⁹⁰ *Ibidem*, segundo considerando.

⁹¹ *Ibidem*, cuarto considerando.

motiva la solicitud de cooperación —sumarial—,⁹² sin establecer contundentemente la inaplicabilidad o no del Tratado de Montevideo.

Si bien no llegó a efectuarse el pedido de extradición, el caso también propicia el análisis del sistema de cooperación interestatal *vis à vis* el requerimiento de doble incriminación ante la falta de implementación de los delitos del derecho internacional, discusión que parecería no estar completamente resuelta. Sobre este punto resulta de particular relevancia el caso Pinochet, en el que la House of Lords consideró, el 24 de marzo de 1999, que el requerimiento de doble incriminación debía verificarse a tiempo de la supuesta comisión de la conducta y que, por tanto, actos de tortura cometidos en Chile o en otros lugares fuera de España antes del 29 de septiembre de 1988, fecha en que la ratificación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes de 1984 (Convención Contra la Tortura) entró en vigor en el Reino Unido, no constituían delitos extraditables.⁹³

Ya en 1992, Hafén advirtió que el carácter de delitos de jurisdicción universal, hacía que su extradición no pudiera verse obstruida por el requerimiento de doble incriminación.⁹⁴ Es decir, si se considera que la jurisdicción universal se cimienta en un interés de la comunidad internacional en su conjunto en la persecución penal de los crímenes sujetos a ella, al margen de cualquier vínculo jurisdiccional, parecería congruente que en esos casos, para efectos de la extradición, no sea necesario requerir la doble incriminación. Sin embargo, dicha solución queda reatada al grado de aceptación, particularmente del Estado requerido, respecto de la jurisdicción universal y del marco normativo que le resulte vinculante. Así, en el ejemplo citado del caso Pinochet, en el que se invocó la Convención Contra la Tortura como fuente para determinar la inexistencia de doble incriminación a tiempo de la supuesta comisión de la conducta —elemento temporal propio de la sentencia en cuestión— cabe advertir que, al margen de consideraciones en el ámbito de la costumbre internacional o de las llamadas normas de *ius cogens*, la Convención Contra la Tortura no reconoce de manera expresa la jurisdicción universal.⁹⁵ En todo caso, no corresponde analizar

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Véase Knoops, *supra*, nota 73, pp. 103-104. También: M. Byers, "The Law and Politics of the Pinochet Case", en *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 10, n.º 2, 2000.

⁹⁴ J. Hafén, "International Extradition: Issues Arising Under the Dual Criminality Requirement", en *Birgham Joung University Law Review*, n.º 1, 1992, p. 224.

⁹⁵ Al respecto, E. Santalla Vargas, "Ensuring Protection and Prosecution of Alleged Torturers: Looking for Compatibility of Non-Refoulement Protection and Prosecution of International Crimes", en *European Journal of Migration and Law*, vol. 8, n.º 1, 2006, pp 43-45.

aquí otras alternativas o soluciones adoptadas, sino sólo suscitar la discusión en el caso boliviano.

2.4.4. *El caso Gonzalo Sánchez de Lozada*

En razón de los hechos de violencia acaecidos principalmente en octubre de 2003 como consecuencia de violentas protestas sociales, que condujeran al derrocamiento del gobierno de entonces, el ex presidente Sánchez de Lozada y algunos de sus principales ministros se fueron inmediatamente del país hacia los Estados Unidos. A diferencia de los otros casos en los que Bolivia resultaba ser el Estado requerido, en el presente caso resultaría ser el Estado requirente —de formalizarse el pedido de extradición (a los Estados Unidos).⁹⁶ En mérito a la formulación del requerimiento fiscal por, *inter alia*, genocidio en la modalidad de “masacre sangrienta”, el caso resulta relevante a objeto de este informe.

La defensa ha objetado que “masacre sangrienta” sea un elemento constitutivo del tipo penal del genocidio, considerando que su formulación es sólo relevante a efectos de la sanción.⁹⁷ En efecto, este fue uno de los argumentos que sustentó el recurso directo de nulidad interpuesto contra el fiscal general, en razón de considerar que el fiscal estaba determinando un nuevo delito y, por tanto, usurpando funciones del Poder Legislativo al requerir la persecución penal por genocidio sobre la base de “masacres sangrientas”. Al respecto, el Tribunal Constitucional se pronunció declarando infundado el mencionado recurso y, con relación al argumento de interés, consideró que el fiscal tenía la potestad de interpretar la norma a efectos de la calificación penal de los hechos, aclarando que esta apreciación no constituía una valoración de la interpretación efectuada por el fiscal.⁹⁸

El 21 de noviembre de 2004, con la aprobación del Parlamento, se dispuso el enjuiciamiento de Sánchez de Lozada y su gabinete ministerial por los párrafos 2, que hace referencia a “masacres sangrientas”,⁹⁹ y 3 del art. 138 del CP, que tipifica el delito de genocidio. Consiguientemente, el fiscal general efectuó, el 19 de febrero de 2005, la imputación formal ante la Corte Suprema por dicho delito —reservándose el derecho a

⁹⁶ El 17 de febrero de 2006 se anunció que el presidente Evo Morales envió una comisión jurídica a Sucre para coordinar con la Corte Suprema de Justicia la extradición de Sánchez de Lozada. <<http://www.eldiario.net>>.

⁹⁷ <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/article38.html>>. [Consulta: 17/03/04.]

⁹⁸ Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia constitucional 0020/2004, de 4 de marzo de 2004, en <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo>>. [Consulta: 22/02/04.]

⁹⁹ Art. 138. Genocidio (segundo párrafo): “En la misma sanción incurrirán el o los autores, u otros culpables directos o indirectos de masacres sangrientas en el país”.

modificar la imputación penal—, estableciendo expresamente que, si bien las conductas imputadas no podían subsumirse en el primer párrafo del tipo de genocidio, sí correspondían al segundo y el tercer párrafo, por interpretar una “masacre sangrienta” como “la acción violenta de los gobiernos o funcionarios, para solucionar por la vía de las armas los conflictos sociales o políticos [...]”.¹⁰⁰

Debido a que es el objeto de este informe la parte sustantiva de implementación, corresponde sólo mencionar que, si el elemento de “masacre sangrienta” está inserto en el tipo de genocidio, ha de reputarse, necesariamente, parte del tipo penal, probablemente, como una modalidad de comisión del delito. Pero aun en dicha hipótesis ha de estar sujeto a la existencia de los elementos constitutivos del tipo, establecidos en el primer párrafo del art. 138 del CP. Si conforme a la Fiscalía no existe tipicidad respecto al primer párrafo, ¿cómo puede considerarse que exista tipicidad respecto a los siguientes? Una interpretación así sólo es lógica si se reputa el elemento de “masacre sangrienta” como un tipo independiente; mas ello no es posible al estar inmerso en el mismo tipo. Respecto al tercer párrafo, que constituye una agravante, cabe cuestionar lo propio: ¿cómo puede considerarse que la agravante sea aplicable si se determina que no existen los elementos constitutivos del tipo, reflejados en el primer párrafo? Estas interrogantes dan pie a cuestionar la tipicidad de las conductas acaecidas en septiembre-octubre de 2003 como genocidio.

En todo caso, de efectuarse el pedido de extradición¹⁰¹ habrá que observar su desarrollo. El Tratado de Extradición entre Bolivia y Estados Unidos, de 1995, prevé la extradición para delitos cuya pena privativa de libertad sea mayor a un año (art. 2), resultando irrelevante la existencia o no de tipificación idéntica en ambos Estados, en tanto la conducta subyacente sea considerada delictiva en las legislaciones internas de ambos Estados (art.2.3.a).

¹⁰⁰ Imputación formal del fiscal general de la República de 19 de febrero de 2005, citando a B. Miguel Harb, *Código Penal boliviano y leyes conexas*, p. 125 (la imputación formal no ofrece mayores datos de la publicación).

¹⁰¹ Parecería existir al presente preferencia más bien por una expulsión, véase ERBOL, *Fiscalía se suma al pedido de expulsión de Goni de Estados Unidos*, en <http://www.erbol.com.bo/31-05-2006Fiscal%EDaexpulsi%F3nGoni.htm>. [Consulta: 01/07/06.]

3. La cooperación con la Corte Penal Internacional

La parte 4 del proyecto de ley de implementación del ECPI (en adelante, PLI), norma el régimen de cooperación con la CPI y se compone de tres títulos: el primero establece normas generales aplicables, el segundo norma la detención, entrega de personas y la detención provisional, y el tercero establece otros actos de cooperación.¹⁰²

El PLI está orientado a hacer viable, en todo lo posible, la obligación de cooperación plena con la CPI en virtud del art. 86 del ECPI, estableciéndose como principios de interpretación, aplicación y ejecución de las normas de cooperación la facilitación y simplificación, en cuanto fuere posible (art. 69 del PLI). En ese sentido, a fin de facilitar el procedimiento de consulta que estipula el ECPI en su art. 97 y de hacer más expedita la cooperación, se establece una comunicación directa entre la CPI y los órganos competentes de atender las solicitudes de cooperación, a saber, la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la República como *autoridades centrales* para la cooperación, omitiéndose el requisito de corresponsalía vía Cancillería o Ministerio de Relaciones Exteriores, propio a la llamada cooperación horizontal o cooperación entre Estados.

Las consultas con la CPI son normadas en el título I sobre aspectos generales del régimen de cooperación, en el sentido de reconocer y promover su aplicación respecto a cualquier acto de cooperación en que resultaren necesarias (art. 68 PLI).

Los *intereses de seguridad nacional*, como un argumento para rechazar la solicitud de cooperación de presentación de documentos o divulgación de pruebas, conforme al art. 93.4 del ECPI, no son incorporados a la legislación interna *per se*, sino como causales que afectaran la *seguridad democrática* —siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que ha reconocido el tránsito del clásico concepto de *seguridad nacional* por el de *seguridad democrática*.¹⁰³ En este sentido, el art. 70.2 del PLI establece expresamente que se entenderá por *seguridad democrática*, “la eliminación de riesgos y amenazas físicas y el otorgamiento de garantías para una vida digna y en paz de toda persona que se encuentre en territorio boliviano”. Esta sentencia

¹⁰² Véase como anteproyecto en *supra*, nota 3.

¹⁰³ Tribunal Constitucional, sentencia constitucional n.º 0664/2004-R, de 6 de mayo de 2004, III.1.1.

se refiere a una revisión de amparo constitucional, interpuesto por la Fiscalía de La Paz contra el Tribunal Permanente de Justicia Militar con base en que los delitos imputados¹⁰⁴ por los hechos de violencia acaecidos en febrero de 2003 en La Paz involucraban tanto a civiles como a militares y constituían delitos “comunes”, correspondiendo su conocimiento a tribunales ordinarios y no así a la jurisdicción militar respecto a los militares involucrados. Sin ingresar en mayores consideraciones,¹⁰⁵ que escapan al objeto de este informe, cabe mencionar que el concepto de interés aquí surge en la interpretación que el Tribunal Constitucional realiza respecto a la misión constitucional de las Fuerzas Armadas, considerando que si otrora ésta fuera la preservación de la *seguridad nacional*, al presente, en mérito a diversos desarrollos, *inter alia*, se cita al Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica, constituye más bien la defensa de la seguridad y estabilidad del Estado “sin priorizar valores supraindividuales como la soberanía nacional, la patria, la sociedad [...]” sino velando más bien por la seguridad de los habitantes, que implica la “eliminación de riesgos y amenazas físicas y el otorgamiento de garantías para una vida digna [...]”.¹⁰⁶ En consecuencia, puede advertirse que el contenido que el Tribunal Constitucional le asigna a la *seguridad democrática* está más centrado en el individuo y quedará por constatar su aplicación *vis à vis* la abstracción de *seguridad nacional* que no se define en el ECPI y que presenta tantas acepciones según los diversos y distintos intereses de seguridad nacional de cada Estado.

En mérito a la previsión del art. 2 de las Reglas Generales del PLI, el CPP, en cuanto a aspectos de los procedimientos de cooperación que no resultaren normados por el PLI, resulta de aplicación supletoria.

3.1. Detención y entrega de personas

La solicitud de detención y entrega es recibida y procesada por la Corte Suprema de Justicia, la misma que certifica el pedido para su ejecución en el ámbito nacional y remite obrados al juez de instrucción en lo Penal del lugar donde se encuentre

¹⁰⁴ Imputación formal de 13 de febrero de 2003 por delitos de homicidio, lesiones, sedición, *inter alia*. Sentencia constitucional, *supra*, nota 103, I.1.1.

¹⁰⁵ Para un análisis de las consideraciones de la sentencia constitucional respecto al fuero militar, véase: E. Santalla Vargas, *Bolivia ante el derecho internacional humanitario, Estudio de compatibilidad entre el ordenamiento jurídico interno y las normas del derecho internacional humanitario*, La Paz, CICR, 2006, pp. 49-53.

¹⁰⁶ *Ibidem*, *supra*, nota 102.

o se presume el paradero del requerido. El juez de instrucción debe expedir el mandamiento de detención inmediatamente para su ejecución (art. 75 PLI). De conformidad con el art. 91.2.c del ECPI, los requisitos son menos onerosos que en el caso de la detención en el marco de cooperación “horizontal” (como por ejemplo se vio en el caso *Bánzer*), estableciéndose expresamente que ni la Corte Suprema de Justicia ni ninguna otra autoridad judicial nacional indagará sobre “la legalidad de la orden de detención y/o si es que existe prueba suficiente para la acusación por parte de la Corte Penal Internacional” (art. 75.7 PLI). Asimismo, para la detención provisional con fines de entrega se establece que a la autoridad judicial sólo le corresponde verificar la identidad de la persona detenida y la legalidad de la detención así como los derechos del detenido, entre los que se especifica el derecho a contactar a un representante de su embajada y, desde luego, a la designación de abogado defensor. Como plazo perentorio para la duración de la detención provisional, se establece el de sesenta días desde la fecha de detención. La detención también cesa si se comprobare que el detenido no es la persona reclamada (art. 75.4 PLI). Se estipula también la posibilidad de que el detenido pueda en cualquier momento expresar su consentimiento libre y expreso para su entrega, a partir de lo cual la entrega ha de efectuarse inmediatamente (art. 76 PLI).

Por otro lado, le asiste al detenido la posibilidad de interponer excepción de cosa juzgada con base en el art. 20 del ECPI, en cuyo caso el juez de instrucción certifica y remite la misa a la Corte Suprema de Justicia a efectos de que esta realice consultas con la CPI sobre si hubo decisión de admisibilidad, momento desde el que se suspende el procedimiento interno hasta la respuesta de la CPI. Si la causa fue admitida, procederá la detención y entrega. Si la decisión de la CPI sobre la admisibilidad de la causa se encuentra pendiente, la Corte Suprema de Justicia suspenderá el procedimiento hasta que la CPI tome una decisión (art. 78 PLI).

Decidida favorablemente la solicitud de entrega, la CPI tiene treinta días para efectuar el traslado del detenido desde la comunicación oficial de la decisión, pudiendo solicitar a la Corte Suprema una extensión máxima de diez días. Si durante esos plazos el traslado no se efectuara, le asiste al detenido el derecho a ser puesto inmediatamente en libertad y sin que se pueda reintentar la solicitud de entrega (art. 79.1 PLI).

Ante la concurrencia de solicitudes de extradición y entrega respecto de la misma persona y por los mismos delitos que constituyen la base del crimen que

motiva la solicitud de entrega o por delitos distintos, teniendo en cuenta si se trata de la solicitud de extradición de un Estado parte del ECPI o no parte, el art. 81 del PLI recoge las soluciones del art. 90 del ECPI, estableciendo, adicionalmente, que ante la concurrencia de solicitudes por delitos distintos, la demanda de extradición quedará pendiente hasta que se adopte la decisión respecto a la solicitud de entrega y reiterando la conveniencia de invocar el procedimiento de consulta en estos casos.

Así también, el principio de especialidad frente a la CPI es expresamente recogido por el art. 84 del PLI, estableciendo que la solicitud será efectuada a y decidida por la Corte Suprema, la que comunicará a la Fiscalía General la dispensa concedida.

El tránsito por territorio boliviano de la persona detenida o entregada a la CPI por otro Estado puede ser solicitado por la CPI a la Corte Suprema, en mérito al art. 83 del PLI, el mismo que reconoce la permanencia de la detención durante el tránsito. En caso de aterrizaje imprevisto, el mencionado artículo remite la solución a lo establecido por el art. 89.3 del ECPI.

3.2. Ejecución de sentencias y órdenes de la CPI

El art. 95 del PLI, reconociendo la realidad del sistema penitenciario de Bolivia (precario, en condiciones extremas de hacinamiento, etcétera) que no está en condiciones, por lo menos actuales, de recibir condenados por la CPI, establece que el Estado boliviano formará parte de la lista de Estados de ejecución de sentencias de la CPI, sólo cuando se considere “seria y responsablemente”¹⁰⁷ que se dan las condiciones para ello. Ante tal eventualidad, dispone la directa aplicación del régimen de penas del ECPI con carácter complementario al del CPP y la imposibilidad de ejecutar penas mayores a la pena máxima del ordenamiento jurídico interno (treinta años de presidio sin derecho a indulto).

La ejecución de órdenes de decomiso está prevista en el art. 89 del PLI, que norma sobre actos y diligencias procesales. Asimismo, se prevé que a fin de hacer efectiva la reparación a las víctimas, cualquiera de los actos de cooperación descritos en el mencionado art. 89 o cualquier otro será ejecutable, a solicitud de la CPI

¹⁰⁷ La redacción de la norma en este sentido deviene del hecho de haberse suscitado, en octubre de 2004, una noticia insólita respecto a que la “Corte de La Haya” hubiere solicitado la cooperación del Estado boliviano para ejecutar la sentencia de Slobodan Milosevic. En realidad se trataba de la consulta formal y común que la CPI efectuaba a todos los Estados partes que desearan formar parte de la lista de Estados de ejecución de sentencias. Sin embargo, la noticia se había filtrado erróneamente, hasta rayar en lo absurdo.

(art. 94 del PLI). El mismo artículo establece que la ejecución de dichos actos no afecta el derecho a reparación que correspondiere en el derecho interno.

3.3. Otras formas de cooperación

El art. 88 del PLI establece que si el acto de cooperación radica en: la identificación y búsqueda de personas u objetos, interrogatorio a objeto de investigación, exhumaciones y examen de cadáveres y fosas comunes, identificación y determinación de la ubicación de bienes delictivos, preservación de pruebas y protección de víctimas y testigos, la Fiscalía General es la autoridad central de recepción y ejecución de la solicitud. Tratándose de inspecciones oculares, congelamiento o incautación y decomiso de bienes delictivos y medidas de protección que requieran de autorización judicial, las solicitudes serán también recibidas por el fiscal general. Sin embargo, el fiscal a cargo solicitará al juez de instrucción la autorización para efectuar dichos actos de cooperación.

Respecto a solicitudes para practicar pruebas, incluyendo los dictámenes e informes periciales, interrogatorio a objeto de enjuiciamiento, notificación de documentos, facilitación de la comparencia voluntaria de testigos y peritos ante la CPI, allanamientos y decomisos, trasmisión de registros y documentos y la preservación de pruebas, es la Corte Suprema el órgano receptor de tales solicitudes (art. 89 del PLI), y el juez de instrucción, el encargado de su ejecución, al igual que en el procedimiento de cooperación horizontal.

Con relación a la actuación del fiscal de la CPI (se entiende, también, de otros funcionarios designados de la CPI) en territorio nacional para efectuar las diligencias de investigación que fueren necesarias, el art. 85.1 del PLI requiere que las solicitudes sean presentadas al fiscal general, quien analizará “que su ejecución no afecte derechos y garantías reconocidos por el ordenamiento jurídico interno y establecerá las condiciones de operatividad y eficacia de la solicitud”. Tratándose de solicitudes que no requieran de medidas coercitivas, conforme al art. 99.4 del ECPI, se otorga facultad al fiscal de la CPI para actuar de manera autónoma en territorio nacional, previa aprobación del fiscal general, velando también en este supuesto por una efectiva y prudente ejecución.

Toda vez que el CPP es complementario al PLI (art. 2), la apertura a otras formas de cooperación no prohibidas internamente que plantea el art. 93.1.1 del

ECPI podría referirse a la posibilidad de interrogar a testigos que se encuentren fuera de Bolivia, con relevancia de tratarse de un Estado no parte del ECPI que no deseara cooperar directamente con la CPI de manera *ad hoc*, o a solicitud de intermediación de la CPI. Es decir, si el testigo se encuentra por ejemplo en Chile, el CPP (art. 146) otorga a la autoridad judicial la potestad de solicitar autorización al Estado chileno para efectuar el interrogatorio, sea por vía consular, por el fiscal o por el mismo juez constituido en el país de residencia. Dicha posibilidad se verifica también en el caso de peritos extranjeros (CPP, art. 147).

Asimismo, el PLI prevé la posibilidad de suscribir acuerdos de investigación conjunta entre la CPI y la Fiscalía boliviana, tratándose de investigaciones a llevarse a cabo en territorio nacional, ampliándose así el alcance del art. 148 del CPP que prevé dichos acuerdos o conformación de equipos de investigación con otros países u organismos internacionales, al considerar que el objeto de dichas investigaciones son organizaciones criminales con vínculos y operatividad en y fuera de Bolivia.

Por otro lado, el PLI establece la posibilidad de que el fiscal general pueda solicitar a la CPI la cooperación (inversa) o asistencia en investigaciones o juicios que se sustancien internamente por los delitos del ECPI, tipificados en el PLI, remitiéndose para el efecto a lo dispuesto por el art. 93.10 del ECPI (art. 87 del PLI).

4● Protección penal de la administración de justicia de la Corte Penal Internacional

El bien jurídico protegido del título de Delitos contra la Función Judicial del CP constituye el marco de protección penal de la administración de justicia nacional, y contempla los siguientes delitos que resultan similares a los contemplados en el art. 70 del ECPI, a saber: falso testimonio y soborno. El cohecho pasivo propio y el cohecho activo son tipificados en el título de Delitos contra la Función Pública, y resultan complementarios. En mérito al art. 70.4.a del ECPI, que establece la obligación convencional expresa de hacer extensivo este marco penal al ámbito de la administración de justicia de la CPI, resulta necesario analizar el alcance de dicho marco punitivo *vis à vis* los delitos de la administración de justicia de la CPI.

Puede advertirse que la tipificación del falso testimonio en el ECPI (art.70.1.a) es más escueta que en el CP (art. 169), al referirse sólo a la acción de dar falso testimonio, mas incorpora la especificación de tratarse de un delito propio al caso de existencia de la obligación a decir la verdad y, por remisión al art. 69.1, pareciera referirse exclusivamente al caso de los testigos. La formulación del CP establece expresamente su aplicación respecto de los testigos, peritos, intérpretes, traductores o cualquier otra persona interrogada en proceso judicial o administrativo. En consecuencia, parecería ser suficiente hacer extensiva la aplicación del tipo al ámbito de la CPI, lo que no ocurre en el caso del delito de presentación de pruebas falsas o falsificadas (art. 70.1.b del ECPI), que no constituye delito en el ordenamiento jurídico interno, por lo menos como un tipo independiente y diferenciado de otras conductas. Así tampoco, la corrupción de testigo y conductas relacionadas descritas en el art. 70.1.c del ECPI tienen un paralelo específico en el CP. Por su parte, la corrupción de un funcionario de la CPI podría asimilarse al cohecho activo, tipificado en un título distinto al de los delitos contra la función judicial (art. 158). Sin embargo, este tipo queda restringido a la conducta de dar u ofrecer “dádivas” u otras ventajas, es decir de corrupción, quedando los supuestos de obstaculización e intimidación del artículo del art. 70.1.d del ECPI no cubiertos por el CP. Así tampoco, la toma de represalias contra funcionario de la CPI (art. 70.1.e del ECPI) presenta un paralelo en el CP. Por el contrario, el cohecho pasivo propio del art. 145 del CP, tipificado en el título de Delitos contra la Función Pública, representa un paralelo de la aceptación de soborno en calidad de funcionario de la CPI y por funciones oficiales (art. 70.1.e del ECPI), mas no del supuesto de solicitar dicho soborno.

La parte 3 del proyecto de ley de implementación del ECPI (PLI) tipifica los delitos contra la administración de justicia de la CPI. En principio, el PLI establece que respecto a estos delitos se da una suerte de jurisdicción complementaria respecto de la CPI, que con relación a estos delitos detentaría jurisdicción primaria. En ese sentido, el art. 58 del PLI establece que el sistema judicial boliviano adjudicará estos delitos a solicitud de la CPI y que estos se rigen por el régimen de la prescripción del CPP. En razón de que el PLI incorpora el principio de personalidad o nacionalidad pasiva, ausente al presente en la legislación interna, el PLI no restringe la jurisdicción respecto a estos delitos a los principios de territorialidad y nacionalidad activa, previstos en el art. 70.4.a del ECPI. En consecuencia, todos los principios jurisdiccionales reconocidos por el PLI les son aplicables, a excepción del principio de jurisdicción

universal, reservado para el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los delitos contra el derecho internacional humanitario que tipifica el PLI.

El falso testimonio ante la CPI es tipificado en el art. 59 del PLI, con base en la tipificación adoptada en el CP, especificándose su aplicación respecto a procesos sustanciados ante la CPI. Siguiendo la lógica del tipo en el CP, se establece una agravante de resultar perjuicio para el procesado a consecuencia del falso testimonio y de cometerse el delito a consecuencia de soborno. Esta última agravante queda complementada con la tipificación del soborno o corrupción de testigos (art. 60 del PLI). Asimismo, se tipifica la presentación de pruebas falsas, incorporándose expresamente los supuestos de falsedad material o ideológica y tipificándose también la destrucción o alteración de pruebas y la obstaculización en las diligencias de búsqueda y recolección de pruebas (art. 61 del PLI). La obstrucción para la comparencia de testigos o la toma de represalias por su testimonio, queda tipificada en el art. 62 del PLI. El cohecho (siguiendo la terminología empleada por el CP) activo y pasivo de funcionarios de la CPI es tipificado en los arts. 63 y 64, respectivamente, del PLI, basándose en la lógica de la tipificación del CP. Sin embargo, en el cohecho pasivo se incorpora el supuesto de la “solicitud”, en concordancia con el ECPI. Asimismo, se tipifica la toma de represalias contra funcionarios de la CPI (art. 65 del PLI).

En consecuencia, el PLI implementa los delitos contra la administración de justicia de la CPI en el ordenamiento jurídico interno, partiendo de la tipificación paralela del CP e incorporando los aspectos propios de los elementos constitutivos del ECPI. Asimismo, las penas estipuladas para cada delito se enmarcan en el límite del ECPI (cinco años de reclusión), a excepción de la agravante en el caso del falso testimonio por soborno (un tercio más de la pena de tres a cinco años de presidio) (art. 59 PLI).

5. Conclusiones

Si bien la obligación convencional de implementación del régimen de cooperación con la CPI aún se ha verificado, el anteproyecto de ley de implementación del ECPI se ha convertido ya en un proyecto de ley —fue oficialmente presentado a instancia legislativa en febrero de 2006—, el mismo que también norma sobre el

régimen de cooperación con la CPI y tipifica los delitos contra la administración de justicia de la CPI. Corresponde, en consecuencia, que se siga el procedimiento legislativo.

El régimen de cooperación en el proyecto de ley de implementación está orientado a facilitar y viabilizar la cooperación con la CPI y a minimizar las situaciones de incumplimiento. Así, *inter alia*, se establece una comunicación directa entre la CPI y las autoridades centrales (Corte Suprema de Justicia y fiscal general de la República) y se reemplaza el estándar de “intereses de seguridad nacional” por el de “intereses de seguridad democrática”, con base en la jurisprudencia nacional, a efectos de un eventual rechazo de la solicitud de cooperación.

Como a toda norma nueva, su puesta en práctica permitirá identificar los aspectos que contribuyan a alcanzar su mayor efectividad y requerirá, ciertamente, de no sólo difusión sino intensa capacitación, al tratarse de un nuevo régimen de cooperación, principalmente en los entes destinados a aplicarla. Es decir, el Poder Judicial y el Ministerio Público.

La implementación del régimen de cooperación del ECPI podría derivar en la revisión de los procedimientos de cooperación “horizontal”, en particular, sobre extradición. En efecto, a medida que mayor número de Estados tipifiquen en sus legislaciones internas los crímenes del ECPI e incorporen procedimientos de cooperación con la CPI, resultará conveniente, teniéndose en cuenta el principio de complementariedad, revisar los tratados multilaterales y bilaterales en materia de extradición y otros aspectos de cooperación. Como se viera, los tratados multilaterales aplicables entre los países latinoamericanos y la mayor parte de tratados bilaterales suscritos por Bolivia, muchos de los cuales datan de varias décadas atrás, no resultan aplicables, o por lo menos no expresamente, respecto de los crímenes del ECPI. Una de las consecuencias del principio de complementariedad debiera ser, precisamente, el refuerzo de los procedimientos de cooperación interestatal respecto de los crímenes del ECPI, si se asume que en los Estados recae la obligación primaria de persecución penal (independientemente del cumplimiento de los criterios del ECPI en el caso de solicitudes concurrentes).

BRASIL

IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

COM A PARTICIPAÇÃO DE

Maria Thereza Rocha de Assis Moura,

Marcos Alexandre Coelho Zilli,

Gustavo Henrique Righi I. Badaró,

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

e Carina Quito

1 • Introdução

Embora o ER tenha sido ratificado pelo Brasil em 20 de junho de 2002¹, até a presente data não se obteve êxito em sua efetiva implementação no direito interno.

Como exposto no relatório apresentado pelo IBCCrim por ocasião do terceiro encontro do Grupo latino-americano de estudos sobre direito penal internacional², antes mesmo da ratificação o Ministério da Justiça já havia constituído uma comissão de trabalho³ destinada a elaboração de um anteprojeto de lei que enfrentasse as principais questões relativas à matéria, vale dizer: a tipificação interna dos crimes internacionais, a adaptação das normas processuais e a regulamentação dos mecanismos de cooperação e auxílio com o TPI. Os trabalhos renderam a elaboração de um texto que foi objeto, inclusive, de consulta pública. Representa este, até o presente momento, o único anteprojeto formalmente apresentado. Isso, porque o novo grupo de trabalho, nomeado em 10 de maio de 2004 pela Secretaria Especial de Direitos Humanos⁴

¹ O Estatuto foi aprovado pelo Congresso Nacional em 6 de junho de 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 112, e foi promulgado em 25 de setembro de 2002, pelo Decreto nº 4.388.

² O relatório foi apresentado em 2005, na cidade do México, por ocasião de encontro anual do grupo que se dedicou ao estudo das dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do ER na América Latina.

³ O Grupo de Trabalho que elaborou o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma foi composto pelos seguintes membros: Tarciso Dal Maso Jardim (Coordenador), Adriana Lorandi, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Ela Wiecko de Castilho, George Rodrigo Bandeira Galindo, Gustavo Henrique Ribeiro de Melo, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Raquel Elias Ferreira Dodge, Rafael Koerig Gessinger e Sylvia Helena Steiner. V, a propósito, Portaria nº 1036 do Ministério da Justiça.

⁴ V. Portaria nº 58, de 10 de maio de 2004. O novo Grupo de Trabalho é composto pelos seguintes membros: Adriana Lorandi (Coordenadora), Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Carlos Frederico de

com o objetivo de adequar o anteprojeto às observações feitas pela Sub-Chefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República⁵, não concluiu até hoje seus estudos.

Estimava-se que os trabalhos pudessem estar concluídos até fevereiro de 2005, expectativa que havia sido registrada no anterior relatório do Brasil. Contudo, desde então não foram mais divulgadas as atividades do grupo, o que permite inferir encontrarem-se estas paralisadas. Diante de tal contexto, este informe tomará por base o único texto formalmente apresentado. Eventualmente, serão feitas referências aos estudos desenvolvidos pelo segundo grupo de acordo com a última versão a que o IBCCrim teve acesso, produzida no final de 2004.

2. Assistência judicial interestatal

Como se sabe, uma visão clássica e de certo modo fragmentada via na extradição a única forma possível de cooperação internacional. Trata-se, todavia, de posicionamento superado, tanto é verdade que a doutrina identifica três níveis distintos de cooperação. No primeiro, estão compreendidas as medidas de simples assistência, tais como as notificações e as medidas de caráter meramente instrutório. No segundo, estão abrangidas as medidas de assistência processual penal capazes de gerar gravames patrimoniais. Finalmente, embora não menos importantes, estão compreendidas as medidas capazes de restringir direitos pessoais, em especial o direito de liberdade dos indivíduos.⁶

O sistema jurídico brasileiro contempla a extradição, a carta rogatória, os pedidos de assistência jurídica e a homologação de sentença estrangeira como mecanismos de cooperação penal interestatal. É importante destacar que a necessidade de aprimoramento desta cooperação em virtude da crescente intensificação dos crimes transnacionais vem sendo enfrentada pelos instrumentos jurídicos internos, bem como pela jurisprudência nacional, à luz dos parâmetros delineados pelos direitos e garantias

Oliveira Pereira, Carolina Yumi de Souza, Denise Figueiral, Eugênio José Guilherme de Aragão, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Raquel Elias Ferreira Dodge e Tarciso Dal Maso Jardim.

⁵ V. nota SAJ nº 613/04 – DCF.

⁶ Referência aos níveis de cooperação internacional é encontrada em Ada Pellegrini Grinover, Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 9, jan./mar., 1995, pp. 44-45.

fundamentais. Dessa forma, além do controle estritamente formal, o STF⁷ tem demonstrado preocupação com a respeitabilidade dos direitos humanos por parte do Estado-requerente, em especial nos casos de extradição. Com efeito, não são poucos os julgados nos quais a medida foi indeferida após a constatação de que o extraditando não seria submetido a um *fair trial*.⁸

2.1. Extradição passiva⁹

Os princípios gerais da extradição estão delineados na CF em artigo que trata justamente dos direitos e garantias fundamentais. Decorrem daí as proibições de extradição de nacional, salvo o naturalizado, na hipótese de crime comum praticado antes da naturalização ou de comprovado envolvimento em tráfico de entorpecentes,¹⁰ e do estrangeiro por crime político ou de opinião¹¹. Na esfera infraconstitucional, o Estatuto do Estrangeiro¹² e o Decreto 86.715/81 (art. 110)¹³ complementam o arcabouço jurídico regulamentando a matéria.

A sua concessão assenta-se em tratados bilaterais ou, na ausência destes, em promessa de reciprocidade pelo país requerente. O Brasil é signatário de tratados de

⁷ O Supremo Tribunal Federal é a mais alta corte do sistema judiciário brasileiro. Sua competência está restrita ao exame de matéria constitucional, embora não possa ser considerada, rigorosamente, uma Corte Constitucional. Com efeito, não é o único órgão jurisdicional competente para o controle da constitucionalidade, que também pode ser realizado pelo método difuso, pela via da exceção. De qualquer modo, quando provocada, direta ou indiretamente o faz em única ou última instância.

⁸ Ver, para tanto: Ext. 953/RFA e Ext. 977/PT. No pedido de Ext. 897 formulado pela República Checa, o STF deixou assentado: “A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o Supremo Tribunal Federal – de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extraditacional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O extraditando assume, no processo extraditacional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a que foi dirigido o pedido de extradição (o Brasil, no caso). O Supremo Tribunal Federal não deve autorizar a extradição se se demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado *due process of law*.”

⁹ Como se sabe, duas são as formas de extradição: a ativa e a passiva. Por versar o relatório sobre os mecanismos de cooperação penal internacional previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro, será objeto de estudo tão somente a passiva, vale dizer: aquela que é solicitada do Brasil. Para um estudo mais detalhado, ver: STRENGER, Irineu. *Direito processual internacional*, São Paulo: LTR, 2003.

¹⁰ Art. 5º, inciso II: “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.”

¹¹ Art. 5º, inciso III: “Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.” Examinando a exceção relativa aos crimes políticos, esclarece Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal. A nova parte geral*. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 136: “A razão de ser de tal privilégio reside no caráter contingente desses crimes, dependentes que são de circunstâncias puramente históricas. É a criminalidade que Ferri chamava de evolutiva, e que pode transformar os réus em heróis e chefes de Estado.”

¹² Lei 6815/80, Título IX, arts. 76 a 94. Trata-se do denominado “novo Estatuto do Estrangeiro”, porquanto o primeiro diploma legal que recebeu tal denominação foi o Decreto-lei 941, de 13.10.1969, regulamentado pelo Decreto 66.698, de 11.6.1970. Disponível em <http://www.mj.gov.br/Estrangeiros/Estatuto.htm>. Acesso em 12.06.2006.

¹³ Art. 110.

extradição com dezoito países - Argentina, Austrália, Bélgica, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Coréia do Sul, Espanha, Estados Unidos, Itália, México, Paraguai, Peru, Portugal, Reino Unido, Suíça, Uruguai e Venezuela. Estão em tramitação perante o Congresso Nacional os projetos de tratados celebrados com o Canadá, França, Rússia, Líbano e entre os países membros do Mercosul. Aliás, com relação ao último, sua vigência internacional está ainda jungida à ratificação de pelo menos dois países membros e um associado, o que, até o momento, foi cumprido apenas pelo Brasil e pelo Uruguai¹⁴.

2.1.1. Pressupostos e condições da extradição passiva

Como observado, a CF dispensa tratamento diferenciado para a extradição do brasileiro nato, do naturalizado e do estrangeiro. Assim é que o brasileiro nato nunca será extraditado. Já, quanto ao brasileiro naturalizado, a extradição é admissível em duas hipóteses: a) pela prática de crime comum, antes da naturalização e b) pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei, quer o fato tenha ocorrido antes ou depois da naturalização. Dessa forma, tratando-se de estrangeiro, a extradição é admitida como regra, excetuando-se apenas os casos de cometimento de crime político ou de opinião. Nesse ponto, é absolutamente irrelevante ser o extraditando casado com nacional ou mesmo ter filhos brasileiros.¹⁵

É no E.Est. que são delineados os pressupostos e as condições¹⁶ para a concessão da extradição (arts. 77 e 78), cuja decisão, note-se, é de competência do STF¹⁷.

¹⁴ Informação obtida no site do Ministério da Justiça na Internet: www.mj.gov.br, onde podem ser consultados, em sua integralidade, os textos dos tratados mencionados. O acordo sobre extradição do Mercosul foi subscrito no Rio de Janeiro em 10.12.1998.

¹⁵ Conforme estabelecido pela súmula 421 do STF: "Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro."

¹⁶ Inexiste na doutrina consenso quanto aos termos ora empregados: "pressupostos" e "condições". Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 127, por exemplo, considera que tanto o art. 77 quanto o art. 78 do E.Est. encerram condições da extradição, as quais podem ser classificadas em "condições positivas ou permissivas" e "condições negativas ou impeditivas". Yussef Said Chali, *Estatuto do estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 357, por sua vez, aponta como condições para a extradição aquelas previstas no art. 78 do E.Est. Mirtô Fraga, *O novo estatuto do estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 295-312, considera que o art. 77 encerra pressupostos, ao passo que o art. 78 encerra condições. Adota tal entendimento em consonância com o próprio texto legal (art. 78). Partilhamos de tal entendimento porque, se o art. 78, de acordo com o próprio texto legal, encerra condições, aquilo que precede a tais condições deve-se reputar, logicamente, pressuposto da própria extradição.

¹⁷ Dispõe a CF, no art. 102, I, "g": "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I. processar e julgar, originalmente, a extradição solicitada por Estado Estrangeiro".

Nesse sentido, conquanto não tenha sido estabelecida expressamente em lei, por certo que a existência de pedido formal fundado em tratado bilateral, acordo internacional ou em promessa de reciprocidade constitui o pressuposto primeiro para a concessão da medida¹⁸. Mas, ao lado desta, o E.Est. fixou condições que, na verdade, decorrem da própria lógica da extradição, quais sejam: a competência do Estado-requerente para processar e julgar o fato e a existência de sentença condenatória à pena privativa ou decreto de prisão.

Quanto à competência, devem ser observadas eventuais regras relativas à extraterritorialidade da aplicação da lei penal do Estado-requerente o que, inclusive, poderá dar azo a um conflito positivo de jurisdições¹⁹. Por sua vez, a exigência de título legitimador do pedido de extradição – sentença condenatória ou decreto de prisão – (art. 78, II do E.Est.), além de fundamentar a distinção doutrinária entre a extradição executória e a instrutória²⁰, permite que se exerça um controle mais eficaz sobre a legalidade do pedido, advindo daí a obrigatoriedade de sua instrução com documentos hábeis (art. 80 do E.Est.)²¹.

Quanto aos pressupostos expressos (art. 77 do E.Est.), a extradição supõe: a) nacionalidade estrangeira do extraditando; b) dupla tipicidade penal e gravidade do delito; c) incompetência do Brasil para processar e julgar o crime imputado; d) inoportunidade de prescrição pela lei de qualquer dos Estados; e) não configuração do fato como crime político ou de opinião; e f) não submissão do extraditando a tribunal de exceção.

Quanto à exigência de nacionalidade estrangeira do extraditando, a legislação brasileira segue o modelo consagrado em vários sistemas jurídicos, colocando à margem de tal procedimento os seus nacionais. A postura é evidentemente influenciada por concepções tradicionais de soberania onde sobressaem os sentimentos de

¹⁸ Com relação à promessa de reciprocidade, é suficiente nota verbal formalmente transmitida por via diplomática. Nesse sentido: Ext. 953/RFA – República Federal da Alemanha.

¹⁹ A propósito, Mirtô Fraga, *ob. cit.*, p. 31, cita o “Caso Valiente”, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, em que o extraditando, de nacionalidade uruguaia, foi entregue aos Estados Unidos da América, em cujo território jamais pisara, porque, no seu próprio país, tentara contrabandear substâncias entorpecentes para os Estados Unidos, violando, com isso, as leis daquele país, que obteve a extradição porquanto o Uruguai não apresentou ao Brasil qualquer pedido.

²⁰ Trata-se de classificação pacífica na doutrina. Nesse sentido, Mirtô Fraga, *ob. cit.*, p. 310; Yussef Said Cahali, *ob. cit.*, pp. 357-358 e Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito penal e direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 46. É de se observar, nesse particular, que essas se tratam das únicas finalidades dos pedidos extradiçionais, de modo que simples providências, como o interrogatório do acusado, não podem ser objeto de extradição, efetivando-se, se o caso, via carta rogatória.

²¹ Exceção a essa regra se faz na hipótese do artigo 82 do Estatuto, que trata da prisão preventiva do estrangeiro em casos de urgência, nos quais se prescinde da formalização do pedido.

desconfiança no trato das questões internacionais²². De qualquer modo, a proibição surgiu com a Constituição de 1934, tendo sido repetida desde então em todas as subsequentes cartas, assim como nas legislações infraconstitucionais que se seguiram. Nesse campo, vale lembrar assemelhar-se a situação jurídica dos portugueses à dos nacionais. Isso, porque o Decreto 70.436, de 18.04.1972 (art. 18)²³, subordinou o português à lei penal brasileira, não sendo ele passível, portanto, de extradição, salvo quando requerida pelo Governo de Portugal.

A exigência de dupla tipicidade penal é pressuposto lógico da extradição (art. 77, II do E.Est.)²⁴, sendo irrelevante a diversidade na denominação jurídica. Como já decidido, basta “que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente. O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, é a presença dos elementos estruturantes do tipo penal (‘essentialia delicti’), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação constantes na legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do Estado-requerente, independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos.”²⁵

Ademais, o delito que dá fundamento ao pedido deve ser grave a ponto de justificar o procedimento e o interesse do Estado-requerente em promovê-lo. Dessa forma, a extradição é vedada, caso o fato constitua mera contravenção ou mesmo quando a pena de prisão cominada pela legislação brasileira for igual ou inferior a um ano (art. 77, IV do E.Est.)²⁶. O parâmetro temporal obedece a um critério de proporcionalidade, relegando-se o procedimento da extradição para aqueles ilícitos de maior reprovabilidade. Aliás, o interesse estatal representado pela punibilidade do fato não

²² Inúmeros fundamentos são encontrados na doutrina para tal vedação, dentre eles, por exemplo, que os Estados devem proteção a seus nacionais e, por conseguinte, têm a obrigação de dar-lhes uma justiça imparcial; que os Estados não devem abdicar de parcela alguma de sua soberania, e que todo o indivíduo tem o direito de viver no território e sob a proteção do Estado de sua nacionalidade, conforme esclarece Hildebrando Accioly, *Tratado de direito internacional público*, vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: s.e., 1956, pp. 424-425.

²³ O Decreto também é conhecido como Estatuto da Igualdade, justamente por estabelecer ao português os mesmos direitos e deveres do brasileiro nato. Dispõe o art. 18: “O português fica sujeito à lei plena brasileira, do mesmo modo que o nacional, não sendo passível de extradição, salvo se requerida pelo Governo de Portugal.” O texto integral pode ser acessado em https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D70436.htm. Acesso em 12.06.2006.

²⁴ Trata-se, aqui, do denominado princípio da identidade ou da dupla tipicidade penal.

²⁵ Ext. 953/RFA – República Federal da Alemanha.

²⁶ Há maior razão de ser em tal vedação após a Lei 9.099/95, que passou a qualificar de menor potencial ofensivo as infrações a que a lei comine pena igual ou inferior a um ano, prevendo a possibilidade de aplicar-se, nesses casos, medidas despenalizadoras que impedem a própria instauração de um processo penal. E ainda que haja processo, a pena privativa porventura imposta seria passível de substituição por restritiva de direitos (art. 44 do CP).

foi desconsiderado, tanto é verdade que a existência de alguma causa extintiva pela lei de qualquer dos Estados, tal como a prescrição, impede a extradição. Nem se justificaria a movimentação de toda a máquina judiciária e administrativa para fatos sobre os quais os Estados não mais pudessem exercer o poder-dever punitivo.

Os crimes políticos ou de opinião, por sua vez, não são suscetíveis de extradição. A vedação é inspirada nos valores democráticos em que a liberdade de expressão é direito de maior grandeza²⁷. A delimitação conceitual do crime político, como se sabe, é polêmica, permanecendo a doutrina dividida entre dois critérios. Pelo objetivo, prevalece a natureza do interesse jurídico ameaçado ou lesado que, na verdade, é o ordenamento político do Estado²⁸. Pelo subjetivo, o que interessa é a intenção que impele a ação do agente. Dessa forma, havendo finalidade política, o crime, embora comum, será reputado de natureza política²⁹. Nesse ponto, o E.Est. (art. 77, par. terceiro) estabelece importante diretriz ao STF, que poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoas, ou os que importarem propaganda de guerra ou processos violentos para subverter a ordem política ou social. Aliás, ao enfrentar recente pedido de extradição formulado pela República do Chile, o STF não considerou o terrorismo como fato subsumível ao conceito de crime político. A decisão levou em conta a gravidade dos atos terroristas, sobretudo pela natureza atentatória aos fundamentos do Estado Democrático de Direito o que os tornaria incompatíveis com as benesses próprias da criminalidade política³⁰. Por sua vez, a Lei n.º 2.899/56 que define e pune o genocídio impede seja este considerado crime político para efeitos de extradição³¹.

²⁷ O Brasil é signatário da Convenção sobre asilo territorial – Decreto 55.929/65 – que impede a extradição dos perseguidos políticos, ou mesmo dos autores de crimes comuns praticados com finalidade política.

²⁸ JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal. Parte geral*. V.1, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 185 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 6.º.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 101.

²⁹ Modernamente, tem ganhado aceitação o critério misto. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código...*, op. cit., p. 101, cita a Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83) como exemplo desta tendência.

³⁰ “Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível de clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art.5º, XLIII). – A Constituição da República, presentes tais vetores interpretativos (CF, art. 4º VIII e art. 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extradicional do Estado brasileiro...” (Ext. 855/República do Chile).

³¹ Art. 6º: “Os crimes de que trata esta Lei não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição.”

A competência é outro pressuposto importante para a extradição. Com efeito, o E.Est. (art. 77, III) impede a sua concessão caso o Brasil tenha competência para processar e julgar o crime imputado ao extraditando. A questão envolve aspectos ligados à delimitação do lugar do crime e às regras de territorialidade e de extraterritorialidade da lei penal brasileira.³² Dessa forma, sendo aplicável a lei nacional, deve ela prevalecer, solução que reflete uma postura tradicional de soberania. Nesse ponto, não foi olvidada a obediência ao princípio do *ne bis in idem*, de modo que a extradição não será concedida quando o extraditando estiver sendo processado ou já tiver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido (art. 77, V do E.Est.).

Na esteira da preocupação com os valores relacionados com a dignidade humana e em especial com a garantia do devido processo, o E.Est. (art. 77, VIII) veda a extradição caso o agente venha a ser julgado por tribunal de exceção, assim entendido como tribunal criado *ex post facto* ³³.

2.1.2. Procedimento da extradição passiva

O procedimento da extradição é de natureza mista, desenvolvendo-se de forma escalonada entre as fases administrativa e judicial³⁴. Dada a diversidade de ritos prevista, a extradição pode ser distinguida em ordinária e extraordinária, esta última também denominada excepcional.

³² Quanto à aplicação da lei nacional, vige, no Brasil, como regra, a territorialidade (art. 5º do CP), sendo a extraterritorialidade excepcional (art. 7º do CP). Esta, por sua vez, subdivide-se em incondicionada – crimes cometidos contra a vida ou a liberdade do Presidente da República (art. 7º, I, a do CP), contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público (art. 7º, I, b do CP), contra a administração pública, por quem está a seu serviço (art. 7º, I, c do CP), de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil (art. 7º, I, d do CP) e de tortura sendo a vítima brasileira ou quando o agente encontrar-se em local sob a jurisdição brasileira (art. 2º da Lei n. 9.455/97) - e condicionada – crimes que por tratado ou convenção o Brasil tenha assumido obrigação de reprimir (art. 7º, II, a do CP), praticados por brasileiro (art. 7º, II, b do CP) e praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados (art. 7º, II, c do CP).

³³ A propósito, a CF assegura, no art. 5º, inciso XXXVII, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

³⁴ Inicia-se na esfera administrativa. Segue-lhe uma fase judicial que cessa com uma nova etapa administrativa. Nessa esteira, o E.Est. até o advento da CF de 1988, disciplinava inteiramente as etapas de tal procedimento. De acordo com sistemática anterior, na primeira etapa o Executivo recebia o pedido e, se não o indeferisse, de plano, decretava a prisão do extraditando, por ordem do Ministro da Justiça, colocando-o à disposição do STF. Na segunda etapa, desenvolvida no Poder Judiciário, procedia-se à análise do pedido, que poderia ser autorizado ou não. Na terceira etapa (cujo pressuposto é a autorização do Supremo), o Executivo poderia então realizar novo juízo sobre a concessão da extradição, colocando o extraditando à disposição do Estado requerente.

O procedimento da extradição ordinária (art. 80 do E.Est.) inicia-se com a apresentação de requerimento, por via diplomática, ao Ministério das Relações Exteriores³⁵. Na falta de agente diplomático do Estado-requerente, permite-se que o pedido seja formulado diretamente entre os governos. De qualquer modo, deve vir instruído com cópia autêntica - ou respectiva certidão - da sentença de prisão, da decisão de pronúncia ou da que decretar a prisão do extraditando. Deve conter as indicações precisas sobre o local, a natureza e as circunstâncias do fato criminoso, identidade do extraditando e, ainda, cópias dos textos legais sobre o crime, a pena e sua prescrição, tudo de modo a viabilizar o controle da legalidade. O pedido é encaminhado ao Ministério da Justiça, a quem cabe um juízo de admissibilidade efetuado com base no tratado, se houver, ou com o E.Est. Após, é remetido, por meio de Aviso Ministerial, ao STF. Encerra-se, assim, a primeira etapa de natureza administrativa.

Após o advento da CF de 1988, os rumos do procedimento no tocante à prisão do extraditando foram alterados. Isso porque a nova ordem constitucional, no campo dos direitos e garantias, acabou restringindo a prisão administrativa tão somente para as hipóteses de transgressão militar³⁶. Diante desse quadro, a previsão do E.Est. que permitia ao Ministro da Justiça a decretação da prisão acabou não sendo recepcionada, motivo pelo qual foi editada a Portaria 737/88, que esclareceu ser de competência exclusiva do STF tal decisão. Na verdade, cabe ao Ministro relator sorteado³⁷ o exame sobre a pertinência e a necessidade da custódia, designando, em seguida, dia e hora para o interrogatório.

Realizado o interrogatório³⁸, abre-se o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de defesa técnica por escrito, cujo conteúdo está limitado ao questionamento da identidade da pessoa reclamada, de vício formal na apresentação do pedido ou de ilegalidade da própria extradição, o que implica dizer: descumprimento de seus pressupostos e condições³⁹. A limitação é justificada em razão da natureza *sui generis* do

³⁵ O Ministério das Relações Exteriores, consoante previsão do art. 81 do E.Est., é o responsável por encaminhar o pedido ao Ministério da Justiça.

³⁶ Diz o art. 5º, LXI, da CF: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

³⁷ Conforme arts. 208 e 209 do Regimento Interno. A prisão, note-se pode perdurar até final apreciação do pedido pelo STF (art. 84 do E.Est.).

³⁸ O art. 210 do Regimento Interno do STF prevê que “no interrogatório, ou logo após, intimar-se-á o defensor do extraditando...”. Se antes da Lei 10.792/2003 se poderia questionar sobre a obrigatoriedade da presença do defensor em tal ato, com o advento desse diploma legal, que tornou obrigatória a presença de advogado nos interrogatórios judiciais, o citado art. 210 passa a comportar somente uma interpretação, justamente a que assegura a defesa no interrogatório.

³⁹ Quanto à especificidade da cognição exercida pelo STF em matéria de extradição, veja-se que decorre de uma visão clássica ou bidimensional do instituto, a qual impede que o país cuja cooperação se pede realize qualquer juízo sobre a necessidade da

pedido de extradição onde aspectos ligados à efetividade da legislação penal do Estado-requerente e de seu poder persecutório estão em jogo. O instituto, por certo, estaria fadado ao insucesso caso ao Estado-requerido fosse permitido o exame sobre os fundamentos materiais do pedido, tais como a convergência de suporte probatório⁴⁰, a pertinência da ordem de prisão ou mesmo a correção da sentença condenatória⁴¹.

Caso não seja necessária a conversão do julgamento em diligência⁴², o processo é, então, julgado pelo STF, encerrando-se, assim, a etapa judicial. O indeferimento vincula o Governo, que fica impedido de concedê-la⁴³. O deferimento abre caminho, contudo, para a terceira e última etapa do procedimento, na qual goza o Poder Executivo de poder discricionário sobre a efetiva entrega do extraditando (art. 89 do E.Est.). De qualquer modo, a concessão da extradição é comunicada à Missão Diplomática do Estado-requerente pelo Ministério das Relações Exteriores que, no prazo de sessenta dias, deve providenciar a retirada do estrangeiro do território nacional (art. 86 do E.Est.), firmando, para tanto, os compromissos previstos pelo legislador⁴⁴. Caso o Estado-requerente assim não proceda, o extraditando é posto em liberdade, sem prejuízo de sofrer eventual processo de expulsão, se assim recomendar o motivo que ensejou a extradição (art. 87 do E.Est.).

medida. A respeito, observa Ada Pellegrini Grinover, *ob. cit.*, p. 47, que mesmo na terceira etapa de desenvolvimento dos processos de cooperação internacional (fase de uniformização internacional) prevalece essa visão bidimensional do processo de extradição, em que o indivíduo figura apenas como sujeito passivo, não se adentrando, por razões de soberania dos Estados, quaisquer questões que não relacionadas à reciprocidade, à dupla incriminação, à proibição de extraditar nacionais ou pessoas incriminadas por delitos políticos, à regra da especialidade, além de problemas relacionados à hierarquia das fontes. Embora essa seja a tendência prevalente em tema de extradição, observa-se que, nos últimos anos, a jurisprudência do STF, em certa medida, vem alterando tal orientação para que, também com relação ao extraditando, possam ser observados os direitos fundamentais assegurados na CF.

⁴⁰ Conforme, aliás, já decidido pelo STF, Ext. 917/FR-França: “A ação de extradição passiva não confere ao Supremo Tribunal Federal qualquer poder de indagação sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional se apóia. O sistema de contenciosidade limitada, que caracteriza o regime jurídico da extradição passiva no direito positivo brasileiro (...), não permite o exame do substrato probatório pertinente ao delito cuja persecução penal, no exterior, justificou o ajuizamento de demanda extradicional perante do Supremo Tribunal Federal.”

⁴¹ O art. 5º, LIV, assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente”.

⁴² Caso o julgamento seja convertido, o E.Est (art. 85, par. segundo) prevê um prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias para a decisão final. Esclarece Yussef Said Cahali, *ob. cit.*, p. 380, que embora a matéria tenha sido controvertida na jurisprudência em um primeiro momento, o STF acabou por firmar entendimento reconhecendo a legitimidade da conversão do julgamento em diligência, contando-se o prazo “até o momento em que o Estado requerente confia ao Governo brasileiro, naturalmente pelas vias diplomáticas usuais e por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, a documentação reclamada.

⁴³ Nesse sentido, dispõe ainda o art. 88 do E.Est. que, se negada a extradição pelo Poder Judiciário, não se admitirá novo pedido baseado no mesmo fato.

⁴⁴ Art. 91 do E.Est. São os seguintes os compromissos: (a) de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido; (b) de computar-se o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição; (c) de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir sua aplicação; (d) de não ser o extraditando entregue, sem o consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame e (e) de não se considerar qualquer motivo político para agravar a pena.

O procedimento da extradição extraordinária caracteriza-se pela urgência, razão pela qual pode ser deflagrado independentemente do encaminhamento da documentação exigida pelo E.Est. Nesse ponto, refletindo praxe internacional, a lei brasileira autoriza que se ordene a prisão preventiva do extraditando, bastando que o requerimento, em termos hábeis, seja transmitido por autoridade competente, agente diplomático ou consular do Estado-requerente, qualquer que seja o meio de comunicação. Na verdade, o procedimento inicia-se com a imediata prisão do extraditando⁴⁵, por simples pedido, usualmente realizado por nota verbal, mas que nem por isso prescinde de posterior formalização.

É de se ter presente que a dispensa de maiores formalidades, justificada pela excepcionalidade da situação, não impediu a previsão de medidas tendentes a evitar o arbítrio e a resguardar os parâmetros do devido processo. Daí a exigência de que o pedido venha fundamentado em sentença condenatória, auto de prisão em flagrante, mandado de prisão ou, ainda, em fuga do indiciado, devendo a nota conter o mínimo de esclarecimentos sobre o motivo que enseja a prisão (art. 82 do E.Est.)⁴⁶. Ademais, uma vez decretada não pode a prisão ter duração superior a noventa dias, o que equivale ao prazo que tem o Estado-requerente para formalizar o pedido (art. 80 do E.Est.), sob pena de liberação do extraditando. Adota-se, daí por diante, o mesmo procedimento aplicável aos casos de extradição ordinária.

2.2. Cartas rogatórias passivas

As cartas rogatórias figuram como o mecanismo mais usual de cooperação internacional. O seu suporte jurídico é dado por convenções e tratados internacionais, sendo o Brasil signatário da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, incorporada ao ordenamento jurídico interno pelo Decreto 1.899/96⁴⁷. Mas, a par disso, o Brasil firmou acordos bilaterais em tema de admissibilidade e execução de

⁴⁵ Que pode ser decretada exclusivamente pelo STF, conforme anteriormente explanado.

⁴⁶ Aliás, nesse sentido já decidiu o STF, em Prisão Preventiva para Ext. 342-1, do Peru, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, pelo indeferimento do pedido de prisão porquanto “não foram precisados elementos substanciais para viabilizar a análise do fato delituoso”, não tendo a nota verbal esclarecido coisa alguma sobre o processo criminal, não contendo referência ao ilícito penal cometido pelo extraditando, nem tampouco à ordem de prisão e à autoridade de quem partiu (STF – 2º T. – PPEExt 342-1 – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. 08.02.1999 – DJU 10.06.1999, p. 5).

⁴⁷ Texto disponível em www.mj.gov.br/drci/cooperacao/Acordos. Acesso em 20.06.06.

cartas rogatórias com a Argentina, Bolívia, Chile, Estados Unidos da América, França, Peru e Uruguai⁴⁸. Já a normatização interna, é multifacetada, havendo disposições tanto no plano constitucional quanto em nível infraconstitucional⁴⁹.

Desde que o crime, segundo a lei brasileira, não exclua a extradição, o cumprimento das cartas rogatórias independe, em regra, de homologação por autoridade judiciária brasileira (art. 784, *caput* do CPP)⁵⁰. O cumprimento, todavia, pode ser negado quando os pedidos forem reputados atentatórios à ordem pública ou aos bons costumes (art. 781 do CPP)⁵¹. As expressões, além de abertas, são de difícil delimitação conceitual. Strenger⁵², embora reconheça uma discricionariedade judicial na interpretação do termo ordem pública⁵³, admite a sua importância como anteparo à aplicação automática do direito estrangeiro atentatório aos princípios fundamentais do ordenamento nacional. Visa, pois, “impedir que sejam feridos os sentimentos de nacionalidade. Unanimemente essa exceção serve para que se recuse no território nacional a aplicação do direito estrangeiro cujas soluções aberrem em sentimentos, tradições, constantes de cada povo.”⁵⁴ No mesmo sentido, aliás, já era a opinião de Espínola Filho⁵⁵, para quem caberia ao juiz averiguar a compatibilidade da legislação estrangeira com os princípios fundamentais da “organização política, jurídica ou social.»

De qualquer modo, ambos os termos traduzem valores próprios do Estado e da sociedade brasileira da década de 1940, época da promulgação da legislação processual penal. O período caracterizou-se por uma centralização política, além de por um excessivo controle social por meio dos órgãos de repressão e de censura dos meios de comunicação. Daí o apego aos valores decorrentes de uma concepção tradicional de soberania com a afirmação dos interesses nacionais em face daqueles representados

⁴⁸ Conforme informação obtida no site do Ministério da Justiça, onde os textos de tais instrumentos bilaterais podem ser encontrados (www.mj.gov.br/drci/cooperacao/acordosinternacionais.htm).

⁴⁹ As principais referências legislativas em tema de cartas rogatórias são: CF, art. 105, I, i, e art. 109, X; Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, arts. 12, pars. 1º e 2º e arts. 13 a 17; CPC, arts. 200 a 203, 210 a 212, 231, par. 1º e 338 e CPP, arts. 780 a 790.

⁵⁰ “As cartas rogatórias emanadas de autoridades estrangeiras competentes não dependem de homologação e serão atendidas, se encaminhadas por via diplomática e desde que o crime, segundo a lei brasileira, não exclua a extradição.”

⁵¹ “As sentenças estrangeiras não serão homologadas, nem as cartas rogatórias cumpridas, se contrárias à ordem pública aos bons costumes.”

⁵² *Direito...*, op. cit., p. 102.

⁵³ Com efeito, assinala o autor: “... existe fator de discricionariedade entre os componentes da definição de ordem pública derivados da existência de uma série de dados de natureza sociológica e axiológica, que vão incidir tanto sobre o uso que se faça deste corretivo funcional, como sobre a própria concepção de sua forma no sistema.” (*Direito...*, op.cit., p. 107). Amílcar de Castro. *Direito internacional privado*, 4. ed., Rio de Janeiro, 1987, vincula a ordem pública à base social, política de um Estado, o que, de qualquer modo não enfraquece a fluidez do conceito.

⁵⁴ STRENGER, Irineu. *Direito...*, op. cit., p. 103.

⁵⁵ ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro*. V. 7, São Paulo: Freitas Bastos, 1945, p. 595.

pelos Estados estrangeiros e pela comunidade internacional. Todavia, o recrudescimento da criminalidade internacional e a necessidade de aprimoramento das formas de cooperação penal interestatal impõem uma nova exegese deste dispositivo, tornando-o mais consentâneo com os novos tempos. Dessa forma, as recusas devem ser excepcionais e verificadas somente quando o cumprimento puder causar grave dano à segurança pública ou importar em violação insuportável de costume social.

Não é esse, todavia, o entendimento consagrado pela jurisprudência do STF. Com efeito, invocando o risco à ordem pública e o resguardo da soberania, aquela Corte, em diversos julgados, não admitiu a via das cartas rogatórias para o cumprimento de medidas eminentemente executórias, tais como a quebra do sigilo bancário⁵⁶. No seu entender, o procedimento adequado seria o previsto para a homologação de sentenças estrangeiras e previsto em seu Regimento Interno (arts. 215 a 224). Antenor Madruga⁵⁷, todavia, aponta o equívoco do raciocínio. Partindo de um exame histórico da doutrina e da jurisprudência, esclarece ter sido o entendimento construído sob a perspectiva da homologação das sentenças cíveis, onde prevalecem os interesses privados, vale dizer, das partes processuais, e não à luz dos valores próprios da cooperação penal internacional e, portanto, dos interesses públicos do Estado⁵⁸. Ademais, medidas de tal natureza não são decorrentes de sentenças terminativas, mas de decisões de caráter cautelar ou liminar, de modo que a exigência de homologação é tecnicamente equivocada.

É certo que recente emenda à CF alterou a competência para o processamento das cartas rogatórias, cabendo ao STJ⁵⁹ ordenar a execução⁶⁰. Há, portanto, uma

⁵⁶ Exemplo é o da carta rogatória 10.484, em que a autoridade judiciária suíça solicitou informações bancárias e o seqüestro de bens de acusados pela prática de tráfico de mulheres.

⁵⁷ *O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação internacional*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, maio/jun, 2005, pp. 291-311.

⁵⁸ Nesse sentido, afirma o autor: "Entretanto, essa doutrina tratava do problema da eficácia das decisões jurisdicionais estrangeiras a partir somente da perspectiva da homologação de sentenças cíveis, de interesses das partes privadas, e não sob a ótica da cooperação internacional, de interesse do Estado estrangeiro, ou, mais amplamente, da eficácia da própria jurisdição nacional pela garantia da reciprocidade de tratamento. Portanto, o foco de análise desses eminentes doutrinadores era outro, voltado a verificar como as pessoas podem fazer valer decisões estrangeiras que lhes interessam, e não como uma jurisdição - limitada em seu espaço territorial, mas não em sua competência internacional - pode fazer com que ordens de seus juízes, essenciais para administração da justiça e da paz em sua sociedade, tenham eficácia sobre pessoas e coisas que se encontram sob o alcance físico de outra jurisdição." (O Brasil..., op. cit., pp. 301-302).

⁵⁹ Ao Superior Tribunal de Justiça compete o controle sobre a interpretação e aplicação da legislação federal, como aponta SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed., ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990; na p. 484, afirma: "O que dá característica própria ao STJ são suas atribuições de controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade de interpretação da lei federal, consubstanciando-se aí a jurisdição de tutela da incolumidade do Direito objetivo."

⁶⁰ Nos termos do art. 105, I, "i", da CF. Observe-se, a propósito, que até o ano de 2004 a competência para a conceder o *exequatur* em cartas rogatórias passivas era do STF. A modificação de competência foi operada com o advento da Emenda Constitucional 45, publicada no Diário Oficial da União em data de 31 de dezembro de 2004.

expectativa de que as anteriores posturas sejam revistas e modernizadas. De qualquer modo, são elas recebidas, normalmente, por via diplomática, ou seja, pelo Ministério das Relações Exteriores, que as transmite, então, ao STJ. Após a concessão do *exequatur*, são encaminhadas aos juízes federais, a quem cabe o processamento em primeira instância⁶¹. Com o cumprimento da medida, são restituídas ao STJ, que, por sua vez, as devolve ao Estado rogante. Embora este constitua o procedimento usual, as cartas rogatórias também podem ser encaminhadas ao Brasil diretamente pelas autoridades centrais de cooperação internacional dos países rogantes. Nessa hipótese, serão recebidas pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça (DRCI-MJ)⁶², que se torna, então, a autoridade nacional responsável pelo encaminhamento ao STJ.

Na prática, todavia, o processamento tem revelado problemas, ao menos por ocasião do exercício da competência do STF. É o que foi apurado em minuciosa pesquisa realizada por Maíra Rocha Machado⁶³. De acordo com os levantamentos efetuados pela autora, chegou-se ao prazo máximo de 1317 dias para que uma carta rogatória penal tramitasse até que a decisão final fosse proferida por aquela Corte. E o lapso temporal atingiu a incrível marca de 2345 dias contados entre o recebimento e a posterior devolução ao país rogante. É sem dúvida prazo por demais excessivo e absolutamente incompatível com a urgência e a eficiência que se espera dos mecanismos de cooperação internacional.

2.3. Homologação de sentença estrangeira

Ainda sob os auspícios de concepções tradicionais de soberania, a legislação brasileira exige, via de regra, homologação prévia da sentença estrangeira para que seus efeitos jurídicos possam ser produzidos em território nacional (art. 9 do CP)⁶⁴.

⁶¹ Consoante previsão contida no art. 109, X, da CF, e no art. 784, par. primeiro e seguintes, do CPP.

⁶² Criado por força do Decreto 4.991, de 18 de fevereiro de 2004. Texto disponível em www.mj.gov.br/snj/oscip/legislacao/decreto4991_04_6.pdf. Acesso em 20.06.06.

⁶³ *Cooperação penal internacional do Brasil: as cartas rogatórias*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 53, mar./abr., 2005, pp. 99-118.

⁶⁴ Art. 9o: "A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para: I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II – sujeitá-lo a medida de segurança. Par. único. A homologação depende: a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada; b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça."

O procedimento é obrigatório para a obtenção de reparação civil dos danos ou mesmo para sujeitar o condenado ao cumprimento de medida de segurança⁶⁵. Na primeira hipótese, faz-se necessária provocação prévia da parte interessada, não sendo admitida atuação de ofício do Poder Judiciário. Já para a aplicação de medida de segurança, goza de legitimidade ativa o Procurador-Geral da República⁶⁶ (art. 789, *caput* do CPP). A existência de tratado de extradição com o país da qual emanou a sentença ou, em sua falta, de requisição do Ministro da Justiça, figura como condição indispensável.⁶⁷

A legislação atual pouco evoluiu se comparada com as disposições da antiga parte geral de 1940⁶⁸. Na verdade, a impossibilidade de execução de sanção penal imposta no estrangeiro ainda reflete infundados receios decorrentes de um apego excessivo à soberania. Mas, como observa João Marcello de Araújo Junior⁶⁹, “a admissão da execução de sentença penal estrangeira não importa em violação do poder de império nacional, pois, ao contrário o reafirma. Quando um Estado decide executar em seu território uma decisão de tribunal estrangeiro, prolatada contra um seu nacional, está, isto sim, exercendo um ato positivo de soberania. (...) Além disso, a execução no Brasil de julgado condenatório estrangeiro é um imperativo de humanização das penas e de garantia dos direitos humanos do condenado. O cumprimento de pena no estrangeiro, fora do ambiente natural e familiar do condenado, além de não contribuir para seu adequado reajustamento social, provoca um sofrimento extraordinário, além de importar em despesa inútil para o Estado.”

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, a competência para a homologação passou ao STJ (art. 105, I, i da CF), cabendo ao Ministro Presidente⁷⁰ a decisão

⁶⁵ Para o sistema jurídico brasileiro, a medida de segurança é espécie de sanção penal de caráter preventivo aplicável ao autor, inimputável ou semi-imputável, de infração penal e que revele periculosidade e propensão para a prática de novos ilícitos. Diferentemente do que ocorre com os imputáveis, onde prevalece um juízo de reprovabilidade, a medida de segurança pauta-se por um juízo de periculosidade.

⁶⁶ O Procurador Geral da República é o chefe do Ministério Público da União, que, ao lado do Ministério Público Estadual, é a instituição encarregada de proteger a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código...*, op. cit., p. 104, lembra ter a Lei de Lavagem de Capitais (9.613/98) previsto a possibilidade de apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores de crimes praticados no estrangeiro (art. 80). Entretanto, a perda definitiva somente seria possível após a homologação da sentença condenatória pelo STJ.

⁶⁸ Prevista pelo antigo art. 7o. Para um exame dos Códigos Penais Brasileiros, ver: PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Javoli, 1980.

⁶⁹ *Cooperação internacional na luta contra o crime. Transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo conceito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, n. 10, abr./jun., 1995, p. 111.

⁷⁰ Na verdade, quando da competência do STF, cabia ao Ministro Presidente, segundo o Regimento Interno (art. 215) a decisão sobre a homologação da sentença estrangeira. Aguarda-se que o mesmo procedimento seja adotado pelo STJ. Ver, para tanto: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5. ed., ver, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1081.

mediante o exame do cumprimento de certos requisitos. Dessa forma, além da proibição ditada pela ordem pública e pelos bons costumes (art. 781 do CPP), o legislador impôs outros (art. 788 do CPP), reputados necessários para a aferição da obediência, pelo país de origem, dos ditames do devido processo. Daí a exigência de que a sentença estrangeira esteja revestida das formalidades externas, bem como tenha sido proferida por autoridade competente, segundo a legislação do país de origem (art. 788, I e II do CPP). Deve, ainda, ter passado em julgado (art. 788, III do CPP), estar devidamente autenticada por cônsul brasileiro (art. 788, IV do CPP) e acompanhada de tradução pública (art. 788, V do CPP).

A defesa, na forma de embargos (art. 789, par. segundo do CPP), é admissível, sendo limitado, todavia, o campo de discussão. Dessa forma, ao embargante cabe tão somente suscitar dúvidas sobre a autenticidade do documento ou sobre a compreensão dos termos da sentença ou alegar o descumprimento de algum dos requisitos legais para a sua homologação (art. 789, par. quarto do CPP). Somente no caso de oferecimento de defesa é que serão sorteados um relator e um revisor (art. 789, par. quinto do CPP). Uma vez homologada, a carta de sentença é encaminhada ao Presidente do TRF⁷¹ competente, que, por sua vez, a remeterá ao juiz federal do lugar da residência daquele a quem foi imposta a medida de segurança (art. 789, par. sexto e sétimo do CPP).

Ainda que restritas as hipóteses de exequatidade da sentença penal estrangeira, certos efeitos jurídicos podem ser aqui por ela produzidos, independentemente de prévia homologação. Basta, para tanto, a prova documental de sua existência. Dessa forma, serve ela para comprovação da reincidência (art. 63 do CP)⁷² sendo ainda pressuposto da extraterritorialidade condicionada (art. 7º, par. segundo, “e” do CP).

2.4. Pedidos de Assistência Jurídica

Os pedidos de assistência jurídica (também denominados pedidos de auxílio jurídico) representam mecanismo simplificado de cooperação internacional e regem-se por tratados bilaterais ou acordos multilaterais⁷³. Toda a cooperação internacional,

⁷¹ Os Tribunais Regionais Federais são órgãos superiores colegiados da Justiça Federal. Sua competência é definida pelo art. 108 da CF.

⁷² “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado.”

⁷³ Para um exame sobre os aspectos da cooperação interacional relativamente aos delitos econômicos, ver: PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. *Cooperação penal internacional nos delitos econômicos*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, 54, maio/jun., 2005, pp. 153-168.

nesse sistema, desenvolve-se por meio de “autoridades centrais”, tanto no país solicitante quanto no país cujo auxílio se solicita, dispensando-se, com isso, as formalidades diplomáticas para a realização destas atividades. No Brasil, o DRCI–MJ⁷⁴ é o órgão responsável pelo recebimento e pelo encaminhamento dos pedidos.

Os acordos de cooperação internacional em matéria penal vigentes no Brasil – isto é, devidamente incorporados a nosso ordenamento jurídico – e que prevêem pedidos de assistência jurídica, foram firmados com: Colômbia, Estados Unidos da América, França, Itália, Peru, Portugal e os países do Mercosul⁷⁵. Em linhas gerais, estabelecem a execução de diligências de instrução em investigação criminal ou mesmo no curso de ação penal, tais como: a obtenção de meios de prova; exames de pessoas, lugares ou coisas; revistas; buscas e apreensões de bens; notificação de suspeitos, indiciados ou acusados, testemunhas ou peritos⁷⁶; comunicação de atos judiciais; interrogatório de indiciados ou acusados; coleta de provas; transferência de presos para fins de prova⁷⁷; fornecimento de documentos, registros e bens; localização ou identificação de pessoas ou bens; transferência de pessoas sob custódia; assistência em procedimentos relacionados à imobilização e confisco de bens; restituições⁷⁸; recepção e produção ou prática de provas; notificação de atos processuais; medidas cautelares sobre bens; traslado de pessoas detidas para efeito de comparecimento como testemunha no território; entrega de documentos e de outros objetos de prova; embargo e seqüestro de bens para efeito de pagamento de indenização e multas impostas por sentença penal⁷⁹; execução de mandados de busca de pessoas, confiscos,

⁷⁴ Vide nota 62 supra.

⁷⁵ De acordo com informação obtida no site do Ministério da Justiça, onde são encontrados em seu inteiro teor os textos de tais acordos de cooperação (www.mj.gov.br/drci/cooperacao/pedidoassistencia.htm).

⁷⁶ Conforme Acordo de Auxílio Mútuo em Matéria Penal, firmado entre Brasil e Portugal em 07.05.1991 e promulgado pelo Decreto 1.320, de 30.11.1994. As medidas abrangem, tão-só, as diligências preparatórias da ação penal, excluindo de modo expresso a cooperação a atos processuais no curso do processo. O acordo exige, ainda, dupla incriminação para viabilizar o auxílio (art. 2º).

⁷⁷ Conforme Tratado de Cooperação Judiciária em Matéria Penal, firmado entre Brasil e Itália em 17.10.1989 e promulgado pelo Decreto 862, de 09.07.1993. O tratado exclui a execução de medidas restritivas de liberdade e a execução de condenações. É certo, ainda, que Brasil e Itália firmaram um Acordo de Cooperação na luta contra o crime organizado e tráfico de entorpecentes, em 12.02.1997 e promulgado pelo Decreto 2.649, de 1º de julho de 1998, que autoriza as partes a “promover procedimentos investigatórios junto aos órgãos competentes no caso de atividades relativas ao tráfico ilícito de entorpecentes» (art. II, a).

⁷⁸ Conforme Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal, firmado entre Brasil e Estados Unidos da América em 14.10.1997 e promulgado pelo Decreto 3.810, de 2 de maio de 2001. O âmbito da assistência abrange a investigação, o inquérito e a ação penal, mesmo que o fato sujeito a investigação não seja punível na legislação de ambos os países.

⁷⁹ Conforme Acordo de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal, firmado entre Brasil e Colômbia em 07.11.1997 e promulgado pelo Decreto 3.895, de 23.08.2001. O Acordo exclui a sua aplicação nas hipóteses de: a) detenção de pessoas com o fim de que sejam extraditadas nos pedidos de extradição; b) traslado de pessoas condenadas com o objetivo de que cumpram sentença penal; c) assistência a particulares ou a terceiros Estados (art. I, nº 4).

indisponibilidade de bens, seqüestros com fim de prova e interceptação telefônica por ordem devidamente motivada⁸⁰.

Na ausência de acordo internacional, o cumprimento dos pedidos de assistência jurídica em matéria penal depende do oferecimento, pelo país solicitante, de garantia de reciprocidade, sem a qual a única forma de realização da cooperação será a via da carta rogatória.

3 • Cooperação com o Tribunal Penal Internacional

Na esteira do disposto no ER⁸¹, o Anteprojeto estabeleceu (art. 98) que a cooperação do Brasil com o TPI envolverá:

- I. prisão e entrega de pessoas;
- II. prisão preventiva e outras formas de limitação de liberdade;
- III. outras formas de cooperação, tais como:
 - a) identificação e localização de pessoas ou coisas;
 - b) tomada de depoimentos e realização de perícias, exames e inspeções;
 - c) interrogatórios;
 - d) requisição de documentos;
 - e) facilitação do comparecimento voluntário perante o TPI de pessoas que deponham na qualidade de testemunha ou de perito;
 - f) transferência provisória de pessoas detidas;
 - g) busca e apreensão;
 - h) proteção de vítimas e testemunhas, bem como preservação de provas;
 - i) transmissão de documentos;

⁸⁰ Conforme Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal, firmado entre Brasil e Peru em 21.06.1999 e promulgado pelo Decreto 3.988, de 29.10.2001. O Acordo prevê a cooperação para a investigação, processos e procedimentos penais, mesmo que o fato que der motivo na parte requerente não constitua delito na parte requerida (art. 2º, nº 1). Porém, se a medida implicar restrição à inviolabilidade da casa, das comunicações telefônicas, confisco de bens ou representar algum tipo de coerção, o fato deverá ser crime nos dois países.

⁸¹ Ver arts. 86 e seguintes, em especial art. 93.

- j) identificação, rastreamento e apreensão dos instrumentos e do produto do crime e o seqüestro ou arresto dos bens adquiridos com o produto do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé;
- k) qualquer outro tipo de assistência lícita e destinada a facilitar a investigação e persecução de crimes sob a jurisdição do TPI; e
- l) execução de penas aplicadas pelo TPI.

Pelo que se infere dos estudos desenvolvidos pelo segundo grupo de trabalho, a única alteração neste rol seria a inclusão de uma nova alínea que incluísse a possibilidade de “qualquer outra forma de auxílio não proibida pela legislação, destinada a facilitar o inquérito e o julgamento dos crimes” definidos pela lei de implementação⁸².

Este informe tratará, inicialmente, dos órgãos que interagem nos pedidos de cooperação com o TPI. Em seguida, analisará os incisos I (prisão e entrega de pessoas) e II (prisão preventiva e outras formas de limitação de liberdade) do art. 98 do Anteprojeto. Abordará as outras formas de cooperação previstas no inciso III do aludido artigo, tratando, em separado, da execução das penas aplicadas pelo Tribunal.

3.1. Órgãos competentes

De acordo com o Anteprojeto (art. 99, *caput*), os pedidos de cooperação formulados pelo TPI serão recebidos pela via diplomática e encaminhados, pelo Ministério das Relações Exteriores, ao Ministério da Justiça, tido como o órgão responsável pelo desenvolvimento da atividade cooperatória no Brasil. Nesse contexto, incumbelhe o encaminhamento dos pedidos à autoridade competente para execução, o que deverá ser feito no prazo máximo de cinco dias.

Segundo dispõe ainda o Anteprojeto (art. 99, par. primeiro), os pedidos de entrega, prisão preventiva ou prisão para entrega de pessoas ao TPI, bem como outras medidas que dependam de providências judiciais, serão encaminhadas ao Presidente do STF. Tendo em vista, todavia, a natureza da medida pleiteada de cooperação, o STF poderá delegar competência para execução à autoridade judiciária federal comum ou militar (art. 116). Já, se o ato de cooperação depender unicamente de

⁸² Art. 93, III, “l”. A previsão repete o disposto no art. 93 do ER. Não se pode ignorar, porém, que a previsão do art. 98, III, “k”, do Anteprojeto é exatamente a mesma, uma vez que se refere a qualquer outro tipo de assistência lícita (portanto, não proibida na legislação), destinada a facilitar a investigação e persecução dos crimes sob a jurisdição do TPI.

providência administrativa compreendida nas atribuições de órgão da administração pública federal, caberá ao próprio Ministério da Justiça determinar as medidas cabíveis (art. 99, par. segundo). Finalmente, cuidando-se de investigação a ser promovida pelo Procurador do TPI, o pedido deverá ser encaminhado, pelo Ministério da Justiça, ao Procurador Geral da República (art. 99, par. terceiro).

Os estudos até agora realizados pelo segundo grupo de trabalho apontam para previsão diferente na hipótese de pedido de entrega. Com efeito, seu processamento ficaria inteiramente a cargo do STF, sem qualquer delegação de competência⁸³. Ademais, no caso de investigação a cargo do Procurador do TPI, o encaminhamento do pedido se daria diretamente ao Procurador Geral da República, que ficaria incumbido de prestar as informações sobre as medidas determinadas aos demais órgãos interessados na execução da atividade cooperatória - Ministério da Justiça, Ministério das Relações Exteriores e a AGU ⁸⁴ -, no prazo de cinco dias (art. 95 e par. único).

3.2. Prisão e entrega

A expedição do mandado de prisão é ato de competência exclusiva do STF. Sua execução fica, porém, condicionada à constatação do atendimento dos requisitos previstos no art. 91 do ER e de seu Regulamento Processual (art. 103). Mas além disso, e atento aos direitos e garantias do preso, o Anteprojeto previu a realização de audiência, por autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 horas contadas da efetivação da custódia (art. 104, *caput*). Não há referências mais precisas sobre a competência para a presidência de tal ato. Tomando-se por base, todavia, o disposto no art. 116 ⁸⁵ do próprio Anteprojeto, o procedimento vigente para os casos de extradição e, finalmente, a competência jurisdicional para os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra, é possível concluir que a autoridade judiciária a que fez referência o texto é o juiz comum federal ou militar da União ⁸⁶, por delegação de competência.

⁸³ Ver, por exemplo, o art. 103 e par. único, do texto até agora produzido pelo segundo grupo.

⁸⁴ A Advocacia Geral da União foi instituída pela CF de 1988 com a incumbência de representar a União judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, ainda, as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo.

⁸⁵ Com efeito, o artigo faz alusão expressa aos juízes federais e militares, na hipótese de delegação de competência do STF: Art. 116. "Se o pedido de notificação para comparecimento do acusado estiver acompanhado de qualquer outra medida limitativa de liberdade distinta da prisão, será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, que poderá delegar seu cumprimento à autoridade judiciária federal comum ou militar."

⁸⁶ No Brasil, a estrutura judiciária é definida pela Constituição da República. Há duas grandes Justičas: a da União e a dos Estados. Na primeira, encontra-se a Justiça Federal Comum, do Trabalho, Eleitoral e a Militar.

De qualquer modo, na audiência, incumbirá ao juiz: a) informar o preso dos motivos de sua prisão, fornecendo-lhe cópia do pedido de entrega; b) facultar-lhe a indicação de defensor de sua confiança, ou, se não o tiver, nomear-lhe defensor dativo; c) indagar-lhe sobre eventual concordância com a entrega e, por fim, d) designar nova audiência a ser realizada no prazo de 10 dias para que tanto o preso quanto o seu defensor possam se manifestar sobre o pedido. Havendo concordância com a entrega, manifestada pelo preso e seu defensor, a autoridade judicial prontamente ordenará a entrega, colocando o preso à disposição do TPI (art. 105). Se, contudo, o pedido for contestado, sob alegação de coisa julgada, o TPI deverá ser imediatamente consultado sobre a existência de decisão relativa à admissibilidade da causa (art. 106, *caput*)⁸⁷. Ausente esta, o pedido poderá ser suspenso até decisão sobre a questão. Caso a ação já tenha sido admitida pelo TPI, o pedido retomará seu processamento normal (art. 106, par. primeiro)⁸⁸.

O Anteprojeto disciplinou também o processamento do pedido de liberdade provisória. Havendo requerimento nesse sentido, a autoridade judiciária deverá buscar, junto ao TPI, as recomendações necessárias (art. 107) que deverão ser levadas em consideração quando da decisão. Não há, portanto, uma vinculação absoluta, o que demonstra o resguardo da independência da autoridade judiciária nacional (art. 108)⁸⁹. Dessa forma, presentes as circunstâncias autorizadoras do benefício, dentre as quais a existência de suficientes garantias para a efetivação da entrega, a liberdade provisória deverá ser concedida. Para tanto, caberá à autoridade judiciária fixar as medidas que reputar necessárias tendentes a impedir a fuga do acusado (art. 109 e par. único)⁹⁰. Não foram elas especificadas pelo Anteprojeto, o que abre espaço para uma liberdade judicial, respeitando-se, obviamente, os parâmetros da dignidade humana. Não há previsão de controle judicial da decisão. Não se descarta, entretanto, a possibilidade de impetração de *habeas corpus*, medida judicial prevista pela CF no âmbito dos

⁸⁷ Art. 106, *caput*: “Se o preso contestar o pedido de entrega alegando a ocorrência de coisa julgada, a autoridade judiciária imediatamente consultará o Tribunal Penal Internacional, para que esse informe se houve decisão sobre a admissibilidade da causa.”

⁸⁸ Art. 106, par. primeiro: “Se a causa foi admitida, a autoridade judiciária dará seguimento ao pedido de prisão e entrega. Se estiver pendente de decisão sobre a admissibilidade, a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão do pedido de entrega, até a manifestação do Tribunal Penal Internacional.”

⁸⁹ Art. 108: “Ao apreciar o requerimento de liberdade provisória, a autoridade judiciária terá que considerar as recomendações do Tribunal Penal Internacional.”

⁹⁰ Art. 109: “A liberdade provisória será concedida, se presentes circunstâncias que a justifiquem, e houver garantias suficientes para a efetivação da entrega. Par. único: A autoridade judiciária, ao conceder a liberdade provisória, fixará as medidas adequadas para impedir a fuga e assegurar a efetivação da entrega.”

direitos e garantias fundamentais⁹¹, para a correção de todo e qualquer constrangimento à liberdade de locomoção. A ausência de pedido de liberdade provisória ou o seu indeferimento implicará na determinação de entrega, ficando o preso à disposição do TPI (art. 110).

É importante notar a preocupação do Anteprojeto com o prolongamento excessivo da prisão do acusado. Alinhou-se, nesse sentido, aos ditames consagrados pelos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, nos quais a duração razoável do processo constitui importante garantia judicial para o resguardo da dignidade, em especial daquele sobre o qual não há um juízo definitivo de culpabilidade. Dessa forma, o prazo máximo da custódia é de 60 (sessenta) dias, findos os quais o preso será colocado em liberdade. A rigor, não deveria ser esta submetida a condições, mesmo porque o seu fundamento repousa na ilegalidade da prisão que extrapolou os parâmetros reputados razoáveis. Não é, todavia, a solução adotada pelo Anteprojeto, que vincula esta liberdade à adoção de medidas adequadas para impedir a fuga e assegurar a efetivação da entrega (art. 106, par. segundo).

Nesse sentido, os estudos do segundo grupo de trabalho caminham para a fixação de um prazo mais elástico de duração da prisão, que poderá atingir 120 (cento e vinte) dias. Ademais, as audiências previstas no Anteprojeto seriam substituídas por manifestação escrita a cargo de defensor constituído, ou do defensor público - caso o réu seja beneficiário da assistência judiciária -, ou do defensor dativo. A defesa, porém, estará limitada ao questionamento sobre a identidade da pessoa requisitada, aos vícios de forma dos documentos apresentados e à ocorrência de coisa julgada⁹².

Ainda de acordo com o proposto pelo segundo grupo de trabalho, sendo suscitada ofensa à coisa julgada, o STF suspenderá o procedimento e determinará que o Ministério da Justiça consulte o TPI sobre a existência ou pendência de decisão de admissão do caso, nos termos, aliás, já preceituados pelo art. 89 (2) do ER. Se o caso tiver sido admitido, o STF dará prosseguimento ao pedido. Entretanto, estando pendente de decisão, o pedido deverá ser restituído ao Ministério da Justiça, que poderá rerepresentá-lo após deliberação do TPI. No mais, não há qualquer proposta de regulamentação do processamento de eventual pedido de liberdade provisória, o que gera incerteza quanto à possibilidade, ou não, de sua apresentação, com o conseqüente enfrentamento pela Justiça nacional.

⁹¹ Art. 5º, LVIII: "Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

⁹² Art. 100, 102 e 103.

3.3. Prisão preventiva e outras formas de limitação de liberdade

De acordo com o Anteprojeto (art. 111), caberá ao STF a expedição de mandado de prisão preventiva, desde que o pedido atenda os requisitos do art. 92 do ER e de seu Regulamento Processual. É imprescindível, contudo, que o STF receba o pedido de entrega e os respectivos documentos no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da prisão, sob pena de soltura do preso (art. 112)⁹³. A regra tem o objetivo claro de impedir que a prisão seja mantida por um tempo indefinido, ficando, pois, adstrita a parâmetros da razoabilidade. De qualquer modo, a soltura não impedirá nova prisão, desde que o pedido de entrega e os documentos que o instruem sejam recebidos em data posterior (art. 114).

Antes mesmo de decorrido o prazo para o recebimento do pedido, o preso poderá consentir na sua entrega, “sempre que o permitir o direito brasileiro”. Não foram indicadas ou mesmo referidas as hipóteses legais. De qualquer modo, nesse caso deverá o Brasil proceder à entrega do preso ao TPI o mais rapidamente possível (art. 113, *caput*). A providência não impedirá, porém, que o Estado brasileiro requeira ao Tribunal o cumprimento de sua obrigação de remeter-lhe os documentos indicados no art. 91 do ER (art. 113, par. único)⁹⁴.

Sobre o tema de prisão preventiva, o segundo Grupo de Trabalho parece caminhar praticamente no mesmo sentido do Anteprojeto, ressaltando-se pequenas alterações, que procuram aclarar alguns pontos. A expedição do mandado, por exemplo, poderá ocorrer antes mesmo da apresentação do pedido de entrega, bastando que haja requisição por parte do TPI e sejam atendidos os requisitos do art. 92 do Estatuto de Roma⁹⁵. Mantém o prazo máximo de 60 (sessenta) dias para o encaminhamento do pedido de entrega, sob pena de relaxamento da prisão preventiva. O emprego do termo “relaxamento”, note-se, revela um posicionamento claro em favor do reconhecimento da ilegalidade da continuidade da custódia. Todavia, tal como previsto pelo Anteprojeto, a soltura não impediria a expedição de novo mandado de prisão.

⁹³ Art. 112: “O preso poderá ser colocado em liberdade se o Supremo Tribunal Federal não tiver recebido o pedido de entrega e os documentos que o instruem no prazo de sessenta dias, a contar da data da prisão.”

⁹⁴ Art. 113, par. único: “Entregue o preso, o Estado brasileiro poderá requerer ao Tribunal que cumpra a sua obrigação de remeter-lhe os documentos indicados no art. 91 do Estatuto de Roma, de acordo com o seu Regulamento Processual.”

⁹⁵ Art. 106.

3.4. Pedidos concorrentes

Na hipótese de pedidos concorrentes – entrega de pessoa ao TPI e extradição para outro Estado –, a autoridade deverá comunicar o fato a ambos os requerentes. De qualquer modo, o Anteprojeto prevê a suspensão do procedimento de extradição até decisão sobre o requerimento de entrega (art. 118, par. único). Nesse ponto, a orientação estabelecida pelo ER (art. 90), de prevalência da entrega sobre a extradição, foi mantida expressamente pelo Anteprojeto. Tratando-se, contudo, de concorrência entre outros pedidos, que não sejam de entrega ou de extradição, caberá à autoridade competente consultar o TPI e o Estado requerente a fim de procurar resolvê-los (art. 120)⁹⁶.

3.5. Outras formas de cooperação

Como já explanado⁹⁷, o Anteprojeto relacionou inúmeras outras formas de cooperação, além da prisão e entrega de pessoas, da prisão preventiva e outras formas de limitação de liberdade, e que, na verdade, estão em consonância com aquelas previstas no art. 93, I, letras “a” a “k”, do ER⁹⁸. Mas, para além disso, abriu caminho, ainda que de maneira genérica, para a concretização de outras formas de assistência, desde que lícitas e vinculadas à investigação e persecução dos crimes sob a jurisdição” do TPI (art.98, III, “k”).

De acordo com o Anteprojeto (art. 117, *caput*), recebido o pedido de cooperação, o STF determinará sua autuação e, na forma da lei, ordenará, diretamente ou por delegação, a realização das seguintes diligências: a) identificação e localização de pessoas ou coisas; b) tomada de depoimentos e realização de perícias, exames e inspeções; c) interrogatórios; d) requisição de documentos; e) facilitação do comparecimento voluntário, perante o TPI, de pessoas que deponham na qualidade de testemunha ou de perito; f) transferência provisória de pessoas detidas; g) busca e apreensão; h) proteção de vítimas e testemunhas, bem como preservação de provas; i) transmissão de documentos; j) identificação, rastreamento e apreensão dos instrumentos e do produto do crime, e o seqüestro ou arresto dos bens adquiridos com o

⁹⁶ Art. 120: “Havendo concorrência de outros pedidos, que não sejam de entrega ou de extradição, a autoridade competente estabelecerá consultas com o Tribunal Penal Internacional e o Estado requerente com vistas ao atendimento destes.”

⁹⁷ Item 3, *supra*.

⁹⁸ Art. 98.

produto do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé; e k) qualquer outro tipo de assistência lícita e destinada a facilitar a investigação e persecução de crimes sob a jurisdição do TPI, explicitando que a transferência provisória de pessoas detidas dependerá do consentimento do detido e será executada pelas autoridades nacionais em coordenação com o Secretário do TPI (art. 117, par. único).

Cuidando-se de pedido de notificação para comparecimento perante o TPI, cumulado com qualquer outra medida limitativa de liberdade distinta da prisão, poderá o STF delegar o cumprimento à autoridade judiciária federal comum ou militar (art. 116). Tratando-se, contudo, de pedido de notificação para comparecimento voluntário do acusado, será este processado perante a autoridade administrativa (no caso o Ministério da Justiça), que procederá, então, às diligências necessárias para notificá-lo. Cumprida a diligência ou certificada a impossibilidade de sua realização, o pedido será devolvido ao Tribunal pela via diplomática (art. 115, *caput* e par. único)⁹⁹.

O processamento dos pedidos de cooperação formulados diretamente pelo Procurador do TPI também foi alvo de regulamentação. Tratando-se, pois, de requerimento formulado com fundamento nos arts. 93 a 96 do ER, o STF poderá autorizar o cumprimento da medida diretamente pelo Procurador, desde que presentes, ao menos, indícios de cometimento do crime em território nacional. Para tanto, a causa já deverá ter sido admitida pelo TPI, devendo o Procurador observar, ainda, as condições constitucionais e legais vigentes, o que implica dizer a respeitabilidade dos direitos e garantias fundamentais. (art. 122, *caput*)¹⁰⁰. Caso haja delegação de competência, o STF, deverá indicar a autoridade judiciária perante a qual o Procurador do TPI irá formular o pedido de cooperação (art. 122, par. terceiro). Já nas demais hipóteses, o Procurador poderá executar diretamente a diligência, após estabelecer as necessárias consultas com o Ministro da Justiça, ficando subordinado às condições que lhe forem impostas (art. 122, par. primeiro)¹⁰¹.

⁹⁹ Art. 115: "Recebido o pedido de notificação para comparecimento voluntário do acusado perante o Tribunal Penal Internacional, a autoridade administrativa procederá diligências para notificá-lo. Par. único. Após cumprida a diligência ou certificada a impossibilidade de seu cumprimento, a autoridade devolverá o pedido ao Tribunal pela via diplomática."

¹⁰⁰ Art. 122, *caput*: "O Procurador do Tribunal Penal Internacional poderá ser autorizado pelo Supremo Tribunal Federal a dar cumprimento direto no território nacional, de acordo com as condições constitucionais e legais vigentes, aos pedidos de cooperação apresentados com fundamento nos artigos 93 a 96 do Estatuto de Roma, quando houver indício de que o crime foi cometido no território nacional, e o Tribunal Penal Internacional houver decidido que a causa é admissível."

¹⁰¹ Art. 122, par. primeiro: "Em outros casos de cooperação, o Procurador poderá executar o pedido diretamente após consultas com a autoridade central brasileira, sujeitando-se às condições que lhe forem impostas."

O Anteprojeto não pretendeu impedir ou mesmo dificultar a investigação direta do Procurador do TPI. Afirmou, contudo, a supremacia dos direitos fundamentais e dos parâmetros de respeitabilidade da dignidade humana insertos na CF, os quais deverão ser observados, também, pela autoridade internacional. Não se olvidou, igualmente, da sempre delicada questão relativa ao resguardo da segurança nacional. Daí as restrições à divulgação de informações confidenciais de alto interesse do Estado nacional. (art. 123). De qualquer modo, caso o pedido suscite dúvidas ou mesmo preocupações em seu cumprimento, o TPI deverá ser consultado para que a questão seja, então, dirimida (art.122, par. segundo).

O segundo grupo de trabalho ainda não se posicionou totalmente sobre as outras formas de cooperação, encontrando-se o tema pendente de análise. Mas, quanto às diligências a serem cumpridas diretamente pelo Procurador do TPI, os estudos até agora realizados apontam para a concessão de poderes mais amplos do que aqueles previstos no Anteprojeto. Dessa forma, cuidando-se de pedido fundado nos arts. 53 (3) (d), 93 e 96 do ER, o Procurador poderia executar as medidas diretamente no território nacional, bastando, para tanto, uma comunicação prévia à autoridade central brasileira – Ministério da Justiça.(art. 116, par. primeiro). As consultas ao TPI foram mantidas e fundadas no resguardo da ordem pública e da segurança das pessoas envolvidas, sendo centralizadas pelo Ministério da Justiça. (art. 116, par.segundo).

3.6. Consultas ao Tribunal Penal Internacional

Várias são as situações previstas pelo Anteprojeto que justificariam a apresentação de consultas ao TPI, a saber:

a) O ato que se pretende executar é proibido por força de princípio fundamental de direito. (art. 101, *caput*)¹⁰². Nesse ponto, o Anteprojeto repete a orientação do ER, ao dispor que a cooperação não poderá ser negada sob o fundamento único de inexistência de procedimentos internos que regulamentem a execução da medida solicitada. (art. 101, par. único).

¹⁰² Art. 101, *caput*: “Se a execução do ato de cooperação for proibida por violar princípio fundamental de direito, a autoridade competente celebrará consultas com o Tribunal Penal Internacional a fim de resolver a questão.”

b) A cooperação pretendida consiste na apresentação de documentos, informações ou divulgação de provas que ponham em risco a segurança nacional. (art. 102). Nesta hipótese, poderão ser estabelecidas condições para o cumprimento da medida após o TPI ser consultado a respeito. Caso o seu cumprimento seja absolutamente impossível, a autoridade competente deverá comunicar imediatamente o Tribunal, expondo os motivos da recusa.

c) Contestação ofertada pelo preso no pedido de entrega (art. 106, *caput*). Neste caso, a consulta visa averiguar a existência de decisão sobre a admissibilidade da causa.

d) Concorrência de outros pedidos, que não sejam de entrega ou de extradição. (art. 120)¹⁰³.

e) Dificuldades na execução do pedido. (art. 121). Na verdade, são várias as hipóteses contempladas pelo Anteprojeto, quais sejam: 1) informação insuficiente para a execução da medida; 2) impossibilidade de localização da pessoa procurada, no pedido de entrega; 3) prova de que a pessoa que se encontra sob custódia não é a indicada no pedido; 4) aparente conflito entre o pedido e a obrigação assumida pelo Brasil, mediante tratado internacional, celebrado com outro Estado; 5) preocupações razoáveis por parte do Ministério da Justiça quanto ao cumprimento direto de atos pelo Procurador do TPI¹⁰⁴.

Quanto ao tema, o segundo grupo de trabalho não apresentou, por enquanto, outras hipóteses de consultas ao TPI além daquelas previstas no Anteprojeto.

3.7. Execução das penas impostas pelo Tribunal Penal Internacional

De acordo com o Anteprojeto (art. 125), compete ao STF: a) receber e encaminhar o condenado para cumprimento da pena, designando o estabelecimento prisional; b) determinar a autuação dos documentos referentes à condenação e à inclusão do nome do condenado no rol dos culpados e c) proceder à execução de pena de multa e de perda de bens. Em realidade, apenas a execução da pena privativa de liberdade foi objeto de regulamentação mais específica. (arts. 126 e 127). Quanto às

¹⁰³ Ver a respeito item 3.4, acima.

¹⁰⁴ Ver item 3.6, *supra*.

execuções da multa e da perda de bens, o Anteprojeto optou por circunscrevê-las ao disposto na legislação nacional, colocando-se imediatamente à disposição do TPI os valores arrecadados. (art.129, *caput* e par. único). Nada foi disposto sobre a reparação a favor das vítimas, sobre indenização por erro judiciário e sobre o traslado do condenado após o cumprimento da pena.

De qualquer modo, a execução da pena privativa em território nacional fica dependente de celebração de acordo com o Brasil sendo, em caso positivo, cumprida em estabelecimento prisional federal. (art. 126). Nesse ponto, foi consagrada a supremacia da jurisdição internacional, vedando-se qualquer modificação da pena imposta pelo TPI que, inclusive, teria competência exclusiva para o julgamento dos pedidos de revisão, de unificação de penas, de progressão de regimes, do livramento condicional, da transferência para a prisão de outro país, de outros incidentes de execução e respectivos recursos. (art. 127). O Anteprojeto prevê, todavia, sejam os pedidos aqui formulados, incumbindo à autoridade competente o seu encaminhamento ao STF. Após regular instrução serão, então, remetidos ao TPI. Nesse ponto, é de se destacar o resguardo da garantia de comunicação confidencial entre o condenado e o Tribunal (art. 128).

No caso de condenação proferida no território nacional, o cumprimento da pena privativa de liberdade se dará integralmente em regime fechado. O livramento condicional é permitido desde que o condenado: a) tenha cumprido mais de dois terços do total das penas impostas; b) tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; e c) tenha comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, apresentando, ainda, condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir. (art. 6º).

Nesse tema, não há grandes alterações propostas pelo segundo grupo de trabalho, a não ser a garantia de comunicação livre e confidencial do condenado, que foi estendida, também, para com o seu advogado. Além disso, há proposta de encaminhamento dos requerimentos do condenado ao TPI, via Ministério da Justiça¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Cf. art. 120 do texto até agora produzido pelo segundo Grupo de Trabalho.

4. Proteção penal da Administração da Justiça da Corte

4.1. Proteção penal da Administração da Justiça no direito brasileiro

O Título XI do CP – Dos Crimes contra a Administração Pública – subdivide-se em cinco capítulos: Capítulo I – Dos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em geral¹⁰⁶; Capítulo II – Dos crimes praticados por particulares contra a Administração em geral¹⁰⁷; Capítulo II-A – Dos crimes praticados por particulares contra a Administração Pública estrangeira¹⁰⁸; Capítulo III – Dos crimes contra a Administração da Justiça¹⁰⁹; e Capítulo IV – Dos crimes contra as finanças públicas¹¹⁰.

Inicialmente, é de se observar que o conceito de Administração Pública, para fins penais, abrange toda a atividade funcional do Estado e dos demais entes públicos. Ou seja, enquanto objeto de tutela penal, a Administração Pública envolve atividades funcionais do Estado no âmbito Legislativo, Judiciário e Administrativo, propriamente dito¹¹¹. Aliás, o CP traz uma definição bastante ampla do que seja funcionário público, bem como de atividades equiparadas - “funcionários públicos por equiparação”¹¹².

¹⁰⁶ Art. 312 a 327.

¹⁰⁷ Art. 328 a 337.

¹⁰⁸ Art. 337-B a 337-D. Este capítulo foi introduzido no CP pela Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002, em decorrência de o Brasil visar a implementar as regras de natureza penal constantes da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris em 17 de dezembro de 1997, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000, e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

¹⁰⁹ Art. 338 a 359.

¹¹⁰ Art. 359-A a 359-H. Este capítulo foi introduzido no CP pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000, como forma de reforçar a tutela penal em relação às disposições da Lei Complementar n. 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹¹¹ Há críticas quanto à inclusão dos crimes contra a Administração Pública estrangeira, no Título destinado aos Crimes contra a Administração Pública em Geral. Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*, 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1033, observa que “causa estranheza que o Código Penal brasileiro contenha um capítulo definido crimes ‘contra a Administração Pública estrangeira’. Na verdade, o legislador pretendeu cominar punições criminais para fatos que atentam contra a ‘lisura que deve orientar as transações comerciais internacionais’, ‘preservando as condições transnacionais de competitividade’”.

¹¹² O art. 327 assim dispõe: Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Por sua vez, o par. primeiro do referido art. estabelece que: “Equiparase a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”. O referido par., originariamente, era o par. único do art. 327, tendo sido renumerado para par. primeiro, pela Lei n. 6.799, de 23.06.1980. Posteriormente, teve sua redação alterada pela Lei nº 9.983, de 14.07.2000. Tem prevalecido o entendimento de que a definição de funcionário público por equiparação, constante do art. 327, par. primeiro do CP, somente se aplica para a definição de funcionário público na qualidade de sujeito ativo de delito funcional, nunca quando figure como vítima de qualquer espécie de delito. Nesse sentido, cf.: Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX, p. 404;

Os crimes contra a Administração da Justiça têm como objeto jurídico penalmente tutelado “o interesse de normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública”¹¹³. Na verdade, não deixa aquela de ser um aspecto particularizado desta. Nesse sentido, explica J. de Magalhães Drumond que “a administração da justiça é, dentro da administração em geral, aquele conjunto de atividades públicas adstritas à função de expressa realização do Direito nos casos concretos, enquanto que a função administrativa é legislativa, quando tem por objeto a formação ou, talvez com a maior propriedade de expressão, a formalização do Direito, cuja substância foi declarada na Constituição, e é administração propriamente dita enquanto age no campo deixado livre pela atividade legislativa e pela judiciária, tais quais acima conceituadas”¹¹⁴.

Especificamente no que interessa para uma comparação com as figuras delitivas previstas no art. 70 do ER, merecem atenção alguns dos crimes definidos no Capítulo III – Dos crimes contra a Administração da Justiça.

Há vários crimes contra a Administração da Justiça previstos no CP que não encontram correspondente tipificação no Anteprojeto, tais como: reingresso de estrangeiro expulso¹¹⁵, denúncia caluniosa¹¹⁶, comunicação falsa de crime ou de contravenção¹¹⁷, auto-acusação falsa¹¹⁸, exercício arbitrário das próprias razões¹¹⁹, favorecimento pessoal¹²⁰, favorecimento real¹²¹, exercício arbitrário ou abuso de poder¹²², fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança¹²³, evasão mediante violência contra a pessoa¹²⁴, arrebatamento de preso¹²⁵, motim de presos¹²⁶, patrocínio

Edgard Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4, p. 205; Paulo José da Costa Júnior, *Comentários ao Código Penal*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 3, p. 439; Celso Delmanto et alii, *Código Penal Anotado*, 5. ed. São Paulo: Renovar, 2000, p. 578; Damásio Evangelista de Jesus, *Direito Penal*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4, p. 102. Na jurisprudência, nesse sentido já decidiu o STF: REExt. no 107.813, 2. Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 14.03.1986, v.u., DJ 11.04.86, p. 5.399.

¹¹³ Hungria, *Comentários...*, op.cit., v. IX, p. 313.

¹¹⁴ *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. IX, p. 366.

¹¹⁵ Art. 338.

¹¹⁶ Art. 339.

¹¹⁷ Art. 340.

¹¹⁸ Art. 341.

¹¹⁹ Art. 345.

¹²⁰ Art. 348.

¹²¹ Art. 349.

¹²² Art. 350.

¹²³ Art. 351.

¹²⁴ Art. 352.

¹²⁵ Art. 353.

¹²⁶ Art. 354.

infiel¹²⁷, patrocínio simultâneo ou tergiversação¹²⁸, violência ou fraude em arrematação judicial¹²⁹, e desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito¹³⁰.

De outro lado, há tipos penais previstos no Anteprojeto que são muito semelhantes a alguns crimes contra a Administração da Justiça previstos no CP. Com efeito, o crime de falso testemunho e falsa perícia¹³¹, é equivalente ao delito, com o mesmo nome, tipificado pelo CP¹³². Afora este, o crime de corrupção ativa (de testemunha ou perito) previsto no Anteprojeto¹³³ é semelhante ao crime previsto no art. 343, *caput* do CP¹³⁴, consistindo numa modalidade de falso testemunho ou falsa perícia. Já a corrupção ativa de funcionário, também prevista no Anteprojeto¹³⁵, guarda semelhança com o delito de corrupção ativa, previsto no CP entre os “Crimes praticados por particular contra a Administração Pública em Geral”¹³⁶. Finalmente, o crime de corrupção passiva¹³⁷ tem similaridade com o crime de corrupção passiva, tipificado no CP entre os “Crimes praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral”¹³⁸.

Em relação às sanções administrativas previstas no art. 71 do ER, tendo por objeto o poder de polícia do magistrado nas audiências, o CPP¹³⁹ estabelece, como regra geral, que “a polícia das audiências e das sessões compete aos respectivos juízes ou ao presidente do tribunal, câmara ou turma, que poderão determinar o que for conveniente à manutenção da ordem. Para tal fim, requisitarão força pública, que ficará exclusivamente à sua disposição”. No que toca aos espectadores das audiências, a regra geral, prevista na legislação processual, impõe-lhes o dever de permanecer em silêncio¹⁴⁰. Se houver violação de tal dever, “o juiz ou o presidente fará retirar da sala os desobedientes, que, em caso de resistência, serão presos e autuados”¹⁴¹. Finalmente,

¹²⁷ Art. 355.

¹²⁸ Art. 355, par. único.

¹²⁹ Art. 358.

¹³⁰ Art. 359.

¹³¹ Art. 89.

¹³² Art. 342. Ver, a propósito, item 4.2.1, abaixo.

¹³³ Art. 91.

¹³⁴ Ver item 4.2.3, abaixo.

¹³⁵ Art. 95.

¹³⁶ Art. 333. Ver item 4.2.7, abaixo.

¹³⁷ Art. 97.

¹³⁸ Art. 317, *caput*. Ver item 4.2.9, abaixo.

¹³⁹ Art. 794.

¹⁴⁰ Art. 795, *caput*.

¹⁴¹ Art. 795, par. único. A referência a “autuação e prisão” não diz respeito ao poder de polícia do magistrado no âmbito administrativo, mas ao crime de desobediência (CP, art. 330: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa”), que poderá ser cometido pelos presentes que descumprirem a ordem

no que concerne ao acusado, o CPP prevê¹⁴² que “os atos de instrução ou julgamento prosseguirão com a assistência do defensor, se o réu se portar inconvenientemente”. E, especificamente com relação à audiência para oitiva de testemunhas, prevê a possibilidade de o juiz determinar que o acusado seja retirado da sala se, com seu comportamento, estiver intimidando a testemunha¹⁴³.

4.2. Dos crimes contra a Administração da Justiça do Tribunal Penal Internacional previstos no Anteprojeto

O Anteprojeto disciplina, no Título V, em dois capítulos, os “Crimes contra a Administração da Justiça do Tribunal Penal Internacional”. No primeiro, constituído por um único art., estão previstas as disposições gerais. Em verdade, foi estabelecido o princípio da complementariedade invertido, isto é: a jurisdição primária é do TPI, sendo a jurisdição nacional complementar¹⁴⁴. É de se notar que os estudos até agora realizados pelo segundo grupo de trabalho prevêem o acréscimo de uma nova disposição geral, estabelecendo a inaplicabilidade da suspensão condicional do processo¹⁴⁵

judicial. A prisão em flagrante delito (art. 302, inciso I do CPP), que em tese seria cabível pelo crime de desobediência, dificilmente ocorrerá, tendo em vista que tal delito se caracteriza como infração penal de menor potencial ofensivo (Lei n. 9.099/99, art. 61), em relação às quais se aplica a seguinte regra: “Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima”.

¹⁴² Art. 796.

¹⁴³ Art. 217: “Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso, deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram”. Por ser uma medida restritiva à autodefesa do acusado, na sua vertente de direito de presença, deve ser vista como medida excepcional e devidamente motivada.

¹⁴⁴ Art. 88: “Compete à justiça brasileira processar e julgar os crimes previstos neste título, quando não processados pelo Tribunal Penal Internacional”.

¹⁴⁵ A suspensão condicional do processo constitui relativa novidade no sistema punitivo brasileiro. Instituída pela Lei n. 9.099/95, permite a suspensão do processo penal após o recebimento da denúncia nos crimes em que a pena cominada for igual ou inferior a um ano, desde que o réu possua condições subjetivas favoráveis. Caso a proposta do Ministério Público seja aceita pelo réu, inicia-se um período de prova variável de dois a quatro anos. Caso todas as condições sejam cumpridas, a punibilidade será extinta. É medida despenalizadora, impedindo a movimentação da máquina judiciária estatal para os casos de menor gravidade. Nesse sentido, observa MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 143: “Criou a Lei n. 9.099/95 mais um instituto de ‘despenalização’ indireta, processual, a fim de se evitar nos crimes de menor gravidade a imposição ou a execução da pena. Parte-se do princípio de que o que mais importa ao Estado não é punir, mas integrar ou reintegrar o autor da infração penal e reconduzi-lo à sociedade como parte componente daqueles que respeitam o direito da liberdade alheia em seu mais amplo entendimento. (...) A suspensão condicional do processo é um dos meios de conceder crédito de confiança ao criminoso primário, estimulando-o a que não volte a delinquir.”

para os crimes contra a Administração da Justiça do TPI¹⁴⁶. Já o Capítulo II, dispõe sobre os crimes em espécie¹⁴⁷, que serão objeto de análise específica.

4.2.1. Crime de falso testemunho ou falsa perícia

O crime de falso testemunho ou falsa perícia¹⁴⁸ foi inspirado no tipo penal do art. 342 do CP¹⁴⁹. A sanção penal é, inclusive, a mesma do tipo simples. A diferença básica, como não poderia deixar de ser, é que o ato deve ser praticado perante o TPI, independentemente da fase em que esteja o procedimento. No caso de ato de cooperação, entretanto, poderá haver problema de interpretação, mesmo porque a testemunha não estaria, propriamente, perante o TPI, mas perante uma autoridade judiciária nacional.

É importante observar não ter o Anteprojeto inserido, como fizera o CP, a pessoa do contador como sujeito ativo do crime. A ausência de referência expressa, todavia, não obstará que seja este punido pela prática delituosa, haja vista a sua condição de perito. Outra diferença digna de menção é a inexistência de causa extintiva da punibilidade consistente na retratação antes da prolação de sentença, tal como ocorre no CP¹⁵⁰. Será possível, porém, o emprego da analogia *in bonam partem*, aplicando-se, dessa forma, a causa de extinção do direito interno.

4.2.2. Crime de uso de prova falsa

O crime de uso de prova falsa¹⁵¹ não encontra correspondente específico entre os crimes contra a Administração da Justiça previstos na legislação penal nacional. Todavia, tal omissão se deve ao fato de existir, no Título X, que trata “Dos Crimes

¹⁴⁶ O estudo até agora elaborado pelo segundo grupo de trabalho dispõe em seu art. 83 que: “Não se aplica aos crimes de que trata este título a suspensão condicional do processo de que trata o art. 89 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

¹⁴⁷ Art. 89 a 97.

¹⁴⁸ Art. 89: “Falso testemunho ou falsa perícia: Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, perante o Tribunal Penal Internacional. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

¹⁴⁹ Art. 342: “Fazer afirmação falsa ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral. Pena - Reclusão de 1 a 3 anos e multa”.

¹⁵⁰ Art. 343, par. terceiro. Tal omissão não mais ocorre no texto até agora elaborado pelo segundo Grupo de Trabalho, que disciplina o referido delito. O art. 84 passará a ter o seguinte parágrafo único: “O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade”.

¹⁵¹ Art. 90. Uso de prova falsa: “Apresentar provas perante o Tribunal Penal Internacional sabendo que são falsas, material ou ideologicamente. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

contra a Fé Pública”, a figura do crime de uso de documento falso¹⁵². De outro lado, cabe ressaltar que a produção de prova falsa, por meio de depoimento de testemunhas ou utilização de laudos periciais falsos, está tipificada pelo Anteprojeto¹⁵³.

A tipificação específica da conduta de uso de prova falsa atende à exigência do art. 70.1, “b”, do ER, que prevê a competência do TPI para julgar o crime consistente na “apresentação de provas, tendo a parte conhecimento de que são falsas ou foram falsificadas”.

4.2.3. Crime de corrupção ativa

Com relação à corrupção ativa, o Anteprojeto prevê dois crimes distintos. Há a corrupção ativa *tout court* que, na verdade, é uma corrupção ativa de testemunha, perito tradutor ou intérprete¹⁵⁴, e a “corrupção ativa de funcionário”¹⁵⁵. A distinção decorre das previsões das letras “c” e “f” do art. 70.1 do ER.

O crime de corrupção ativa do Anteprojeto foi inspirado no crime previsto no art. 343 do CP¹⁵⁶. Tal delito, na verdade, é uma exceção à regra da unidade de delito no concurso de agentes. Assim, se alguém corrompe uma testemunha e esta presta um falso testemunho, o corruptor responderá pelo crime de corrupção ativa e a testemunha pelo crime de falso testemunho. O mesmo se diga em relação à falsa perícia.

A sanção penal prevista difere, todavia, daquela estipulada no CP. A pena originariamente cominada neste era de reclusão de 1 a 3 anos e multa. No caso de corrupção de testemunha em processo penal, tinha incidência a causa de aumento de pena do par.

¹⁵² CP art. 304: “Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena - a cominada à falsificação ou à alteração”. Entre as fraudes que podem gerar o documento falso a ser utilizado, incluem-se a falsidade material, que pode ser de documento público (“CP, art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”) ou de documento particular (“Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”) e a falsidade ideológica (“Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular”). O crime previsto no art. 304 do CP situa-se no Capítulo III – Da Falsidade Documental.

¹⁵³ Art. 89.

¹⁵⁴ Art. 91. Corrupção ativa: “Dar, oferecer, prometer dinheiro, recompensa ou qualquer outra vantagem à testemunha, perito, tradutor ou intérprete para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade perante o Tribunal Penal Internacional. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”.

¹⁵⁵ Ver item 4.2.7, abaixo.

¹⁵⁶ Art. 343, *caput*, do CP: “Dar, oferecer, ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, tradução ou interpretação, ainda que a oferta ou promessa não seja aceita: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

único, dobrando, assim, a pena, que passaria a ser de reclusão de 2 a 6 anos¹⁵⁷. Posteriormente, a Lei n. 10.268, de 28 de agosto de 2001, elevou os limites mínimo e máximo de pena cominada no *caput* do art. 343 (reclusão, de 3 a 4 anos, e multa), bem como modificou a causa de aumento de pena, que passou a ser de um sexto a um terço¹⁵⁸.

O Anteprojeto tomou por base a pena originariamente cominada no CP, mas esta não é a prevista na proposta legal. E isto porque, para que houvesse equivalência, a pena para o crime de corrupção ativa de testemunha perante o TPI deveria ser reclusão de 2 a 6 anos. Todavia, como o art. 70 (3) do ER prevê que o TPI, “poderá impor uma pena não superior a cinco anos”, não teria sentido a sanção prevista no Anteprojeto ser superior àquela que o próprio TPI poderá impor no exercício de sua jurisdição primária quanto aos crimes contra a Administração da Justiça.

4.2.4. Crime de obstrução processual

O crime de obstrução processual¹⁵⁹ não encontra correspondente no CP¹⁶⁰. A tipificação teve por base a previsão da letra “c” do art. 70 (1) do ER, que trata do impedimento ou interferência no comparecimento de testemunha. O Anteprojeto acrescentou a conduta de dificultar o comparecimento. O impedimento tem natureza absoluta, fazendo com que a testemunha não preste o depoimento. Já a dificuldade para o comparecimento, visa criar-lhe entraves ou embaraços indevidos.

¹⁵⁷ Em sua redação originária, o par único do art. 343 do CP previa que “Se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, aplica-se a pena em dobro”.

¹⁵⁸ Atualmente, a nova redação do parágrafo único do art. 343 dispõe que “As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta”.

¹⁵⁹ Art. 92. Obstrução processual: “Impedir ou dificultar o comparecimento de testemunha, perito, tradutor ou intérprete no Tribunal Penal Internacional ou interferir no seu depoimento ou manifestação. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

¹⁶⁰ Eventualmente, se o impedimento se der mediante violência ou grave ameaça e tiver por finalidade favorecer o autor da violência ou ameaça, poderia caracterizar o crime de coação no curso do processo, previsto no art. 344 do CP: “usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

4.2.5. *Crime de retorsão*

Outra novidade do Anteprojeto é o crime de retorsão¹⁶¹, que também não encontra equivalência no CP¹⁶². O ER prevê, no art. 70 (1) letra “c”, a competência do TPI para julgar infração consistente em “represálias contra uma testemunha por esta ter prestado depoimento”. No Anteprojeto, o tipo penal é mais amplo, pois, além da represália contra a testemunha, inclui a represália contra o perito, o tradutor e o intérprete. A ampliação parece correta e mantém a uniformidade com o delito de falso testemunho e falsa perícia¹⁶³, que inclui, entre os seus sujeitos ativos o perito, o tradutor e o intérprete. Também no crime de corrupção ativa¹⁶⁴, com finalidade probatória, inclui o tradutor e o intérprete¹⁶⁵.

Para a caracterização do delito é necessário que a testemunha tenha prestado o seu depoimento, ou que o perito, tradutor ou intérprete tenha se manifestado perante o TPI. Não há necessidade de que o ato seja praticado pela própria pessoa supostamente prejudicada. Poderá ser praticado por terceiro, mas em razão do prejuízo que o depoimento ou manifestação tenha, eventualmente, causado a outrem. Dificilmente a conduta de um tradutor ou intérprete pode levar a um ato prejudicial a alguém, salvo se houver erro ou má-fé na tradução. A pena imposta ao delito levou em conta a torpeza ínsita à represália ou retaliação.

Os estudos até agora realizados pelo segundo grupo de trabalho modificam o *nomen iuris* de “retorsão” para “retaliação”¹⁶⁶. Além disto, o tipo originário do Anteprojeto é “Usar de violência ou grave ameaça como represália”, enquanto que nesta fase de estudos se pressupõe a substituição do elemento do tipo “represália” por “retaliação”. A mudança é, apenas, terminológica. Retorsão ou retorção é ato em represália; revide, desforra, retaliação. Já represália é o ato praticado contra uma pessoa para vingar-se de ofensa ou para se indenizar de um dano por ela causado. É desforra,

¹⁶¹ Art. 93. Retorsão: “Usar de violência ou grave ameaça como represália contra testemunha, perito, tradutor ou intérprete em virtude de depoimento ou manifestação prestados perante o Tribunal Penal Internacional. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”.

¹⁶² A retorsão não se confunde com a coação no curso do processo, vez que a coação ocorre para favorecer o interesse de quem a pratica, sendo anterior ao ato que irá beneficiá-lo. Já a retorsão, é uma represália contra o ato já praticado e que causou prejuízo ou desvantagem ao autor da retorsão.

¹⁶³ Previsto no art. 89.

¹⁶⁴ Previsto no art. 91.

¹⁶⁵ Ao mais, no sistema da *common law*, que grande influência exerceu sobre a elaboração do Estatuto de Roma, o perito é tratado como testemunha ou *expert witness*.

¹⁶⁶ O crime de retaliação passa a ser previsto no art. 88.

vingança, retaliação ou vindita. Finalmente, a retaliação é o revide a uma ofensa ou a uma agressão sofrida, tendo por sinônimos represália ou vingança. Há, pois, perfeita identidade de conteúdo entre as três palavras.

4.2.6. Crime de dano processual

O crime de dano processual¹⁶⁷ não encontra correspondente no capítulo dos crimes contra a Administração da Justiça do CP. Há, apenas, a figura genérica do crime de dano entre os crimes contra o patrimônio¹⁶⁸. No tipo projetado, busca-se tutelar a atividade instrutória, ainda que não haja dano efetivo ao suporte material em que se consubstancia a prova. Portanto, além da destruição ou supressão do meio probatório, a interferência ou retardamento na colheita da prova caracteriza o “dano processual”.

O ER prevê, no art. 70 (1), letra “c”, a necessidade de punição de conduta consistente na “destruição ou alteração de provas ou interferência nas diligências de obtenção da prova”. O Anteprojeto é mais amplo. Com relação à prova em si, além da destruição, também caracteriza crime “suprimir, subtrair, alterar ou falsificar provas”. Destruir é aniquilar, fazer desaparecer. Suprimir é impedir que apareça, eliminar, extinguir. Subtrair é tirar às escondidas, retirar. Falsificar é imitar ou adulterar. Alterar é modificar as características. Além disto, quem retarda¹⁶⁹ ou interfere na coleta de provas também comete o crime, mesmo que a prova venha a ser produzida regularmente. O crime ocorrerá mesmo nas hipóteses de atos praticados perante os Estados-Partes em atos de cooperação com o TPI, como, por exemplo, se for solicitado ao Estado que localize uma pessoa ou coisa ou que colha o depoimento de uma testemunha.

4.2.7. Crime de corrupção ativa de funcionário

O crime de corrupção ativa de funcionário do TPI¹⁷⁰ é semelhante ao delito de corrupção ativa existente na legislação interna. Sua fonte inspiradora foi o art. 333 do

¹⁶⁷ Art. 94. Dano processual: “Destruir, suprimir, subtrair, falsificar no todo ou em parte, ou alterar provas, retardar ou interferir em prejuízo da coleta de provas em procedimento do Tribunal Penal Internacional. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

¹⁶⁸ “CP, art. 163: “Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa”.

¹⁶⁹ Recusando, por exemplo, fornecer dados sobre a testemunha.

¹⁷⁰ Art. 95. Corrupção ativa de funcionário: “Dar, oferecer, prometer dinheiro, recompensa ou qualquer outra vantagem a funcionário do Tribunal Penal Internacional ou colocar entraves em seu trabalho para constrangê-lo ou induzi-lo a não cumprir suas funções ou exercê-las de maneira indevida. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”.

CP, aplicável à generalidade dos funcionários públicos nacionais¹⁷¹. O delito não se limita aos juízes ou aos atos jurisdicionais. Qualquer funcionário do TPI, no exercício de suas funções, ainda que administrativas, pode ser sujeito ativo de tal delito¹⁷². A pena prevista é a de reclusão, de 2 a 5 anos.¹⁷³

Há, também uma forma especial de corrupção ativa de funcionário, consistente em “colocar entraves no trabalho do funcionário”. Esta inovação em relação aos moldes tradicionais da corrupção ativa decorre de exigência do próprio ER, que prevê, no art. 70 (1), letra “d”, a punição da conduta consistente em criar entrave ou intimidar funcionário do TPI, “com a finalidade de o obrigar ou o induzir a não cumprir as suas funções ou a fazê-lo de maneira indevida”.

4.2.8. Crime de retorsão contra funcionário

O crime de retorsão contra funcionário¹⁷⁴ não tem correspondente no CP. Sua fonte inspiradora é o art. 70.1, letra “e”, do ER, que elenca, entre os crimes a serem punidos pelo TPI, as “represálias contra um funcionário do Tribunal, em virtude das funções que ele ou outro funcionário tenham desempenhado”.

A primeira parte do dispositivo é semelhante ao crime de retorsão contra testemunha ou perito¹⁷⁵. Também na retorsão contra funcionário do TPI, a represália é consequência de um ato já praticado pelo funcionário no exercício de suas funções. A expressão “em razão de função desempenhada por ele”, significa que a represália é posterior ao ato funcional já praticado. Há, porém, uma segunda parte do dispositivo, que pode ser melhor definida como ameaça contra funcionário público, consistente em ameaçar o funcionário do TPI, “com objetivo de constrangê-lo a não cumprir

¹⁷¹ CP, art. 333: “Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 8 (oito) anos, e multa”.

¹⁷² Cabe observar que, se a oferta ou entrega da vantagem ao funcionário do TPI tiver por objetivo a prática de atos comerciais internacionais no âmbito de sua função (p. ex.: compra de matérias ou suprimentos para o TPI), o crime será o de “corrupção ativa em transação comercial internacional” (CP, art. 337-B), visto que o funcionário do TPI se enquadra no conceito de funcionário público estrangeiro por equiparação, previsto no par. único do art. 337-D, do CP, acrescido pela Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002.

¹⁷³ A pena do crime de corrupção ativa prevista no art. 333 do CP é de reclusão, de 1 (um) ano a 8 (oito) anos, e multa. Há, também, a causa de aumento de pena do par. único: “A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional”.

¹⁷⁴ Art. 96. Retorsão contra funcionário: “Usar de violência ou grave ameaça como represália contra funcionário do Tribunal Penal Internacional em razão de função desempenhada por ele ou por outro funcionário ou ameaçar com objetivo de constrangê-lo a não cumprir suas funções ou exercê-las de maneira indevida. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”.

¹⁷⁵ Art. 93.

suas funções ou exercê-las de maneira indevida”. Neste caso, o aspecto cronológico se inverte. A ameaça é prévia ao ato de ofício ou a omissão de ato funcional. Ou seja, o funcionário é ameaçado para que pratique ou omita algum ato que lhe era devido.

4.2.9. Crime de corrupção passiva

Finalmente, o Anteprojeto tipifica a corrupção passiva do funcionário do TPI¹⁷⁶. O delito é semelhante ao crime de corrupção passiva previsto no art. 317, *caput*, do CP¹⁷⁷. A única diferença é que na corrupção passiva tipificada pela proposta de implementação está incluído o verbo-tipo “exigir”, enquanto que no sistema punitivo nacional, a exigência de vantagem indevida pelo funcionário público caracteriza o crime de “concessão”¹⁷⁸.

É de se observar que no art. 70 (1), letra “f”, do ER, há previsão apenas da conduta consistente na “solicitação ou aceitação de suborno na qualidade de funcionário do Tribunal, e em relação com o desempenho das respectivas funções oficiais”.

No que se refere aos crimes contra a administração da justiça do TPI, o texto até o momento em elaboração pelo segundo grupo de trabalho não altera os delitos previstos no Anteprojeto, limitando-se, por ora, a reenumerá-los¹⁷⁹.

5. Conclusão

O Anteprojeto de implementação do ER no Brasil, elaborado em 2002, conforme exposto neste relatório¹⁸⁰, é o único oficialmente apresentado. Contempla vários mecanismos jurídicos que possibilitam a cooperação e a assistência judicial com o

¹⁷⁶ Art. 97. Corrupção passiva: “Solicitar, exigir, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão da qualidade de funcionário do Tribunal Penal Internacional. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”.

¹⁷⁷ Art. 317, *caput*: “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa”.

¹⁷⁸ Previsto no art. 316, *caput*: “Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

¹⁷⁹ Art. 84 a 92.

¹⁸⁰ Ver, a propósito, o item 1 *supra*.

TPI, que foram analisados nos itens III e IV deste informe, estando em consonância com as disposições do ER. Os estudos do segundo grupo de trabalho, nomeado pelo Ministro da Justiça em 2004, pelo menos no que diz respeito à cooperação e assistência judicial com o TPI, não divergem de forma substancial daquilo que se encontra previsto no Anteprojeto.

A conclusão exposta no relatório apresentado pelo IBCCrim em 2005¹⁸¹, no sentido de que a implementação do ER no Brasil é fator que depende muito mais de um consenso político nacional do que da superação de entraves jurídicos, é atualíssima. A assertiva é confirmada pela ausência de notícias oficiais sobre os eventuais avanços por parte do segundo grupo de trabalho¹⁸² no que se esperava ser apenas uma revisão pontual sobre o Anteprojeto outrora apresentado.

Do ponto de vista jurídico, a doutrina tem considerado que os pretensos obstáculos constitucionais não são, na verdade, insuperáveis. O tema, aliás, já foi objeto de análise por ocasião do informe anterior. Nesse ponto, vale lembrar uma vez mais que a reforma constitucional havida no final de 2004 deixou expressamente consignada a submissão do Brasil à jurisdição do TPI¹⁸³. Foi, sem dúvida, um vigoroso aceno em direção ao reconhecimento da magnitude dessa nova ordem jurídica internacional. Resta, todavia, a superação do abstracionismo, tornando efetivo, no direito interno, o ideal preconizado pelo ER. Daí a importância de uma mobilização dos setores mais sensíveis da sociedade brasileira.

Certamente, uma boa forma de renovar a discussão sobre o tema e envolver os poderes executivo e legislativo, assim como o meio acadêmico, seria a realização de um seminário, no Brasil, com a participação de membros do Grupo de Estudos da Fundação Konrad Adenauer, do atual Grupo de Trabalho nomeado pelo Ministério da Justiça e de alguns representantes do Congresso Nacional. A par da possibilidade de se esclarecer aspectos jurídicos relevantes para o tema, o evento poderia funcionar como bom mecanismo para estimular o término dos estudos e sugestões para a elaboração do texto definitivo de Anteprojeto a ser encaminhado ao Congresso Nacional.

¹⁸¹ Ver, a propósito, nota 4, *supra*.

¹⁸² Até o momento da elaboração final do presente relatório em 30 de junho de 2006.

¹⁸³ Art. 5º, par. quarto da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004.

- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1956, vol. I.
- ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Cooperação internacional na luta contra o crime. Transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo conceito*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, n. 10, abr./jun., 1995, p. 105-115.
- CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, 4. ed., Rio de Janeiro, 1987.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 3.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Anotado*. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2000.
- DRUMOND, J. de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. IX.
- ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro*. V. 7, São Paulo: Freitas Bastos, 1945.
- FRAGA, Mirtô. *O novo estatuto do estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, jan./mar. 1995, pp. 40-83.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX.
- JESUS, Damásio E. *Código Penal Anotado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- *Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4.
- MACHADO, Máira Rocha. *Cooperação penal internacional do Brasil: as cartas rogatórias*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 53, mar./abr., 2005, pp. 99-118.
- MADRUGA, Antenor. *O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 54, maio/jun., 2005, pp. 291-311.
- MELLO, Celso D. De Albuquerque. *Direito penal e direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DO BRASIL. <http://www.mj.gov.br>.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5. ed., ver, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- *Código penal comentado*. 6.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. *Cooperação penal internacional nos delitos econômicos*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 54, maio/jun., 2005, pp. 153-168.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Javoli, 1980.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed., ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

STRENGER, Irineu. *Direito processual internacional*, São Paulo: LTR, 2003

1 • Introducción *

La situación de Chile en el marco del proceso de adopción e implementación del Estatuto de Roma en los distintos ordenamientos nacionales continúa dejando al país en un lugar decididamente rezagado. Mientras la mayoría de los Estados de América Central y del Sur han ratificado el Estatuto,¹ y en algunos se dan pasos decididos para adecuar a él sus legislaciones,² el de Chile no consigue superar la fase de ratificación, que requerirá una reforma constitucional.

La representación chilena participó desde un comienzo en los trabajos que condujeron a la sanción supraestatal del Estatuto. Parecidamente a otras naciones de Iberoamérica, algunas iniciativas internacionales prohijadas por el Estado de Chile respecto de la persecución y el castigo de los crímenes contra el derecho de gentes, así como la dura experiencia vivida por el país durante el régimen militar que imperó desde 1973 y las orientaciones de la coalición de partidos que pasó a gobernarle

* Este acápite reproduce con algunas adaptaciones y actualiza el preparado por el autor como introducción a su anterior informe sobre Chile, en el volumen *Dificultades jurídicas y políticas en la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, pp. (171-195) 171-175.

¹ Véase al respecto el panorama sinóptico que ofrece Polo Gálvez, "Procesos constitucionales para la ratificación del Estatuto de Roma en los países latinoamericanos", en el *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2002, pp. 435-447, especialmente p. 446.

² Véase Ambos y Malarino, "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares", en el volumen colectivo, editado por estos autores, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, pp. (577-589) 588, con referencia a los casos de Argentina y Brasil.

ininterrumpidamente a partir de 1990, hacían presagiar el respaldo del Poder Ejecutivo al establecimiento del tribunal acordado en Roma, como parte y “continuación de la línea política seguida en el plano internacional por los Estados de la región, encaminada a repudiar la comisión de los crímenes internacionales y buscar un consenso sobre los mecanismos necesarios para su eficaz represión”.³ Con todo, tampoco se deben silenciar los rasgos tímidos de esa línea en el derecho chileno. Por circunscribir nada más que a una tríada de ejemplos entresacados del conjunto de materias que hacen a la regulación sustancial y adjetiva plasmada en el Estatuto, el derecho penal del país, tanto el codificado como el contenido en leyes subordinadas, contiene muy pocos delitos internacionales, y es aun más escueto el catálogo de aquellos que guardan relación con los de competencia de la Corte Penal Internacional,⁴ lo que vale en especial para el genocidio y los crímenes contra la humanidad, que están todavía a la espera de tipos delictivos que capten sin circunloquios su contenido de injusto. Asimismo, la falta en él de reglas específicas acerca de la teoría de tales delitos, sus penalidades y la extinción de las responsabilidades oriundas de ellos⁵ es otro aspecto que testimonia el recato y, si se quiere, lo relativo del interés vernáculo por articular una política coherente y maciza de persecución de estos actos delictuosos. Un tercer factor concierne a la inexistencia de una ley especial sobre la extradición, cuya sustancia ha quedado por entero librada a doctrina y jurisprudencia, las que han debido suplir el vacío acudiendo a ciertos tratados multilaterales que obligan a Chile con otros países del área, un mecanismo que redundo, a veces, en consecuencias indeseables. Todo lo cual, sumado a la vetustez del Código Penal en el tema y a otros elementos, que luego nos ocuparán y son de carácter político, nos pone sobre la pista de lo trabajoso del proceso legislativo de ratificación del Estatuto, la nula resonancia de este en las actuales transformaciones del derecho interno y las fundadas dudas de que la Corte Penal Internacional reciba en el futuro reconocimiento formal. Es más: supuesto que el Estatuto se torne alguna vez operante de cara a la legislación punitiva de Chile, tal vez el tema más delicado será la cooperación y asistencia judiciales.

Tras su suscripción el día 11 de septiembre de 1998, el presidente de la República envió a la Cámara de Diputados un mensaje, fechado el 4 de enero siguiente,

³ Ídem, p. 578.

⁴ Véase Guzmán Dalbora, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, o. cit., informe relativo a Chile, pp. (163-200) 164.

⁵ P. ej., Chile no ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad. Ídem, véase p. 166.

con el que dio inicio al procedimiento de ratificación. El artículo único del proyecto de acuerdo indicaba simplemente que el Poder Legislativo presta su aquiescencia a lo negociado en Roma.⁶ La exposición de motivos del proyecto daba cuenta del origen del Estatuto y de las aristas más importantes de su contenido, poniendo énfasis en aquellas que se adivinaba serían controvertidas, como el principio de complementariedad, en cuya virtud “la Corte [...] no sustituye a los tribunales nacionales ni se convierte en una instancia de apelación de sus resoluciones”, pues “en la medida en que el sistema judicial de un Estado se atenga a las normas internacionales y sancione real y efectivamente a los autores de los delitos dentro de su competencia”, aquélla “no debería inmiscuirse en el funcionamiento de los tribunales nacionales ni cuestionar sus procedimientos”, el principio de cooperación y la asistencia judiciales y, en fin, las numerosas disposiciones que sería preciso sancionar posteriormente para dar cumplimiento al Estatuto, visto que “no todas las normas de este instrumento son autosuficientes, en términos de que una vez incorporadas al orden interno pueden ser directamente aplicables”. A su vez, la ausencia de una argumentación relativa a impedimentos de superior jerarquía normativa revela que el gobierno no pensó en, o por lo menos no estimó imprescindible, una reforma a la Constitución política, como presupuesto del acto de aprobación.

Si en ello el autor del mensaje no iba descaminado —también en la generalidad de los países hispanoamericanos se ha descartado la exigencia de modificar sus Constituciones—, tampoco lo estaría la Cámara Baja. En una votación cerrada, sin abstenciones, el 22 de enero de 2002 una apreciable mayoría de diputados aprobó el texto sometido a su consideración, con lo que este pasó a su segundo trámite legislativo, en el Senado. Sin embargo, durante la discusión de aquel día, y aun antes, en los informes y debates de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, se dejaron oír voces discrepantes, las que aludieron a graves vulneraciones de la Constitución, la soberanía nacional, la posición autónoma y de igualdad del país en el concierto de las naciones, etcétera, como fundamento para rechazar la iniciativa gubernamental, en la forma y el modo en que había sido presentada. A juicio de la disidencia, esta requería un quórum mayor de votación que el de una ley común y, en el fondo, una reforma constitucional.

⁶ “Apruébase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998, contenido en el acta final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, y el acta de rectificación del Estatuto Original de la Corte Penal Internacional, de fecha 10 de noviembre de 1998”. Véase el boletín n° 2293-10, de la Cámara de Diputados de Chile.

De hecho, casi los mismos diputados⁷ formularon el 4 de marzo del propio año un requerimiento ante el Tribunal Constitucional,⁸ con el objeto de lograr una declaración de completa inconstitucionalidad del Estatuto de Roma y, de pasada, imponer una proporción especialmente alta de votos para poder ratificarle, cuestión tanto más importante cuanto que, siendo la Constitución chilena sobremedida rígida, la tarea de alcanzar el quórum previsto para su reforma —en el presente caso, por las materias comprometidas, dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio—⁹ se torna en extremo compleja cuando no de imposible consecución para cualquier agrupación política interesada en ello, por considerable que sea su representación parlamentaria. El requerimiento se verá prestamente coronado con el éxito. El Tribunal Constitucional, de predominante composición conservadora, dictó fallo el 8 de abril de 2002. Recogiendo varios de los fundamentos esgrimidos por los recurrentes y luego de desestimar las observaciones que hizo en su defensa el presidente de la República, resolvió que no pocos términos del Estatuto eran inconciliables con la Constitución y que, en consecuencia, su ratificación exige una reforma de la Carta fundamental.¹⁰

Dejando por el momento de lado las críticas que esta sentencia suscitó de inmediato dentro y fuera del medio jurídico chileno, el hecho vino a plantear una seria cortapisa a la empresa impulsada por el Poder Ejecutivo, condicionando de pasada las posibilidades de los cuerpos colegisladores en el desempeño de su función y, en suma, al entero espectro de las autoridades representativas de la voluntad popular. Como sea, pocos días después de conocerse la decisión, el gobierno se plegó a ella y presentó al Senado el 16 de abril un segundo proyecto, precedido de una exposición de motivos más extensa que la de 1999 y encaminado ahora a la enmienda de la Constitución. En sentir del Ejecutivo, la declaración del Tribunal Constitucional y las opiniones manifestadas en el Parlamento por los diputados que la provocaron no representan un obstáculo definitivo e insalvable para la ratificación del Estatuto de

⁷ En número de treinta y cinco. Todos conservadores y varios de ellos vinculados o sinceros adherentes al régimen militar nombrado *supra*.

⁸ Téngase presente que este tribunal ejerce un control de constitucionalidad sobre las leyes en ciernes, es decir, un control preventivo. Véase Guzmán Dalbora, "Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)", en el *Anuario de filosofía jurídica y social*, Valparaíso, Edeval, n.º 12, 1994, pp. 165-199.

⁹ Artículo 127 de la Constitución, según el texto reformado por la ley 20050, de 22 de septiembre de 2005.

¹⁰ Expresa lo resolutivo del fallo: "Se acoge la petición de inconstitucionalidad planteada en el requerimiento de fojas 1 y se declara que el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, materia de estos autos, para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa". Véase el boletín n.º 2293-10, de la Cámara de Diputados.

Roma, sino simplemente una condición —la reforma constitucional— que, una vez satisfecha, deja abierto el camino para que el Estado chileno se haga parte de él. Es más, sostiene allí el presidente que los reparos constitucionales formulados por el Tribunal “no suponen, bajo ningún respecto, un rechazo *per se* de la Corte Penal Internacional, ni podrán constituir argumentos válidos para su cuestionamiento futuro en la medida que una reforma constitucional permita la aprobación y ratificación del tratado de Roma”, de lo que colige que el fallo debe ser entendido “como un mandato a enmendar la Carta para incorporar la Corte Penal Internacional a nuestro sistema constitucional”, mandato al que no podrán restarse los diputados de la oposición, quienes tampoco habrían hecho explícitos en sus intervenciones motivos ideológicos en contra de la existencia y las actividades de la Corte. El proyecto pondera los mismos modelos extranjeros de reforma constitucional que el Tribunal invocó en su pronunciamiento y, para evitar una complicada e innecesaria modificación de diversos pasajes de la Constitución vigente, se decanta en definitiva por una cláusula genérica, semejante a la adoptada en Francia y Luxemburgo, que se agregaría a su articulado como disposición transitoria, destinada a desaparecer junto al cierre del proceso de ratificación.¹¹

El proyecto yace todavía en el Senado, en premiosa tramitación que a finales de 2004 no arrojaba siquiera el dictamen de la comisión senatorial a que fue confiado. Promediando 2005, su texto fue incorporado a otro proyecto de reforma constitucional, de contenido heterogéneo y origen más antiguo, cuya sanción se produce en agosto, pero sin incluir la cláusula que nos interesa, que se perdió en los últimos debates parlamentarios.¹² Hubo que retomar, pues, la iniciativa de 2002, considerando a la vez que en abril de 2004 dos senadores presentaron una moción de reforma constitucional “destinada a permitir el reconocimiento de la jurisdicción de tribunales internacionales”, muy defectuosa en técnica jurídica y redacción castellana.¹³ La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado resolvió

¹¹ Su texto es el siguiente: “Artículo único. Introdúcese la siguiente disposición transitoria a la Constitución Política de la República: Cuadragésima primera. El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de acuerdo a las condiciones previstas por el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Las disposiciones de esta Constitución no serán obstáculo para la aprobación y ejecución del Tratado a que se refiere el inciso anterior”. Véase el boletín n.º 2912-07, de la Cámara de Diputados. Las citas precedentes del texto están tomadas de esta última fuente.

¹² Puede consultarse en el boletín n.º 2526-07, de la Cámara de Diputados. Cristalizó en la ley n.º 20050, citada *supra*, nota 9.

¹³ Véase el boletín n.º 3491-07, de la Cámara de Diputados.

tratarlas conjuntamente. Su informe general de 11 de octubre de 2005 es un trasunto de haberse renovado en la Cámara alta las objeciones de soberanía y autoridad de los tribunales chilenos, ya abundantemente discutidas en la de Diputados y durante el procedimiento de inconstitucionalidad. El texto engendrado a raíz de ello, como solución de consenso en la Comisión, recoge la propuesta gubernamental, pero le adiciona una plétora de párrafos, vástagos de aquellos reparos, algunos de los cuales van más allá de la disposición de transición contenida en el artículo 124 del Estatuto y, sobre todo, puede estimarse que representan una reserva prohibida por el artículo 120 de la Carta de Roma.¹⁴ Siendo así, se comprenderá cuán distante columbramos un éxito feliz al cabo de todo este farragoso trance.

¹⁴ La Comisión propuso al pleno del Senado aprobar una disposición vigésimo primera transitoria de la Constitución, con el siguiente tenor: “El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en 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 dicha Corte. Al efectuar este reconocimiento, el Estado de Chile considera que un caso será inadmisibles ante la Corte Penal Internacional cuando haya sido juzgado o esté siendo investigado o juzgado por los órganos competentes nacionales. Chile reafirma la primacía de su jurisdicción penal en relación a los crímenes de competencia de la Corte. Ninguna persona será entregada por Chile a la Corte Penal Internacional en tanto los órganos competentes del Estado de Chile tengan la oportunidad de investigar y juzgar la presunta comisión de un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional, en que, al mismo tiempo, tengan jurisdicción los tribunales chilenos. En este último caso, se aplicará lo dispuesto en el inciso anterior. La cooperación entre las autoridades nacionales y la Corte Penal Internacional, especialmente entre el Ministerio Público y el Fiscal de dicha Corte, se sujetará a lo que disponga la ley chilena respectiva. Ninguna persona podrá ser arrestada o detenida en conformidad a una solicitud expedida por la Corte Penal Internacional, sino a través de una orden de funcionario público chileno expresamente facultado por la ley nacional. La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, sólo podrá ejercerse respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma. El Estado de Chile se reserva el derecho de aceptar o rechazar cualquier modificación a la tipificación de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional. En particular, ello se refiere a la disposición que defina el crimen de agresión y a cualquier otro que se quiera incorporar a su competencia”. Ahora bien, la cuestión de la admisibilidad de la competencia de la Corte ante casos de *litis pendencia*, en los que exista cosa juzgada o “tengan la oportunidad de investigar y juzgar” órganos chilenos, debe resolverse sólo a la luz de los artículos 17, 18 y 19 del Estatuto, por lo que una de dos: o los incisos segundo y tercero están de sobra, o bien comportan una modificación inadmisibles del principio de complementariedad. A su turno, parece redundante, de cara una posible enmienda al Estatuto, efectuada en conformidad a su artículo 121, decir que Chile se reserva el derecho de aceptar o rechazar la reforma de los tipos delictivos. La detención y entrega de una persona requerida por la Corte debe realizarse por las autoridades y siguiendo los procedimientos del derecho interno (arts. 89 y 91 del Estatuto); en consecuencia, el inciso quinto es parejamente innecesario. Luego, subordinar la jurisdicción de aquélla a crímenes “cuyo principio de ejecución” sea posterior a la vigencia local del Estatuto representa una muestra de mala conciencia por las causas sobre los llamados detenidos-desaparecidos, en que con razón sostiene la jurisprudencia nacional que el período consumativo de secuestros prolongados hasta el punto de no saberse con certeza si el plagiado resultó muerto o no, dota de *permanencia* al evento típico. Pulsa aquí una lectura asaz inquieta del artículo 11 del Estatuto —se diría que propia de los que oyen a cada instante el canto desapacible de las Erinias. En verdad, lo único de interés jurídico en el proyecto del Senado es la indicación de que la cooperación con la Corte tendrá como principal protagonista al ministerio público.

2. Asistencia judicial interestatal

2.1. La extradición

2.1.1. Concepto, naturaleza y fuentes; tratados internacionales que a ella se refieren, y su importancia

Se define en Chile la extradición como *la entrega que un Estado hace a otro de un individuo acusado o condenado, que se encuentra en el territorio de aquél, para que en éste se le enjuicie penalmente o se ejecute una pena ya impuesta*.¹⁵ “En el primer caso se puede hablar de extradición para perseguir el delito y en el segundo de extradición para hacer efectiva la condena”.¹⁶ Pero la nitidez de esta distinción, como la que diferencia las extradiciones activa y pasiva, no va acompañada de parigual claridad respecto de otras especies del instituto, a raíz de las deficiencias de la legislación interna, como en seguida se verá.

En la doctrina prevalece el entendimiento de que su *naturaleza* reside en una forma de colaboración jurídica internacional, que impone a los Estados un deber de asistencia recíproca en la persecución de los delincuentes y el castigo de sus fechorías.¹⁷ Idéntico parecer se aprecia en la jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia, el único órgano competente en materia de extradición pasiva —y, poco tiempo ha, también para la extradición activa—, tiene resuelto que “la finalidad de este instituto es evitar la impunidad de los delitos” y que “su justificación se apoya en el principio moderno del *auxilio mutuo* que deben prestarse los Estados para la consecución de este fin”.¹⁸ Tal es, asimismo, el punto de vista del Código de Derecho Internacional Privado en sus disposiciones sobre el tema.¹⁹ En consecuencia, la reciprocidad, que

¹⁵ Obsérvese que el fundamento en cuya virtud el Estado requirente ejerce su *ius puniendi* no queda reducido, según los términos de la definición, al principio territorial, de lo que se sigue que el individuo reclamado pudiera serlo en mérito a los principios personal, real o universal, reserva hecha de que el Estado de Chile, tratándose de la extradición pasiva, sea también competente para juzgarle.

¹⁶ Así, Politoff Lifschitz, *Derecho penal*, tomo I (único publicado), Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1997, p. 164.

¹⁷ *Ibidem*. Véase, además, Cury Urzúa, *Derecho penal*, parte general, 7ª ed., ampliada, Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile, 2005, p. 218.

¹⁸ Sentencia de 14 de junio de 1962, publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, de Santiago de Chile, tomo LIX, 2ª parte, sección 4ª, p. 90. Al respecto, véase Cousiño Mac Iver, *Derecho penal chileno*, parte general, 3 vols. publicados, t. I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975-1992, p. 201.

¹⁹ Artículo 344.

en otros países y épocas se estimó como la teoría apropiada para explicar la índole de la extradición, en Chile ocupa el más modesto plano de una fuente subordinada, operante a falta de tratados, y, por ende, se la mira como condición de procedencia, en situaciones específicas, de la entrega del *extraditurus*. Esto aparte, el carácter político, no jurídico, del principio de reciprocidad, es blanco de críticas en el medio nacional, que propugna hace algunas décadas su abandono.²⁰

Sabido es que en pocos códigos penales se habla de la extradición, y que en la mayoría de las legislaciones el asunto es objeto de leyes especiales o de disposiciones contempladas en códigos de procedimiento.²¹ Pues bien, Chile comparte con varios países hispanoamericanos la imperfección de haber descuidado sobremanera las *fuentes* respectivas. Ni la Constitución política ni el Código Penal dicen palabra sobre el particular. Tampoco hay una ley que aborde los requisitos de fondo, es decir, las condiciones propiamente penales a que se subordina la entrega. Sólo el derecho formal de extradición recibe cumplido tratamiento en el Código de Procedimiento Penal, de 1906 (arts. 635-656), y el vigente Código Procesal Penal, de 2000, cuyas disposiciones (arts. 431-454) mejoran las de comienzos del siglo XX.

Pese a la notoria insuficiencia de este régimen,²² son dignos de nota dos importantes sucedáneos. Primero, que la ley procesal toca indirectamente ciertos requisitos sustantivos de la extradición, conforme indicaremos después, y nombra, también de pasada pero esta vez sin circunloquios, sus fuentes, a saber, “los tratados vigentes o, a falta de éstos, [...] los principios de derecho internacional” (art. 449, letra b). La referencia a estos últimos repercute en lo primero, puesto que el máximo tribunal ha suplido las insuficiencias de las condiciones básicas de la entrega según el derecho interno, acudiendo, precisamente, a la doctrina y costumbre supraestatales, e incluso ha declarado en repetidas ocasiones que el Tratado de Montevideo y el Código de Bustamante, a los que en seguida se aludirá, contendrían una suerte de *ius communis*

²⁰ En este sentido, Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, *Lecciones de derecho penal chileno*, parte general, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, véanse pp. 147-148, con cita de la jurisprudencia. No obstante, la Corte Suprema, hasta la entrada en vigor del Código de Derecho Internacional Privado, en 1933, empleó la reciprocidad a título de fundamento exclusivo de las fuentes chilenas de la extradición. Sólo más tarde empezó a calificarla como sustituto del tratado. Véase Cousiño Mac Iver, o. et vol. cit., p. 208. Defiende el principio en cuestión Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno*, parte general, 2 vols., 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, 1985, t. I, véase p. 185. En todo caso, véase lo que se indica a continuación en el texto.

²¹ Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, 7 vols. publicados, t. II, 2ª ed., Buenos Aires, Losada, 1950, véase p. 907.

²² Con todo, tampoco es muy abundosa su crítica en quienes, con razón, lo cuestionan, como Politoff Lifschitz, o. et vol. cit., p. 165, y Cury Urzúa, o. et ed. cit., p. 218.

extraditionis, no obstante vincular, siquiera en amplio espectro, nada más que a Estados americanos.²³ Segundo, la mención de las fuentes determina, además, cierta ordenación jerárquica, al hilo de la secuencia tratado-ley interna-principios de derecho internacional, orden que no puede ser alterado por el órgano jurisdiccional, y, por otra parte, franquea la posibilidad de extraditar a un individuo en defecto de pactos entre Chile y el Estado que le reclame o al que se solicite su entrega. Siendo así, es comprensible que no arraigase en el país la máxima *nulla traditio sine lege*, postulada con afán legalista y vuelos liberales por Jiménez de Asúa, con arreglo a la cual la ley aplicable al delincuente que escapa al extranjero es el tratado, de modo que en ausencia de este —o de ley interna— no habría facultad para extraditarle.²⁴ Por cierto, si existe un tratado bilateral o multilateral de extradición, se desprenden para él los mismos corolarios del principio de legalidad de delitos y penas en el derecho nacional, entre otros, que el acuerdo ha de estar vigente tanto en el momento en que ocurrió el hecho delictivo como en el instante en que se decreta la entrega del presunto responsable —irretroactividad, aunque también la eventual retroactividad de un pacto ulterior más benigno.²⁵ En este sentido resulta verdadero que el tratado se yergue como *Charta Magna* del extraído. Pero no más allá: la alusión, que antes trajimos a cuento, del Código de procedimientos a los principios del ordenamiento internacional, como derecho supletorio, informa el extendido criterio de que el *do ut des*, en cuanto elemento de las relaciones internacionales, permite extraditar a habitantes, incluso paisanos —cual de hecho ha sucedido—, siempre que el Estado requirente con el que no existen convenios ofrezca una promesa seria de reciprocidad, o demuestre que sus autoridades no desconocen ni rechazan las resoluciones de los tribunales chilenos.²⁶

²³ Véase Cousiño Mac Iver, o. et vol. cits, p. 207.

²⁴ *Ibidem* pp. 910 y 947-948. Sólo le sigue Cousiño Mac Iver, o. et vol. cits., p. 204.

²⁵ Así, Novoa Monreal, o., vol. et ed. cits., p. 183, y Cousiño Mac Iver, o. et vol. cits., pp. 209-210.

²⁶ La sentencia de la Corte Suprema de 18 de octubre de 1994, citada por Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, o. cit., véase p. 148, establece que la demanda de reciprocidad formulada a Chile debe cumplir como trasfondo una pareja de requisitos: la falta de información relativa a que el Estado extranjero haya dejado de cumplir algún fallo de tribunales nacionales, y la existencia de compromisos entre los dos países en orden a la persecución común de la criminalidad, aunque no se trate de tratados de extradición en la acepción estricta del término.

La República ha suscrito una escueta gama de *tratados de extradición*, que en su mayor parte han sido invocados y aplicados en concretos procesos de esta naturaleza. Tienen carácter bilateral los que ahora presentamos, en cronología inversa, con los siguientes países:²⁷ Nicaragua (2001), Corea del Sur (1997), Australia (1996), España (1995),²⁸ México (1993), Venezuela (1965), Brasil (1937),²⁹ Perú (1936), Bélgica (1935),³⁰ Bolivia (1931), Uruguay (1930), Colombia (1929), Estados Unidos de Norteamérica (1902), Ecuador (1899) y Gran Bretaña (1898). Perdió fuerza vinculante, por denuncia del Estado de Chile, su tratado más antiguo en la materia, con Francia (1860). Particularmente grave, por la condición limítrofe y el ingente tránsito de personas entre ambos países, es la carencia de lazo contractual con la Argentina. Los tratados de 1869 y 1898 dejaron de regir; los de 1894 y 1910 no fueron ratificados en Buenos Aires, y el convenio de 1919 se limita a regular las cuestiones de policía fronteriza, si bien con frecuencia la actividad coordinada de la policía de fronteras precave la necesidad de extraditar a fugitivos que buscan pasar de un lado al otro de los Andes.³¹

Especial significación revisten los pactos multilaterales, de los hay que consignar tres: el Tratado de Extradición entre Bélgica, Brasil, Chile, Gran Bretaña, Paraguay, Portugal y Uruguay, que es el más antiguo (1898); la Convención sobre Extradición de Montevideo, suscrita en 1933 por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela, y ratificada por Chile en 1935, y el Código de Derecho Internacional Privado (llamado comúnmente *De Bustamante*, en homenaje a su redactor, el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante), acordado en la ciudad de La Habana el 20 de febrero de 1928 entre Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de Norteamérica, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, vigente en Chile desde 1933.³² Estos textos imperan en los casos, asaz cuantiosos,

²⁷ Las fechas que figuran entre paréntesis corresponden al año en que entraron a regir en Chile.

²⁸ Este pacto derogó una convención anterior, de 1895, que estuvo en vigor desde 1897.

²⁹ Hubo otro tratado con la Federación brasileña, en 1897, vigente desde 1900.

³⁰ Se trata de una convención adicional al tratado de extradición suscrito entre Chile y Bélgica en 1899, vigente desde 1904.

³¹ Acerca del punto, véanse Jiménez de Asúa, o., vol. et ed. cit., p. 921, y Cousiño Mac Iver, o. et vol. cit., pp. 205-206. El problema se complica por cuanto la nación trasandina tampoco aprobó el Código de Bustamante, y recién en 1956 prestó ratificación al Tratado de Montevideo, de 1933.

³² Repárese, empero, en que una cantidad no indiferente de los Estados suscriptores de los Tratados de Montevideo y La Habana se han abstenido de ratificarlos.

donde no se dispone del respaldo provisto por el convenio bilateral. De particular interés es el nombrado en tercer lugar, tanto porque la Corte Suprema tiende a leer en sus preceptos verdaderos principios de derecho internacional —aun a riesgo de imponerlo a Estados que nada tienen que ver con él—, cuanto porque en los artículos 344 y siguientes del Código se despliega un abanico de reglas por entero faltantes en el ordenamiento vernáculo. Dado que en los próximos apartados haremos breve notación de las que conciernen a los requisitos y formas del instituto, sean nombradas ahora nada más que estas: extradición de tránsito (art. 375), concurso de demandas de extradición (arts. 347-350), derechos del acusado (arts. 368 y 369), entrega de objetos y pruebas, accesoriamente a la extradición (arts. 370 y 371), y abono de la prisión preventiva (art. 379).

2.1.2. Condiciones a que se subordina, respecto al delito, al delincuente y a la penalidad

Consignemos, por lo pronto, como singularidad de la praxis chilena, que la tricotomía enunciada se reduce, en verdad, a una dualidad, al no haber limitaciones en punto a la persona reclamada. En efecto, entre los requisitos del derecho interno para la extradición pasiva, no figura que el *extraditurus* carezca de nacionalidad chilena. La ausencia de semejante restricción, propia de sistemas (los anglosajones) que en esto muestran analogía con el de Chile y la cual se acomoda a pedir de boca al principio de territorialidad, disfruta del respaldo de la doctrina, que le es decididamente partidaria,³³ y la jurisprudencia: en numerosos procesos la Corte Suprema ha entregado a chilenos para su juzgamiento en el extranjero.³⁴ Es más, se procura que los tratados pertinentes no resten al Estado semejante atribución, por ejemplo, el pacto entre Chile y España (art. 7.º). Asimismo, es irrelevante la calidad de la intervención en el delito, como autor o partícipe; pero esto no lo expresa la ley interna, sino los vínculos supraestatales.³⁵

³³ Véase, por todos, Polittoff Lifschitz, o. et vol. cit., p. 175: “salvo si se trata de Estados donde no exista un régimen jurídico confiable”.

³⁴ Hasta 1944 la práctica era la opuesta. Sin embargo, ese año se accedió a la entrega de un chileno a la Argentina, basándose el máximo tribunal en el Código de Bustamante, que establece una cláusula facultativa (artículo 345: “Los estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales”). A partir de entonces forman legión las sentencias proclives a la extradición de paisanos.

³⁵ Especialmente el artículo 352 del Código de Derecho Internacional Privado, que extiende la extradición a los autores, cómplices y encubridores, dicción idéntica al anticuado régimen chileno de la codelinuencia, en el artículo 14 del Código Penal.

Quedan, pues, las condiciones relativas al delito y a la penalidad, en todo lo cual Chile se atiene a criterios clásicos o, lo que viene a ser lo mismo, legalistas y liberales. El *delito* debe serlo tanto en el Estado requirente como en el requerido. El principio de la doble incriminación afecta exclusivamente a la adecuación típica del acto y, por tanto, impide “entrar a examinar la procedencia de eventuales causales de justificación o de exculpación que, en el caso concreto, pudieran hacer desaparecer la antijuridicidad del hecho o la culpabilidad del hechor”.³⁶ Frente al silencio de la ley interna,³⁷ nuevamente tienen la palabra los tratados de extradición.³⁸ Sólo los más antiguos (con Bélgica, Bolivia, Colombia, Estados Unidos de Norteamérica y Gran Bretaña) contienen repertorios de infracciones que la hacen viable, generando a veces la necesidad de desempolvar la advertencia de no ser determinante el *nomen iuris*, sino los elementos del hecho. La inmensa mayoría y, desde luego, todos los recientes se atienen a un enunciado genérico basado en la gravedad del maleficio, medida por la naturaleza y duración de la pena. El segundo desdoblamiento de la máxima *nulla traditio sine lege*, o sea, el principio de especialidad, es también materia del derecho internacional convencional.³⁹ Otro tanto dígame de la circunscripción del objeto de la demanda a delitos comunes. Los de signo político quedan exceptuados en el plexo de los tratados bilaterales, muy especialmente aquellos con países de Hispanoamérica,⁴⁰ algo harto comprensible si se piensa en las turbulencias de esta clase que han aquejado a la región, con la consiguiente diáspora de quienes defendieron sin éxito un orden democrático o lucharon por derrocar regímenes dictatoriales, y, por cierto, con impecable fórmula, en el Código de Derecho Internacional Privado: “Están excluidos de la extradición los delitos políticos y conexos, según la calificación del Estado requerido”.⁴¹

³⁶ Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, o. cit., p. 149. Hemos quitado las cursivas del original.

³⁷ De algún modo la impropriamente denominada “identidad de la norma” (porque queda mejor llamarla identidad *del precepto*) está recogida en uno de los elementos cuya comprobación es necesaria para otorgar la extradición del acusado, a saber, “que el delito que se le imputare o aquel por el cual se le hubiere condenado sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes [...]” (artículo 449, letra b, del Código Procesal Penal). También se deducía del artículo 647, n.º 2.º, del derogado Código de Procedimiento Penal, siempre a propósito de la extradición pasiva. Véase Novoa Monreal, o., vol. et ed. cit., p. 185.

³⁸ Sobre todo, el artículo 353 del Código de Derecho Internacional Privado.

³⁹ La salvedad contemplada en el artículo 377 del Código de Bustamante, a la prohibición de que el Estado que obtuvo la entrega extienda el juicio por delitos distintos de aquellos que la motivaron, esto es, “que consienta en ello el Estado requerido”, debe interpretarse en el sentido de que dicha aquiescencia tiene que ser el resultado de una nueva demanda y un nuevo proceso de extradición, con todos sus trámites. Véase Politoff Lifschitz, o. et vol. cit., p. 172, y Cury Urzúa, o. et ed. cit., p. 225. De otra guisa la garantía de la especialidad, establecida a favor del reo, sería burlada en beneficio ilimitado del país que ahora lo detenta.

⁴⁰ P. ej., el artículo 4.º del concluido con la Unión brasileña.

La doctrina comparte el pensamiento subyacente, que el llamado delincuente político, antes que tal, es un vencido.⁴² La extradición tampoco alcanza a los delitos militares en sentido estricto, *servata distantia* de la ayuda simplemente administrativa en la detención de marineros desertores de una nave extranjera y su rápida entrega a los correspondientes agentes consulares. En fin, la gravedad del delito que permite la extradición está predeterminada en el derecho interno: para la extradición activa, ha de tener señalada en la ley una pena privativa de la libertad cuya duración mínima exceda de un año, si el propósito es enjuiciar, o superior a un año de cumplimiento efectivo, si se busca aplicarla al ya condenado; en la pasiva la regla es una sola, que se persiga un delito amenazado con pena privativa de la libertad superior a un año, o bien irrogarla cuando menos por idéntico término (arts. 431 y 440 del Código Procesal Penal).⁴³

En cuanto a la *penalidad*, genera controversias el requisito de la vigencia de la acción penal y de la pena, supuesto que Chile sea el Estado requerido y se sospeche que delito o pena han prescrito.⁴⁴ Esto, porque los tratados que vinculan al país adoptan, sin orden ni concierto, los criterios de ceñirse a la legislación del Estado requirente, a la del requerido o a las de ambos simultánea o alternativamente —como el Código de Derecho Internacional Privado, cuyo lapidario tenor impide extraditar si delito o punición prescribieron en cualquiera de los dos (art. 359). La doctrina mayoritaria se inclina por la actual posibilidad de persecución al compás del derecho chileno, puesto que se da por descontado que un Estado extranjero no perderá tiempo ni recursos en demandar la entrega por situaciones fenecidas en su propia legislación.⁴⁵ Un nuevo “germen potencial de graves dificultades”,⁴⁶ también oriundo de la falta de una ley completa en el tema, radica en determinar qué ordenamiento, si el nacional o el extranjero, debe imperar ante una posible interrupción o suspensión de los plazos. Estos y otros escollos se mostraron en su tremenda dimensión durante el

⁴¹ Artículo 355. El 356 se hace prudente cargo de la oscura propensión a escamotear una acusación política bajo los ropajes de un delito común, y deniega la extradición en tales casos. Sin embargo, no merece plácemes, por su rigidez y amplitud, la excepción de los magnicidas, en el artículo 357, ya que quien mata a un jefe de Estado contratante o “a cualquiera persona que en él ejerza autoridad” no debiera ser extraditado si atentó contra un tirano, ejerciendo el derecho de resistencia legítima. Sobre el particular, Jiménez de Asúa, o., vol. et ed. cit., p. 1018.

⁴² Cetera caracterización de Labatut Gléna, *Derecho penal*. 2 vols. t. I (parte general), 7.º ed., actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 69.

⁴³ Tales plazos valen parejamente para los grados imperfectos del *iter criminis*, en que la extradición es también procedente, como recalca Cury Urzúa, o. et ed. cit., p. 220.

⁴⁴ Véanse, al respecto, Politoff Lifschitz, o. et vol. cit., pp. 175-176, y Cousiño Mac Iver, o. et vol. cit., pp. 218-219.

⁴⁵ Véanse Novoa Monreal, o., vol. et ed. cit., p. 193, y Cury Urzúa, o. et ed. cit., p. 223.

⁴⁶ En la expresión de Cousiño Mac Iver, o. et vol. cit., p. 220.

proceso contra Walter Rauff, al que reservamos ulterior acápite. Menos conflictiva es la pareja de requisitos restantes. Un medio internacionalmente reconocido para combatir la pena de muerte y las perpetuas privativas de la libertad consiste en que se condicione la entrega a que el Estado requirente, de consultarlas en su legislación para el delito de que se trate, se comprometa a no aplicarlas. El Código de Derecho Internacional Privado emplea la fórmula condicional, mas sólo mienta el máximo suplicio (art. 378), algo que marcha al ritmo del draconiano sistema penal chileno, que recién en 2001 suprimió la capital para el derecho penal común y mantiene todavía el presidio perpetuo. Tratados bilaterales de última data, por ejemplo, con Nicaragua (art. 10), subordinan la entrega a que el Estado solicitante dé seguridades en orden a que la pena máxima por cumplir será la inmediatamente inferior al encierro de por vida. Siendo Chile el país que solicita al *extraditurus*, y como sus jueces de fondo no podrían vulnerar el precepto que imponga tales castigos, la única solución sería el ejercicio gubernamental del derecho de gracia, en la forma de conmutación o indulto parcial.⁴⁷ Por último, el *ne bis in idem*, en sus flexiones de causa pendiente de fallo y causa juzgada, plasma en el Código tantas veces citado: “No será concedida la extradición si la persona reclamada ha sido ya juzgada y puesta en libertad, o ha cumplido la pena, o está pendiente de juicio, en el territorio del Estado requerido, por el mismo delito que motiva la solicitud” (art. 358); y “negada la extradición de una persona, no se puede volver a solicitar por el mismo delito” (art. 381).

2.1.3. Derecho formal de extradición; situación jurídica y derechos del extraído

De los sistemas reguladores de la competencia y los procedimientos de extradición en el derecho comparado, esto es, el angloamericano, el francés y el mixto o belga-holandés,⁴⁸ Chile ostenta el mérito de haber escogido el primero, del que acentúa el tinte jurisdiccional y las posibilidades de defensa del reo. Por eso ha merecido elogios dentro y fuera del país.⁴⁹ Expresado de otra manera: si la entrega obtenida o concedida representa un acto de soberanía estatal, por cuyo motivo el único camino

⁴⁷ Así, también, Cousiño Mac Iver, o. et vol. cit., p. 227.

⁴⁸ Ídem, véanse pp. 210-211.

⁴⁹ Confróntese los lisonjeros juicios que le dedica Jiménez de Asúa, en o., vol. et ed. cit., p. 1035.

que debe seguirse es el diplomático, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, eso nada quita ni pone al hecho de que la decisión determinante está reservada al Poder Judicial. Lo que este resuelva, en sentido afirmativo o denegatorio, no puede ser modificado en caso alguno por el gobierno, y la Cancillería ha de limitarse a realizar las gestiones necesarias para que se cumpla lo fallado por los jueces, entregando materialmente a la persona al país ganancioso u obteniendo su entrega del que la hospede. En resumen, el sistema está diseñado para que no se infiltre la política. Pero apremia hacer constar que el celo de los tribunales, por demás encomiable, en su prerrogativa de examinar y valorar los antecedentes probatorios presentados durante la tramitación del juicio, torna difícil extraer a los que buscan refugio en tierras chilenas.⁵⁰

El Código Procesal Penal divide el rito según se trate de la extradición activa o pasiva, en el título VI de su libro IV (arts. 431-439 y 440-454, respectivamente).⁵¹ Considerando que en el presente contexto interesa más bien la segunda, a ella se contrae el panorama sinóptico que figura a continuación.

La extradición pasiva se tramita en dos instancias, la primera confiada a uno de los ministros de la Corte Suprema, como órgano unipersonal, y la segunda, a una de las salas en que se divide para su funcionamiento colegiado el máximo tribunal (arts. 441 y 450). La solicitud de extradición, con los antecedentes que la justifiquen, debe remitírsela el Ministerio de Relaciones Exteriores, no bien este la reciba del gobierno extranjero que la formuló. El ministro designado por la Corte puede decretar la detención del imputado incluso antes de llegarle el pedido de extradición, “si así se hubiere estipulado en el tratado respectivo”, o si el Estado extranjero lo requiere mediante un pliego que debe identificar al extraído, mencionar la sentencia condenatoria firme o la orden privativa o restrictiva de la libertad emanadas en su contra, calificar el delito que motiva la solicitud, con su lugar y fecha de perpetración, y declarar que se pedirá formalmente la entrega. La detención durará lo que determine

⁵⁰ Maguer muestra reluctancia a comentar procesos todavía no afinados, conjeturamos que esta ha de haber sido una de las razones por las que el ex presidente Alberto Kenya Fujimori decidió entrar al país, el 6 de noviembre de 2005, como pródromo de su “retorno gradual al Perú”, a sabiendas de que la vecina República proseguiría en Chile el empeño por extraditarle, como efectivamente empieza a suceder con la demanda de 3 de enero de 2006.

⁵¹ No conoce el Código las demás formas del instituto, en particular la extradición de tránsito y la reextradición. Para la voluntaria, que allí se denomina “extradición pasiva simplificada”, el artículo 454 dispone que si la persona, debidamente informada de sus derechos y de la protección que le brinda el proceso de extradición, expresa su conformidad en ser entregada al Estado solicitante, el órgano judicial la concederá sin más trámite. Reextradición, extradición de tránsito y extradición voluntaria suelen comparecer en los tratados bilaterales, p. ej., con Nicaragua (art. 17).

el tratado aplicable o, en su defecto, no más de dos meses (art. 442). A diferencia del viejo Código de Procedimiento Penal, que no admitía la libertad provisional del encausado, la ley vigente permite modificar, revocar o sustituir la prisión preventiva y otras medidas de cautela personal (art. 447). El procedimiento mismo, oral, público y contencioso, tiene como partes al Estado requirente y al reo o condenado. El interés del primero lo sustenta el ministerio público o el representante nombrado por el Estado extranjero; el del segundo, un defensor penal público o el abogado de su confianza (art. 443). La audiencia de cognición es celebrada con la asistencia de los mandatarios y del reo. Tres días antes, pueden estos ofrecer prueba testimonial, pericial o documental, que se rinde acto seguido de que el requirente relate los antecedentes en que se funda el libelo. El imputado es libre de prestar declaración, pero puede ser interrogado a su vez por el demandante. La audiencia termina con las conclusiones de las partes (arts. 448 y 445). El fallo favorable a la extradición pende de que “de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen” (art. 449). O sea, aunque no está prevista una investigación propiamente dicha, pues se tiene por tal la efectuada ya por los órganos de la persecución penal del país requirente, el juez de la causa accederá a la entrega sólo si se demuestra que hay un fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado según las reglas generales (art. 248), y de ahí que, cuando sea preciso, el demandante puede completar, con prueba producida en Chile, los antecedentes reunidos antes de la demanda. El fallo es susceptible de apelación y nulidad (casación) y, una vez firme, el sentenciador pondrá al sujeto a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores para la materialización de la entrega (arts. 450 y 451). Siendo denegatorio, se le libera de inmediato, comunicándose oficialmente al Ministerio el resultado final del procedimiento si el tribunal superior confirma o aprueba lo resuelto (art. 542).

De lo anterior se desprende que la *situación jurídica y los derechos del extraído* son los mismos de cualquier ciudadano que verse en el trance de comparecer a juicio penal. Su defensa, la facultad de prestar declaración o guardar silencio, los recursos disponibles: el entero espectro de garantías encapsuladas en el debido proceso tiene como base una ley que se las reconoce convenientemente. Dado que, además, si hay tratado de extradición la condena debe apoyarse en que el delito esté contemplado entre los que habilitan la entrega —según la terminante dicción del antes recordado artículo 449, letra *b*, del Código Procesal Penal—, resulta que el interesado puede

argumentar y eventualmente producir la anulación del fallo cuando en el proceso fueron transgredidas las formas del convenio. Este, pues, no es un acto de alta administración que sólo liga a las naciones contratantes, sino que pasa a integrar el ordenamiento interno, por lo que el extraído puede ampararse en él como si invocase preceptos del Código Penal. Nada distinto prevé el de Derecho Internacional Privado, en sus artículos 368 y 369.

2.1.4. *Jurisprudencia en crímenes internacionales*

La Corte Suprema ha generado una copiosa jurisprudencia de extradición, especialmente en la pasiva y sus condiciones de procedencia. Sin embargo, es muy menguada cuando de crímenes internacionales se trata. No se olvide la falta de tipificación de estos en el derecho interno. Los procesos que han tenido lugar fueron o son sustanciados a partir de delitos comunes, satisfaciendo con su contenido de injusto las exigencias del principio de la doble incriminación.

De ellos, ninguno sobrepasa en importancia al juicio contra Walther Rauff, tramitado a principios de los años sesenta de la pasada centuria por petición de la República Federal de Alemania. Todas las insuficiencias del régimen interno de entrega de criminales perseguidos en el extranjero quedaron de manifiesto en ese procedimiento, que causó inmenso revuelo nacional e internacional. La extradición de Rauff, en su hora alto funcionario de la Oficina Central de Seguridad del antiguo *Reich* alemán y diseñador del mecanismo de asfixia colectiva de judíos mediante la inhalación de monóxido de carbono expelido por motores de combustión interna, fue negada en abril de 1963, a raíz de que los delitos que se imputaba al *extraditurus* —nada menos que noventa y siete mil asesinatos—, en opinión del alto tribunal, estaban prescritos conforme a la legislación del Estado requerido. Así se consumó la “impunidad de un nazi”,⁵² posibilitada por los ripios de la legislación interna y el talante burocrático con que los jueces de segunda instancia abordaron la cuestión del carácter imprescriptible del genocidio en el derecho internacional.⁵³ Ante la inexistencia

⁵² Novoa Monreal, “El caso de Walther Rauff. La impunidad de un nazi”, en su obra *Grandes procesos*, Santiago de Chile, Ediciones Bat, 1988, pp. 58-105. Este autor representó como abogado al Estado alemán en el juicio correspondiente.

⁵³ Véase Guzmán Dalbora, “De la extinción de la responsabilidad penal”, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I (único publicado), obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, con la coordinación de Jean Pierre Matus Acuña, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. (433-487) 465. El fallo de primera instancia, redactado por don Rafael Fontecilla Riquelme, uno de los mayores penalistas chilenos del siglo XX, había concedido la extradición del siniestro personaje.

de tratado entre Chile y Alemania, el proceso concluyó con la imposición a un Estado europeo, enteramente ajeno al Código de Bustamante, de un cuerpo legal que liga tan sólo a ciertos países de América hispana. En la fórmula alternativa del artículo 359 del Código⁵⁴ se encontró la disposición propiciatoria.⁵⁵ Por lo demás, el problema de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales sigue siendo un acertijo insoluble en Chile.⁵⁶

En nuestros días, el fallo de 23 de agosto de 2005 declina la entrega de dos ciudadanos chilenos acusados en la Argentina de haber intervenido en el asesinato del general Carlos Prats González y su consorte, Sofía Cuthbert Chiarleoni, quienes perecieron en Buenos Aires, durante la primavera austral de 1974, a manos de agentes del aparato represivo del gobierno militar de la sazón, como parte de un plan de exterminio de adversarios políticos. El motivo de la Corte Suprema parece esta vez inobjetable: la *litis pendencia* y que el Tratado de Montevideo libera al Estado requerido de conceder la extradición si el *extraditurus* ha sido o está siendo juzgado en él. Para un delito “a distancia” como este, los tribunales chilenos tienen efectivamente jurisdicción.

2.2. Otros tipos de asistencia judicial previstos en el derecho interno

El valor de cosa juzgada de las sentencias penales extranjeras, sean absolutorias o condenatorias, goza hoy de expreso reconocimiento legal (art. 13 del Código Procesal Penal). El obstáculo, fundado en tradicionales motivos de soberanía, al mérito ejecutivo de condenas foráneas, se ha relajado medianamente en el último tiempo, ya que su cumplimiento aquende las fronteras es posible si existe un tratado internacional. Mas los pasos emprendidos en esta orientación son todavía insuficientes. Se cuenta apenas con un tratado chileno-brasileño (1999) y con la adhesión a la alicorta Convención Iberoamericana para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero, suscrita por los miembros de la Organización de Estados Americanos en Managua,

⁵⁴ Quedó consignada *supra*, II, a, apartado dos.

⁵⁵ Rauff continuó en paz su vida en Chile hasta su deceso, ocurrido en 1984. Al final del sepelio los restos fueron despedidos con el saludo nacionalsocialista.

⁵⁶ Nos extendemos sobre ello en nuestro trabajo “Crímenes internacionales y prescripción”, publicado en el volumen *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, edición de Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 103-115, y, en versión portuguesa, “Crimes internacionais e prescrição”, en *Tribunal penal internacional. Possibilidades e desafios*, obra organizada por Kai Ambos y Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 185-197.

en 1993.⁵⁷ Chile se ha plegado además (también en 1999) a la Convención sobre el traslado de personas condenadas, que adoptó el Consejo de Europa en 1983. Naturalmente, en ninguno de tales supuestos hay menester del *exequátur*.

La ejecución interna de las demás resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros se somete a la autorización de la Corte Suprema (arts. 247 del Código de Procedimiento Civil y 52 del Código Procesal Penal). Sin embargo, el *placet* dejó de ser imprescindible a partir de noviembre de 2005, al introducirse un precepto con arreglo al cual las solicitudes emanadas de autoridades competentes de otro país para que se practiquen diligencias en Chile, se remiten directamente al ministerio público, organismo que requerirá la intervención del juez de garantía del lugar en que deban realizarse, cuando quiera que la naturaleza de las actuaciones entrañe privar, restringir o perturbar el ejercicio de alguno de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución (arts. 20 *bis* y 70 del Código Procesal Penal).

Diversos pactos bilaterales contemplan formas complementarias de asistencia judicial. Asimismo, Chile es miembro desde 1946 de la Organización Internacional de Policía Criminal.

3. La cooperación con la Corte Penal Internacional

En tanto que el proyecto sobre ratificación del Estatuto de Roma permanezca en el Parlamento, tampoco habrá iniciativas legales tendentes a adecuar el derecho chileno a las exigencias de cooperación y asistencia judiciales con la Corte Penal Internacional. Por esta razón, en lo que viene nos limitaremos a esbozar algunas directrices de la regulación del punto, teniendo en cuenta las normas existentes para la cooperación interestatal, que examinamos en el acápite anterior.

⁵⁷ Alicorta, pues permite el cumplimiento, en Estado distinto del que las pronunció y siempre que lo solicite o acepte el nacional condenado, de penas privativas o restrictivas de la libertad, pero sólo en un régimen de libertad vigilada, condena de ejecución condicional "u otras formas de supervisión sin detención" (como la libertad condicional), durante un período mínimo de seis meses.

3.1. Alcance y fuente de la implementación; la jurisdicción

La reforma de la legislación procesal del país es obligatoria. Lo ordena rotundamente el artículo 88 del Estatuto a los Estados partes. Pero para que el de Chile ofrezca suficiente garantía de que preverá los procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación reunidas en el tratado de Roma, lo primero que hay que decidir es el *alcance* que debe asumir la implementación y la *fuente* jurídica que la amadrigue.⁵⁸

La tradición legalista del país torna inviable una implementación limitada y, por otra parte, la implementación completa basada en una remisión en bloque al Estatuto, sea que se reproduzcan o no las disposiciones respectivas, iría presumiblemente en contra de las aprensiones de jurisdicción y soberanía surgidas en los cuerpos legisladores y el Tribunal Constitucional. En consecuencia, parece recomendable el modelo de la codificación. Aquí se ofrecen dos caminos formales: una ley especial o bien la reforma de los Códigos en vigor. El primero, más práctico y de sencillo ajuste, tiene el inconveniente de estimular el galopante proceso de descodificación que corroe al derecho penal chileno, y, sobre todo, no imprime al tema esa vocación de estabilidad, permanencia y realce ante los ojos de la comunidad que sólo pueden procurar los códigos. Contra el segundo, en cambio, no se elevan esos reparos, si bien demanda la prolija revisión de un crecido número de textos. Ahora bien, de los cinco que entran en consideración (los códigos Penal, Procesal Penal, Orgánico de Tribunales y de Justicia Militar, y la ley n.º 19640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público), sólo el segundo y el quinto son recientes y, por ende, de fácil adaptación; en cambio, modificar los restantes será tarea asaz compleja, salvo en un aspecto, crucial por demás: la *jurisdicción*. Sobrentendido que se dará prioridad a la jurisdicción nacional —el debate de constitucionalidad y los criterios reinantes en el derecho político no permiten aventurar otra cosa—, la reforma debiera enunciar, al interior de una lista nominativa de crímenes regidos por el principio de justicia universal —lo que no

⁵⁸ Sobre los modelos conocidos al respecto en el panorama comparado, a saber, implementación completa (por remisión al Estatuto o bien mediante una codificación propia) e implementación limitada (sólo de normas de procedimiento para la cooperación con la Corte y la adecuación de los delitos contra la administración de justicia), véase Ambos, "La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania", traducción de Pablo Galain Palermo y Oliver Büchl, en *Dificultades jurídicas y políticas en la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, o. cit., pp. (15-46) 19-21.

hace hoy el artículo 6.º del Código Órgánico de Tribunales—, que quedan sometidos a la ley penal chilena los contemplados en el Estatuto de Roma, a menos que el culpable se encuentre en el extranjero y el hecho sea objeto de persecución por la Corte Penal Internacional o por el Estado en que hubiere sido cometido.⁵⁹ Si, paralelamente, se mantiene inalterados los artículos 5.º y 6.º del Código Penal, se obtendría, primero, la reafirmación del carácter prioritario de la jurisdicción nacional cuando el delito fue perpetrado en Chile —principio territorial—,⁶⁰ y su aplicación subsidiaria, con preferencia de la extranjera o la de la Corte, cuando la comisión ocurrió fuera de las fronteras chilenas —principio universal. Tal sería el sentido interno de la frase “el Estado que tiene la jurisdicción”, en el artículo 17 del Estatuto.

3.2. Órganos competentes

Naturalmente, la competencia para la persecución penal nacional ha de ostentarla el ministerio público.

Este organismo está estructurado en una fiscalía nacional y varias fiscalías regionales, las que, a su turno, actúan mediante fiscalías locales. Un piélago de disposiciones de la ley n.º 19640, especialmente sus artículos 18 y 19, muestran que, frente a delitos de particular gravedad o de complejo esclarecimiento, el fiscal nacional puede asumir de oficio la investigación y ejercer directamente la acción penal, o bien disponer que se encargue de ello un determinado fiscal regional.⁶¹ Concentrar estas

⁵⁹ Una fórmula semejante, aunque no idéntica, a la del párrafo 153f de la Ordenanza procesal penal, en relación con el párrafo primero del Código Penal internacional alemán. Véanse Ambos, “Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, o. cit., pp. (26-31) 27, y *La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania*, en loc. cit., pp. 25-26.

⁶⁰ El proyecto gubernamental de reforma a la Constitución se inclina claramente por esta alternativa, en la forma de una preocupación por la actual falta de prioridad del Estado para juzgar crímenes internacionales cometidos en su territorio. En la exposición de motivos se lee que mientras Chile no ratifique el Estatuto y adecue la legislación, “cualquiera de sus nacionales puede ser juzgado ante una jurisdicción estatal extranjera, incluso por delitos cometidos dentro del territorio nacional, por el simple hecho de su captura o detención en ese Estado, en virtud del principio de universalidad y de las tendencias imperantes en el orden internacional”; “el Estado a cuya nacionalidad pertenece el inculpado o en cuyo territorio se cometió el ilícito carece [actualmente] de una garantía de preferencia para el juzgamiento de los hechos y, por ende, aun cuando reclame primacía para su jurisdicción interna, no existe reconocimiento explícito en el derecho internacional para ello”. “A fin de cuentas —continúa la exposición de motivos—, es en virtud de la complementariedad entre la CPI y las jurisdicciones estatales que los Estados adquieren competencia para perseguir la responsabilidad penal internacional y, de ese modo, dar satisfacción al interés de la sociedad mundial involucrado en su sanción. Del mismo modo, es en virtud de ese principio que los Estados obtienen un derecho preferente, consagrado normativamente en el derecho internacional, para ejercer sus jurisdicciones nacionales respecto de estos delitos. Por último, de este principio emana también el reconocimiento de la capacidad de un Estado para materializar la responsabilidad penal internacional por medio de la actividad jurisdiccional estatal o interna”.

⁶¹ De hecho, la Fiscalía nacional ha echado mano de esta facultad de avocación en el enjuiciamiento de delitos comunes, sin trascendencia internacional, por su gravedad interna o la investidura de las personas involucradas.

actividades en la cabeza del servicio, cuando se trate de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, reúne en su favor entrambos argumentos, no menos que el de la necesidad de poner a tono la envergadura de semejantes procesos con la ordenación jerárquica del ministerio público y la aplicación uniforme de la ley en el marco total de la administración de justicia. La facultad de abstenerse de iniciar la investigación, por no constituir delito los hechos denunciados o porque los antecedentes permitan establecer la extinción de la responsabilidad penal del imputado, se sometería a la aprobación del juez de garantía. El archivo provisional de investigaciones en las que no haya antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, se sustrae a la aprobación judicial. Por su parte, la atribución de no iniciar la persecución penal o de abandonar la ya comenzada, sobre la base del principio de oportunidad, está básicamente excluida, puesto que los actos de que hablamos tienen señaladas penas superiores a las que franquean el arbitrio (arts. 167, 168 y 170 del Código Procesal Penal).⁶² La jurisdicción propiamente dicha debiera corresponder a un tribunal oral en lo penal de la región metropolitana, o sea, la capital del país, donde tiene su sede el fiscal nacional.

Desde la perspectiva jurisdiccional de la Corte, las solicitudes de cooperación y asistencia podrían remitirse directamente al ministerio público para que este las haga cumplir, lo mismo que se predica hoy de las peticiones de tribunales extranjeros, a menos que se trate de un procedimiento de entrega, en cuyo caso entendemos que la demanda tendría que emplear el conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, como en la extradición.

3.3. Detención y entrega de personas

La *solicitud* de detención y entrega puede sujetarse a los requisitos de la extradición pasiva. Recibida a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, este la remitirá a la Corte Suprema para la designación del ministro correspondiente. El *procedimiento* para la entrega diferirá según se cuente o no con la aquiescencia del requerido, de suerte que sólo la entrega forzosa determine la audiencia de cognición, la producción de pruebas y la valoración de éstas en la sentencia. El examen material de los antecedentes presentados parece insoslayable, ya que detención y entrega entrañan

⁶² Al respecto, véase nuestra contribución citada *supra*, nota 4.

consecuencias iguales, por su injerencia en los derechos del acusado o condenado, a las actuaciones correspondientes del procedimiento de extradición. La *detención previa* a la formulación de la solicitud de entrega sería factible en los mismos términos que conocemos, es decir, siempre que la petición identifique al imputado, nombre los delitos que se le atribuyen, con su calificación jurídica, y declare que se pedirá formalmente la entrega. La prisión preventiva podrá prolongarse hasta el plazo señalado en las Reglas de Procedimiento y Prueba, pudiendo ser revocada o sustituida por otras medidas cautelares que aseguren que el sujeto no se sustraerá al tribunal, no obstaculizará el procedimiento ni constreñirá a las partes o terceros del pleito a proceder deslealmente. También en esto sus *derechos* serían los de cualquier extraído, en particular, los de ser presentado sin dilación ante el magistrado que lo juzgará y contar desde el principio con defensa letrada. Las *consultas* con la Corte Penal Internacional sobre los documentos, testimonios y otras informaciones necesarios para acordar la entrega las evacuaría la Corte Suprema por conducto de la Cancillería. En fin, como la ley interna no regula el problema de las *solicitudes concurrentes* de extradición, sería indicado prohijar íntegramente el artículo 90 del Estatuto, dando preferencia a la Corte en la entrega del acusado, si se cumplen los presupuestos previstos allí.

3.4. Principio de especialidad

Sabida es la limitación que éste experimenta en el Estatuto de Roma, que si lo reconoce en línea de máxima, pues “quien haya sido entregado a la Corte [...] no será procesado, castigado o detenido por una conducta anterior a su entrega [...]”, seguidamente vuelve sobre sus pasos para mutilarle, en la medida en que la Corte puede pedir al Estado requerido que la dispense de acatar ese precipitado de la legalidad penal (art. 101). Anotamos en su momento que la especialidad no comparece en la ley interna de Chile, sino en los tratados suscritos por el país a propósito de la extradición. Como el sentido de este principio finca en proteger a la persona de un abuso de poder por sus jueces, consideramos que la solicitud de ampliación planteada por la Corte ha de tramitarse como una nueva demanda de entrega, que especifique los delitos y adjunte los antecedentes a que se extenderá el enjuiciamiento.⁶³

⁶³ Véase lo que consignamos *supra*, nota 39, y, adicionalmente, Cousiño Mac Iver, o. et vol. cits., p. 226, para el cual en estos casos hay que exigir la reunión copulativa de dos requisitos: “aceptación por parte del Estado requerido y del reo”.

3.5. Traslado del detenido

Equivalente a la extradición de tránsito, tampoco contemplada en el derecho interno, recomendamos regularla al hilo del artículo 89, número 3, del Estatuto, incluida la posibilidad de una detención provisional en caso de aterrizaje forzoso de la aeronave en que se conduzca al individuo.

3.6. Ejecución de sentencias y órdenes

La colaboración en la *ejecución de penas privativas de la libertad* descansa en que el Estado donde se cumplirán manifieste a la Corte su propósito de recibir condenados; pero las condiciones del cumplimiento se rigen por las normas internacionalmente admitidas sobre el trato de los reclusos (arts. 103, letra *a*, y 106, número 1, del Estatuto). Este es un caso en que se yergue un grave impedimento a que condenados por la Corte sean reclusos en prisiones chilenas. El ordenamiento nacional no acata cabalmente el principio de legalidad en el cumplimiento de las penas privativas de la libertad, a causa de la carencia de una ley de ejecución, desigualdades en la irrogación de los castigos —privilegios personales, cárceles de pago, etcétera— y la total sujeción del preso a las autoridades de la administración penitenciaria.⁶⁴ Como la condición del condenado frente a la entidad estatal dista mucho de los caracteres distintivos de una relación jurídica y semeja más una situación unilateral de sometimiento, la asistencia a la Corte será imposible en tanto que no sea reconocido el verdadero estatus jurídico del preso en el derecho penal moderno. Sin embargo, una colaboración en el cumplimiento de las penas de multa y comiso es bajo todo punto factible con arreglo al artículo 109 del Estatuto.

Las otras formas de asistencia a la actividad de la Corte, que no consistan en la entrega de personas (individualización de sujetos e identificación de objetos, práctica de pruebas, interrogación de individuos objeto de enjuiciamiento, traslado provisional de inculpados o testigos, allanamientos, decomisos, etcétera), pueden quedar entregadas a las reglas generales, a saber, que las realice el ministerio público y, si la

⁶⁴ Confróntese nuestro artículo “Consideraciones críticas sobre el Reglamento penitenciario chileno”, en el volumen *De las penas, Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 271-279, y, antes, en la revista *Gaceta Jurídica*, de Santiago de Chile, n.º 168, junio de 1994, pp. 12-17.

diligencia involucra el menoscabo de garantías constitucionales, especialmente si hubiere que emplear medios de coerción, que las apruebe un tribunal. Esta colaboración podría extenderse a especies que el Estatuto no nombra expresamente, siquiera la subordinación del ministerio fiscal y de los tribunales al principio de legalidad, requeriría su enunciación pormenorizada en la ley: una mención genérica sería impropcedente.

3.7. Procedimientos de consulta

Las solicitudes de la Corte que planteen problemas de cumplimiento según el derecho interno debieran ser contestadas con la consulta del caso por el ministerio público o la Corte Suprema, dependiendo de que esté en juego o no la entrega de personas.

3.8. Actuación de funcionarios de la Corte en territorio nacional

He aquí uno de los extremos más controvertidos por los impugnantes del Estatuto en el proceso de calificación de constitucionalidad.⁶⁵ Con todo, no bien se allanen los impedimentos que se quiso ver en la Constitución, los funcionarios de la Corte podrían realizar directamente actuaciones en Chile, reserva hecha de impartir medidas de carácter coercitivo.

3.9. Solicitudes del Estado a la Corte

Si es el Estado de Chile el que instruye una investigación o sustancia un juicio por crímenes en que la Corte sería competente, el ministerio público o, en su caso, el tribunal competente, podrían solicitar la colaboración de aquélla, cumpliéndose los requisitos formales y los contenidos indicados en los artículos 93, número 1, y 96, número 2, del Estatuto.

⁶⁵ Véase nuestro informe en el volumen *Dificultades jurídicas y políticas en la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, o. cit., pp. 182-183.

4. Protección penal de la administración de justicia de la Corte

4.1. Panorama general de los delitos contra la administración de justicia en la legislación comparada

En otra obra, a cuyo desarrollo circunstanciado del tema nos permitimos remitir al lector,⁶⁶ hicimos constar que en la perspectiva de la legislación penal comparada los delitos contra la administración de justicia muestran un panorama bastante irregular, donde la única característica que se reitera en una visión de conjunto es una variedad y complejidad extraordinarias. Semejante falta de uniformidad plasma en una batería de manifestaciones concretas y dificulta sobremanera la ordenación sistemática de esta familia de infracciones. Por ejemplo, la cuestión de los delitos contra la administración de justicia que consulta o silencia el articulado de los códigos; ello porque, excepción hecha de ciertas figuras inveteradas, que forman un núcleo relativamente invariable, la extensión cuantitativa de la tutela presenta acusadas diferencias. Sucesivamente, la diversidad de los términos que el legislador aplica para nombrar el espectro global de los delitos, cuando tal designación existe en las rúbricas legales, lo que no siempre se da, sobre todo en los textos antiguos y aun en algunos de nuestros días. En fin, las variaciones de contenido en la estructura íntima de los tipos más comunes constituye, con toda seguridad, el dato más ilustrativo del oscilante y enmarañado espectáculo del grupo en los ordenamientos occidentales.

Por lo mismo, optamos allí por clasificar los principales ordenamientos europeocontinentales e iberoamericanos, siguiendo la pauta de si los códigos destinan un título o epígrafe especiales a la administración de justicia (sistemas de regulación autónoma), o se abstienen de concederle una disciplina diferenciada (sistemas de regulación no autónoma). Siendo exacto que las rúbricas de la ley no pasan de ser simples elementos de la labor hermenéutica y que su valor de ninguna manera resulta vinculante para el intérprete, en la especie, sin embargo, a este criterio debe reconocerse cierta importancia, por la doble razón de que la presencia o, en su caso, ausencia del epígrafe en la letra de la ley, por lo común constituye un indicio de la clase de tutela penal que se acuerda a la administración de justicia, no menos que de la amplitud

⁶⁶ Guzmán Dalbora, *Introducción a los delitos contra la administración de justicia. Objeto, sistema y panorama comparativo*, Managua, Publicaciones del Instituto Centroamericano de Estudios Penales de la Universidad Politécnica de Nicaragua, 2005, pp. 57-59.

de tal tutela, en general más extensa e intensa en los sistemas de regulación autónoma que en los demás.

4.2. Su presentación en el Código chileno

El Código Penal sancionado en noviembre de 1874 y vigente desde el primero de marzo de 1875 reconoce su fuente principal en el español de 1848-1850, que sobre él ejerció “una influencia casi única y constante”.⁶⁷ En estas circunstancias, no puede mover a extrañeza que prohíje la regulación no autónoma de los textos hispanos del siglo XIX, con el asistematismo y las insuficiencias ingénitos a aquella técnica. Presentaremos resumidamente las figuras al hilo de las formas genéricas de atentar contra este bien jurídico.⁶⁸

a. De las múltiples modalidades de atentar los justiciables contra la supremacía de la jurisdicción haciéndose justicia por mano propia, el Código rescató apenas una, en el artículo 494, número 20.º, que en la actualidad reprime con pena de multa al que “con violencia se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella”.

b. También la disposición concerniente a la usurpación de atribuciones judiciales ha permanecido fiel a su redacción primitiva. El párrafo segundo del artículo 222 establece: “todo empleado del orden administrativo que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere la ejecución de una providencia dictada por tribunal competente”, incurrirá en la pena de suspensión del empleo en su grado medio. El Código deja hasta aquí el tema de la usurpación de atribuciones, es decir, se abstiene de dilatar la intervención punitiva para que abrace formas de mera puesta en riesgo del bien jurídico, como las intimaciones dirigidas por funcionarios públicos a autoridades judiciales y concernientes a asuntos de la exclusiva competencia de estas.

c. Dos delitos traducen una infracción de sus deberes especiales para con la administración de justicia por los órganos que la componen y los sujetos que deben prestarle auxilio. En primer lugar, la omisión de denuncia, tipificada en el Código Procesal Penal (arts. 175 a 177), y la prevaricación, de la que el Código Penal describe

⁶⁷ Rivacoba y Rivacoba, *Evolución histórica del derecho penal chileno*, Valparaíso, Edeval, 1991, p. 47.

⁶⁸ Véase, nuevamente, nuestra *Introducción a los delitos contra la administración de justicia*, o. cit., pp. 51-53.

sus tres especies (judicial, político-administrativa, y de abogados y procuradores) en un régimen sumamente casuista (arts. 223-232).

d. Los delitos que consisten en quebrantar las partes o los terceros de un pleito las obligaciones especiales que los ligan al órgano jurisdiccional, que son el testimonio, la pericia o interpretación falsos, el perjurio y la presentación de pruebas falsas en juicio, en los artículos 206-212, fueron actualizados poco ha por la ley n.º 20074, de 14 de noviembre de 2005. Digno de interés es que la única especie de participación elevada a tipo autónomo es la nombrada en último lugar. La corrupción de testigos, a su turno, debe castigarse conforme a las reglas de la inducción. Tampoco hay delitos específicos para sancionar a quien obstruye la comparecencia de testigos o adopta represalias por lo que declararon. Estas formas de entorpecer a la justicia sólo pueden encajar en las coacciones, amenazas y otros delitos comunes.

e. Asimismo parco e insuficiente se muestra el Código en la tutela del impulso que debe dar origen al proceso penal. Sólo existen la decimonónica denuncia y querrela calumniosas, en el artículo 211. Son atípicas la simulación de delito y el fraude procesal.

f. En los actos de entorpecimiento a la jurisdicción, “con una vieja técnica condenable, el Código chileno se refiere a los encubridores en el artículo 17, entre las personas responsables de los delitos, a continuación de los autores y de los cómplices, y como una categoría de participación”.⁶⁹ Por si no bastara, los ripios y las limitaciones inherentes a esta técnica, repudiada unánimemente por la doctrina, se han visto acrecentados a raíz de reformas recientes. La receptación está escindida entre el artículo en palabra y, cuando se trate de la adquisición de especies hurtadas o robadas, el 456 *bis* A, en la parte especial. El favorecimiento, en cambio, es siempre un tipo no independiente, ya que tras la reforma de noviembre de 2005 fue derogado el favorecimiento del delito, es decir, la supresión de pruebas causada después de la *notitia criminis*, y en su lugar se dejó la obstaculización grave del esclarecimiento de un hecho punible o de la determinación de sus responsables, mediante aportación de antecedentes falsos al ministerio público, y la conducta del fiscal que a sabiendas oculte, altere o destruya antecedentes probatorios (arts. 269 *bis* y 269 *ter*).

⁶⁹ Peña Wasaff, “Autoría y participación en el delito”, en la *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 3, diciembre de 1972, Valparaíso, Editorial Jurídica de Chile, pp. (85-128) 105.

g. Finalmente, están aquellos que retratan una obstaculización o impedición del cumplimiento de resoluciones judiciales. Por lo pronto, el texto no se ocupa para nada de los fallos en lo civil.⁷⁰ Sólo regula el quebrantamiento de condena y la evasión de detenidos. El primero comparece en la parte general (art. 90). En cuanto a la segunda, obsérvese que el detenido y el sujeto a prisión preventiva que se evaden no cometen delito alguno, pero sí quienes se hacen culpables de connivencia en la evasión de detenidos, presos o condenados, los sustraen de donde se hallaren o facilitan su liberación (arts. 299-304).

4.3. Cotejo con los tipos del Estatuto de Roma y criterios para la reforma del Código vigente

La obligación directa de implementación contenida en el artículo 70 del Estatuto de Roma, en el sentido de que los países signatarios extiendan la tutela penal de su administración de justicia a la jurisdicción de la Corte, por modo de posibilitar la persecución penal nacional de los delitos contra ésta cometidos en el territorio del Estado o por sus súbditos, comporta un cambio significativo en la concepción de los límites de la protección de este bien jurídico. Para el derecho chileno, lo mismo que la inmensa mayoría de los ordenamientos occidentales, es válida aún la acotación que Maurach estampó algunas décadas atrás: como los principios fundamentales que yacen en los tipos de los delitos contra el Estado reciben sólo la protección del propio Estado, así también estos delitos protegen únicamente la administración de justicia nacional.⁷¹

En consecuencia, la adecuación de los delitos existentes y la introducción de los que se echa de ver requieren que unos y otros incluyan como objeto de tutela y, a la vez, sujeto pasivo, a la Corte y, en nuestra opinión, también otros tribunales de carácter internacional. Se trata de una modificación sencilla en el caso del falso

⁷⁰ La autoridad de estas resoluciones queda protegida por un tipo peligrosamente abierto, en el Código de Procedimiento Civil, artículo 240.

⁷¹ *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1964, 4^o ed., p. 633. Esta opinión se reitera en Maurach, Schroeder y Maiwald, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2 vols., t. II, Heidelberg, C.F. Müller, 1999, 8^o ed., p. 212, e implica que la tutela no se extiende a las jurisdicciones extranjera e internacional, salvo disposición expresa. Acerca de la situación presente del derecho penal alemán, donde no se ha modificado todavía los delitos respectivos del Código, véase Ambos, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht-Völkerstrafrecht-Europäisches Strafrecht. Ein Studienbuch*, München, C.H. Beck, 2006, p. 251.

testimonio y la presentación de pruebas falsas en juicio, para los que bastaría la añadidura de una simple cláusula o un párrafo adicional. Sin embargo, son precisos tipos nuevos, provistos asimismo de la referencia a la jurisdicción supraestatal, para castigar la corrupción de testigos, la obstrucción de su comparecencia, las represalias contra sus declaraciones, así como el cohecho o la coacción de funcionarios de la Corte y la realización de represalias por sus actuaciones. Sólo el soborno de funcionarios debiera regularse a remolque del cohecho común (arts. 248-250 *bis* B), al paso que los epifenómenos del testimonio y la producción de pruebas falsos no debieran disociarse del hecho principal al que acceden. También parece aconsejable extender los sujetos activos de la prevaricación judicial y el prevaricato de fiscales del ministerio público, a los jueces y funcionarios de tribunales internacionales.

5 • Conclusiones

El derecho interno, cuando menos el legislado, no es reacio por principio a un ajuste adecuado a las exigencias de cooperación y asistencia judiciales con la Corte Penal Internacional. Por lo demás, historia y praxis jurisprudencial evidencian una disposición colaboradora con la jurisdicción extranjera en la persecución de los delitos y el castigo de sus responsables. Las excepciones a esta regla pertenecen a momentos de quiebre del Estado de derecho y sus secuelas ulteriores, y no representan el proceder generalizado de los tribunales. Tal actitud de colaboración pudiera servir como base de las tareas de asistencia a la justicia penal supraestatal, en lo que ha de tenerse presente, empero, el celo de la judicatura chilena a la hora de conceder la entrega de sujetos reclamados por órganos extranjeros y, además, la línea legalista, incluso exegética, del país.

Los obstáculos al proceso de implementación del Estatuto de Roma están más bien enraizados en la Constitución de 1980, atendido su ayuno de normas que permitan la apropiada inserción de Chile como sujeto del vigente derecho internacional y el contraste entre su contenido original y el modificado en 1989 y 2005, reformas que no eliminaron, ni por asomo, el efecto monista y aislacionista del ordenamiento interno respecto del derecho público supraestatal, querido por el constituyente.

Tampoco se dispone de preceptos legales y conceptos dogmáticos claros, luego susceptibles de proficua aplicación, sobre los crímenes internacionales, sus reglas de imputación y el modo de perseguirlos y sancionarlos. Estas carencias de derecho penal material conspiran contra el manejo formal del tema, en términos de competencia y procedimiento. Asimismo, es altamente probable que el prurito de soberanía, eco de nociones decimonónicas, se deje sentir en el espectro de tareas *de lege ferenda* y entorpezca su progreso, como ya se aprecia en la discusión actual del Senado.

En conclusión, sólo un mudamiento de las circunstancias políticas, cambio apuntalado por un influjo consistente en los poderes públicos de especialistas de probada competencia en la materia, es decir, penalistas concededores del derecho internacional penal e internacionalistas capaces de persuadir a los legisladores acerca de lo insostenible de la posición del ordenamiento nacional ante el mundial —nada de lo cual ha sucedido hasta la fecha—, permitirá una ratificación que haga realidad el Estatuto, libre de reservas o declaraciones prohibidas, y un proceso de implementación semejante al inaugurado en los países de nuestra cultura jurídica. Mientras ello no ocurra, nuestro parecer seguirá siendo el de un año atrás: que todo apunta a que ratificación e implementación tienen por delante un derrotero borrascoso y de éxito incierto.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht-Völkerstrafrecht-Europäisches Strafrecht. Ein Studienbuch*, Múnich: C.H. Beck, 2006.
- *Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional*, en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, pp. 26-31.
- “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas en la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, pp. 15-46.
- AMBOS, Kai y Ezequiel MALARINO: “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares”, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, o. cit., pp. 577-589.

- COUSIÑO MAC IVER, Luis: *Derecho penal chileno*, parte general, 3 vols. publicados, t. I, (1975), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1975-1992.
- CURY URZÚA, Enrique: *Derecho penal*, parte general, 7.º ed. ampliada, Santiago de Chile: Ediciones de la Universidad Católica de Chile, 2005.
- GÁLVEZ, Polo: "Procesos constitucionales para la ratificación del Estatuto de Roma en los países latinoamericanos", en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2002, pp. 435-447.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: "Informe sobre Chile", en *Dificultades jurídicas y políticas en la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, o. cit., pp. 171-195.
- Informe relativo a Chile en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, o. cit., pp. 163-200.
 - "Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)", en *Anuario de filosofía jurídica y social*, Valparaíso: Edeval, n.º 12, 1994, pp. 165-199.
 - "Crímenes internacionales y prescripción", en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 103-115, y, en versión portuguesa, "Crimes internacionais e prescrição", en Kai AMBOS y Carlos Eduardo ADRIANO JAPIASSÚ (org.): *Tribunal penal internacional. Possibilidades e desafios*, Río de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pp. 185-197.
 - "De la extinción de la responsabilidad penal", en Sergio POLITOFF LIFSCHITZ y Luis ORTIZ QUIROGA (dir.) y Jean Pierre MATUS ACUÑA (coord.): *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I (único publicado), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 433-487.
 - "Consideraciones críticas sobre el Reglamento penitenciario chileno", en *De las penas, Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires: Depalma, 1997, pp. 271-279, y, antes, en revista *Gaceta Jurídica*, de Santiago de Chile, n.º 168, junio de 1994, pp. 12-17.
 - *Introducción a los delitos contra la administración de justicia. Objeto, sistema y panorama comparativo*, Managua: Publicaciones del Instituto Centroamericano de Estudios Penales de la Universidad Politécnica de Nicaragua, 2005.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de derecho penal*, 7 vols. publicados, t. II, 2.º ed., Buenos Aires: Losada, 1950.
- LABATUT GLENA, Gustavo: *Derecho penal*, 2 vols., t. I (parte general), 7.º ed., actualizada por el profesor Julio ZENTENO VARGAS, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- MAURACH, Reinhart: *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, 4.º ed., Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1964.

- MAURACH, Reinhart, Friedrich-Christian SCHROEDER y Manfred MAIWALD: *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2 vols., 8.º ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1999.
- NOVOA MONREAL, Eduardo: *Curso de derecho penal chileno*, parte general, 2 vols., 2.ª ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, 1985.
- “El caso de Walther Rauff. La impunidad de un nazi”, en su obra *Grandes procesos*, Santiago de Chile: Ediciones Bat, 1988, pp. 58-105.
- PEÑA WASAFF, Silvia: “Autoría y participación en el delito”, en *Revista de ciencias jurídicas*, n.º 3, diciembre de 1972, Valparaíso: Editorial Jurídica de Chile, pp. 85-128.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio: *Derecho penal*, tomo I (único publicado), Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1997.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, Jean Pierre MATUS ACUÑA y María Cecilia RAMÍREZ GUZMÁN: *Lecciones de derecho penal chileno*, parte general, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de: *Evolución histórica del derecho penal chileno*, Valparaíso: Edeval, 1991.

1 • Introducción

Aunque el proceso de adopción y aprobación del Estatuto de Roma se surtió con relativo éxito y con una celeridad que sorprendió incluso a los más escépticos, el proceso de implementación de dicho Estatuto ha sido un tanto disfuncional, en razón de que su puesta en marcha dentro del contexto colombiano no ha estado dentro de las prioridades de aquellos actores que hacen parte del poder político.

Para la adopción del Estatuto de Roma en Colombia se requirió impulsar una reforma constitucional mediante el acto legislativo n.º 02 de 2001, por la que se modificó el contenido del artículo 93, de tal manera que permitiera la inclusión de sus contenidos normativos en el ordenamiento interno y evitara así eventuales contradicciones con lo dispuesto en el texto constitucional. Posteriormente, el gobierno presentó un proyecto de ley que, finalmente, fue aprobado como ley n.º 742 de 2002, por medio de la cual se aprobó la adopción del Estatuto de Roma en Colombia.¹

Luego de ello, la Corte Constitucional, mediante la sentencia n.º C-578 de 2002, realizó un profundo y extenso análisis sobre diversos aspectos, como es el problema de la soberanía estatal frente a la justicia penal internacional, el principio de

¹ Para una descripción más en detalle de este proceso véase el informe nacional sobre Colombia de Alejandro Aponte, "Colombia", en: Ambos y Malarino (eds.) *Persecución Penal Nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, Konrad Adenauer Stiftung, 2003, pp. 201 y ss.

jurisdicción universal, la complementariedad como alternativa, y los aspectos procesales más relevantes. Luego de revisar estos aspectos, la Corte declaró la exequibilidad de la ley 742 de 2002 y, al mismo tiempo, la Corte declaró la exequibilidad del Estatuto de Roma como tal.²

Con posterioridad a este pronunciamiento, en el país se editó una serie de textos, tanto libros como artículos en revistas especializadas que dieron cuenta de las implicaciones del proceso de adopción del Estatuto, y que generaron un ambiente propicio de discusión. Al mismo tiempo, el Código Penal de 2000 incorporaba en su articulado aquellas normas que constituyen los crímenes internacionales objeto del Estatuto. Desafortunadamente, cuatro años después, en el país hasta el momento no se han adoptado las leyes ni se han desarrollado los mecanismos procesales tendientes a regular el proceso de implementación del Estatuto de Roma, específicamente los aspectos de cooperación y asistencia judicial. Sólo hasta ahora, se tramita en el Congreso de la República el proyecto de ley n.º 225 de 2004, mediante el cual se pretenden dictar las normas sobre cooperación internacional con la Corte Penal Internacional. Esta ley debe armonizarse con los dictados del nuevo Código de Procedimiento Penal, que ha entrado a regir en el país desde el año 2005. Como se verá en su momento, no siempre se logra esa armonía en el proyecto de ley, por lo que se espera que durante la legislatura del año 2006 sea éste un aspecto fundamental del que se ocupen los legisladores.

El presente escrito pretende dar cuenta del “estado del arte” en materia de cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional en Colombia. Para ello, se realizará la descripción y análisis de los mecanismos de asistencia judicial interestatal con los que cuenta el ordenamiento jurídico colombiano, en concreto, el procedimiento para la extradición de ciudadanos. Luego, se presentarán las especificidades del proyecto de ley n.º 225 de 2004 en su versión más avanzada, que corresponde al texto aprobado en primer debate en la Cámara de Representantes, mediante el que se pretenden dictar las normas sobre cooperación internacional con la Corte Penal Internacional. Posteriormente, se dará cuenta de que en el país no se han adoptado leyes ni se han impulsado en el Congreso proyectos de ley que desarrollen los enunciados de el artículo 70 del Estatuto.

² Un análisis detallado de los alcances y límites de la sentencia de la Corte es el de Óscar Julián Guerrero, *Comentarios a la sentencia de constitucionalidad sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Legis, 2003.

El detalle con que se presenta el proyecto de ley, excesivamente minucioso y que puede constituir más una especie de ley de asignación de competencias que una ley de cooperación como tal, se hace con el propósito de informar lo más adecuadamente posible el estado de la discusión legislativa.

2 ● Asistencia judicial interestatal

2.1. De la extradición en Colombia y otros mecanismos de asistencia judicial

La figura de la extradición surge ante la necesidad de la comunidad internacional de establecer mecanismos de cooperación en virtud de los cuales se impida que quien haya cometido un delito en determinado territorio eluda la acción de la justicia, resguardándose en un país diferente a aquel que tendría competencia para juzgar el caso, pues la extradición puede ser solicitada por el país en donde se cometió el hecho, pero además también por aquel que tenga competencia por el motivo que fuera (nacionalidad activa o pasiva, jurisdicción universal). Un ejemplo de ello: en el caso Cavallo, España pide la extradición a México, no obstante haberse cometido los hechos en la Argentina. Por ello, a partir de esta figura ha sido susceptible la firma e incorporación al orden interno de una multiplicidad de instrumentos internacionales, ya sean de carácter bilateral o multilateral, entre las naciones.

En el caso colombiano, es importante tener en cuenta que en el trámite de extradición intervienen dos ramas del poder público: la rama ejecutiva y la rama judicial. Por un lado, una serie de actos se desarrollan en sede administrativa, en los Ministerios del Interior y de Justicia y de Relaciones Exteriores, los cuales poseen, de acuerdo con la ley, la misión institucional de dar curso al trámite de extradición. Por el otro, existe una serie de actos que se desarrollan en sede jurisdiccional, tanto en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como en la Fiscalía General de la Nación, sin que se pueda decir que estos actos constituyen providencias judiciales por sí mismas. (Estas son las mismas instituciones que, como se verá, constituyen los órganos previstos en el proyecto de ley que intervienen en los mecanismos de cooperación ante la Corte Penal Internacional.)

2.1.1. *Reforma constitucional y extradición*

La expedición de la Carta Política de 1991 fue el resultado de complejos procesos de negociación política entre los más variados actores. Ello se ve reflejado en la yuxtaposición de intereses que pueden identificarse en el entramado normativo. El caso particular de la extradición era muy sensible, pues, de hecho, la Carta Política, que puede considerarse como un pacto de paz en el país luego de los años anteriores de escalada inmensa de la violencia política, particularmente de la violencia del narcoterrorismo urbano, debía consagrar de nuevo la figura de la extradición. Eran los años de los autodenominados “extraditables”, capos del narcotráfico que eran amenazados con ser enviados a los Estados Unidos, y que por esa razón acorralaron prácticamente la administración de justicia a finales de la década de los ochenta. Como fruto de estos procesos, a pesar de la multiplicidad de tratados firmados en Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente decidió proscribir la extradición de colombianos por nacimiento así:

Artículo 35: Se prohíbe la extradición de colombianos por nacimiento. No se concederá la extradición de extranjeros por delitos políticos o de opinión. [...]

No obstante, en el año 1997, con la expedición del acto legislativo n.º 01, se decidió reformar el artículo 35 constitucional para permitir la extradición de nacionales; ello, desde luego, tratándose de hechos cometidos con posterioridad a la reforma. Dice así la norma:

Artículo 35. La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley. Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana. La ley reglamentará la materia. La extradición no procederá por delitos políticos. No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma.

El caso de la irretroactividad del Tratado fue fruto de arduas discusiones, ya que, de nuevo, se presentaban problemas frente a Estados Unidos, suscitados por las peticiones de extradición de personas acusadas de narcotráfico. Fue ardua la discusión en el Parlamento y no fue bien recibida por el país del norte la salvedad de la

irretroactividad. Incluso, durante el presente gobierno de Colombia han existido casos en los cuales, una vez que la persona ha sido extraditada, fiscales norteamericanos han amenazado con tener en cuenta en la acusación hechos cometidos antes de la vigencia del acto legislativo reformativo de la Carta. Dicen que no les interesa la regulación interna, sino los delitos supuesta o realmente cometidos en Estados Unidos. (Ello ha generado múltiples pronunciamientos de la comunidad jurídica nacional.)

Es importante reseñar una providencia de la Sala Penal de la Corte Suprema en la cual se advierte que la prohibición de retroactividad de la reforma constitucional sólo ampara a los nacionales, no a los extranjeros. Dice la Sala:

Sólo se hace referencia a ellos, pues como quedó visto, ese fue el espíritu de los redactores, sin que por nadie se hubiera propuesto ni discutido que se restringiera la extradición de los extranjeros, salvo la limitación ya existente con relación a los delitos políticos, en forma tal que no pueden incluirse en la disposición personas a quienes no se quiso involucrar y sobre cuya extradición sin excepciones, siempre ha habido acuerdo.³

También los colombianos por adopción podrían ser extraditados, ya que según la Corte la prohibición de retroactividad sólo ampara a los colombianos por nacimiento.

2.1.2. Extradición y delitos de narcotráfico

Como se ve, en el caso colombiano el fenómeno de la extradición ha estado ligado, sobre todo, a problemas de narcotráfico. En relación con ello, el hecho de la extradición de los propios nacionales ha sido muy cuestionado por numerosos juristas, sobre todo por estar ligado a intereses que no son siempre los de Colombia. Respecto del tema que nos ocupa, debe decirse que, hasta ahora, el fenómeno de la extradición no ha operado frente a delitos concebidos como crímenes internacionales. Por el contrario, puede sostenerse que, cuando se habla de extradición, automáticamente se piensa en el problema del narcotráfico.

³ Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de abril de 1998, radicado n.º 14-036.

2.1.3. *El trámite de la extradición*

El trámite es, en principio, breve y sumario. Su finalidad es permitir que, tanto la investigación o el juicio por una determinada conducta punible, o el cumplimiento de una pena, se den en el Estado requirente, cuando el presunto infractor se encuentre en territorio del Estado distinto de aquel en el que se perpetró el hecho—con la aclaración que previamente se ha hecho—, o que resulte más gravemente afectado por este. Para que ello ocurra, se parte del criterio de que, ante el Estado requirente, la persona extraditada podrá hacer efectivas las garantías procesales establecidas en los estándares internacionales por medio de los tratados, y que incorporan a su vez las que se derivan del debido proceso.⁴

Esta figura se caracteriza, además, porque su trámite se inicia, bien por solicitud de otro Estado, bien mediante ofrecimiento del Estado colombiano. Estas dos posibilidades han hecho que se identifiquen dos categorías: la denominada *extradición activa* y la *pasiva*.

Es posible identificar tres etapas en las que se desarrolla el trámite. La inicial, que puede considerarse como previa o preliminar, implica la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Ministerio del Interior y de Justicia. El primero recibe la documentación que debe aportar el Estado requirente y procede a remitirla al Ministerio del Interior y de Justicia, dando previo concepto sobre la existencia de tratado o convención vigente, o si se debe obrar en aplicación del derecho interno.

Corresponde entonces al Ministerio del Interior y de Justicia, en un término no mayor a cinco días, examinar la documentación aportada, verificando que se ajuste a los requerimientos legales establecidos en Colombia en el artículo 495 del Código de Procedimiento Penal. Una vez surtido el trámite anterior, tiene lugar la remisión a la Corte Suprema de Justicia, específicamente en su Sala de Casación Penal.

Es importante aclarar que, según esta norma, el “gobierno podrá subordinar el ofrecimiento o la concesión de la extradición a las condiciones que considere oportunas”. Pero la norma condiciona el margen de actuación del Ejecutivo:

En todo caso deberá exigir que el solicitado no vaya a ser juzgado por un hecho anterior diverso del que motiva la extradición, ni sometido a sanciones distintas de las que le hubieren impuesto en la condena.

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-110 de 2002.

Además, la norma agrega, que

si según la legislación del Estado requirente, al delito que motiva la extradición, corresponde la pena de muerte, la entrega sólo se hará bajo la condición de la conmutación de tal pena, e igualmente, a condición de que al extraditado no se le someta a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni a las penas de destierro, prisión perpetua o confiscación.

2.1.3.1. Concepto de la Corte Suprema de Justicia: ¿un ejercicio meramente formal?

En virtud de una segunda etapa del procedimiento, a la Corte Suprema le compete emitir concepto negativo o positivo, según corresponda, pero sin ejercer una función de juzgamiento. Es decir, que a pesar de tener lugar un periodo probatorio, éste no se encamina a determinar la existencia de los hechos, la participación y, menos aún, la responsabilidad de la persona requerida. En este sentido ha expresado la Corte Constitucional lo siguiente:

El acto mismo de la extradición no decide, ni el concepto previo, ni en su concesión posterior sobre la existencia del delito, ni sobre la autoría, ni sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el hecho, ni sobre la culpabilidad del imputado, ni sobre las causales de agravación o disminuyentes punitivas, ni sobre la dosimetría de la pena, todo lo cual indica que no se está en presencia de un acto de juzgamiento, como quiera que no ejerce función jurisdiccional.⁵

Lo anterior, por respeto a la soberanía del Estado requirente, a quien compete la función de investigación y juzgamiento.

Para fundamentar su concepto, la Corte Suprema de Justicia debe tener en cuenta, en primer lugar, la validez de la documentación; ello, en principio, tan sólo desde el punto de vista formal. En segundo lugar, que se haya logrado la plena identificación del requerido en extradición. En tercer lugar, debe verificar que por los mismos hechos no se haya iniciado investigación o su equivalente, ni se haya proferido sentencia condenatoria o su equivalente, así como los demás requisitos de

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1106 de 2000.

procedibilidad que a continuación se desarrollarán. Esta actuación de la Sala Penal está regulada en el artículo 502 del nuevo Código de Procedimiento Penal. La norma, como se dice, y antes de hacer alusión a la documentación, se refiere a la *validez formal* de esta y de los otros presupuestos. Ello ha dado pie a arduas discusiones sobre los alcances de la fundamentación del concepto de la Corte. Sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 493 del Código establece dos grandes requisitos para conceder y ofrecer la extradición. Son ellos:

1. Que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro (4) años.
2. Que por lo menos se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente.

Este punto ha sido crítico, pues se ha dicho que la Sala Penal de la Corte no puede simplemente adelantar una revisión formal de la documentación y de los requisitos, sino que debe hacer auténtico derecho procesal penal comparado y establecer exactamente las figuras equivalentes, particularmente en el caso de Estados Unidos, a la resolución de acusación. En numerosos casos de extradición, la defensa ha alegado que figuras más cercanas a la mera imputación —con acento fáctico además, que no se acepta hoy en nuestro procedimiento— son tenidas en cuenta como equivalentes a la resolución de acusación que es un paso decisivo que da el fiscal en la investigación.

Además, se ha dicho que el control de los requisitos que hace la Sala Penal de la Corte debe ser necesariamente de fondo, pues el artículo 501.2, del Código de Procedimiento Penal, establece que el “concepto negativo de la Corte Suprema de Justicia, obligará al gobierno; pero, si fuere favorable, lo dejará en libertad de obrar según las conveniencias nacionales”. Es decir, si al adelantarse un auténtico ejercicio de derecho comparado se encuentra que en el exterior no se ha dictado una resolución de acusación o su equivalente, ello tiene consecuencias muy concretas: el concepto debe ser negativo; luego, el control de la Corte no puede ser meramente formal. Esto tiene consecuencias hoy, además, frente a la aplicación del principio de oportunidad, tal como se verá al final de este apartado.

La tercera etapa es de carácter administrativo y compete al presidente de la República, quien, como jefe de Estado, expide una resolución en la que concede o

niega la extradición. Es de recordar, tal como se ha dicho, que el concepto emitido por la Corte Suprema de Justicia no tiene carácter vinculante, salvo que sea negativo.

Esta condición hace que, en última instancia, a pesar de la participación de la máxima autoridad de la rama judicial del poder público en el procedimiento, la decisión final tenga una connotación política, en donde la conveniencia, y no necesariamente la existencia de elementos objetivos, es la que obra como determinante. (Por eso se insiste en que la Sala Penal debe hacer un control de fondo sobre los requisitos para elaborar su concepto.) Esto logra explicar de alguna manera por qué, por ejemplo en el gobierno actual, hayan tenido lugar tantas extradiciones, muchas de ellas objetadas por la comunidad jurídica y social.

Además, explica por qué actores que hoy son beneficiarios de la denominada *Ley de Justicia y Paz*, que se encuentran adelantando un proceso de paz con el gobierno actual, a pesar de ser solicitados con insistencia por los Estados Unidos, no han sido extraditados aún. Claramente, además, se ha dicho por el gobierno que las solicitudes se mantienen “congeladas”, mientras se lleva adelante el proceso de paz y mientras los actores cumplan con los requisitos por la ley mencionada. Esta situación permite aclarar también el hecho de que, mientras que en el caso de la Comunidad Europea el énfasis en las críticas y en las exigencias al gobierno colombiano, frente a la Ley de Justicia y Paz aplicada a la comisión de crímenes internacionales, es el problema de las violaciones a los derechos humanos, en el caso de los Estados Unidos, el énfasis ha sido colocado mayormente en el problema del narcotráfico.⁶

Para continuar con la descripción del trámite, debe decirse que puede darse la situación de que una misma persona sea requerida por varios Estados a la vez y por los mismos hechos. En estos casos, prevalece la solicitud hecha por el país en donde se haya cometido la infracción penal.

La intervención de la Fiscalía General de la Nación en el trámite de la extradición, se supedita al decreto de la captura de la persona requerida, tan pronto se tenga conocimiento de la solicitud formal por el Estado requirente con respecto a la intención de extradición. En virtud del nuevo ordenamiento procesal penal, la Fiscalía ha sufrido merma en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, de ahí que la orden de captura, en consonancia con el artículo 297 del nuevo estatuto procesal, deba ser

⁶ Véase, Alejandro Aponte, “El Estatuto de Roma y los límites del derecho penal en escenarios de alta conflictividad: el caso colombiano”, en Ambos, Malarino y Woischnik (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad de Gotinga, febrero de 2006.

expedida por un juez en ejercicio de las funciones de control de garantías, por solicitud de la Fiscalía General de la Nación.

2.1.3.2. Requisitos de procedibilidad

El ordenamiento constitucional colombiano, en su artículo 35 sobre extradición, establece las condiciones básicas de procedibilidad o, en otras palabras, las limitaciones a la aplicación de esta figura en nuestro contexto. Estas son:

1. Las conductas por las cuales una persona es requerida en extradición deben ser consideradas delitos dentro de la legislación penal colombiana.⁷
2. Tratándose de ciudadanos colombianos, la figura sólo procede cuando estos han cometido delitos en el extranjero. En este aparte es importante resaltar lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia n.º C-621 de 2001, en la cual, de conformidad con el artículo 35 de la Carta Política, la circunstancia de haberse cometido el delito en el exterior se entiende según lo preceptuado por la ley colombiana.

El juez constitucional colombiano, en la misma providencia en la que trata el tema de la territorialidad de la ley penal, establece que el delito que se considere cometido en Colombia, del mismo modo y conforme a la misma disposición, puede considerarse cometido en el exterior, a efectos de lo dispuesto en el artículo 35, inciso 2º de la Constitución Política. Dice la Corte al respecto:

En el caso de la ley penal, el principio de territorialidad significa que el Estado podrá aplicar su derecho penal a las conductas ilícitas ocurridas dentro de los límites de su territorio, o de extensiones jurídicamente aceptadas de éste. Se trata de un criterio relativo al ámbito espacial de aplicación de la ley, diferente a otros criterios como el estatuto personal o el real.⁸

⁷ Código Penal Colombiano, ley n.º 599 de 2000.

⁸ Corte Constitucional, sentencia n.º C-621 de 2001.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 189, numeral 2 de la Constitución política, el presidente de la República, en ejercicio de sus funciones como jefe de Estado puede determinar, en el marco de los convenios y tratados ratificados por Colombia, el ámbito de preponderancia de los diversos intereses estatales al momento de determinar si extradita o no a la persona requerida por el Estado solicitante.

Según la Corte Constitucional, tal expresión consagrada en la norma constitucional, “delitos cometidos en el extranjero”, debe ser entendida en el sentido que quiso darle el constituyente, esto es, “para cobijar bajo ella las conductas delictivas cometidas en el exterior, ocurra esto en su etapa inicial, intermedia o final, según lo considere la legislación penal”.⁹

Se tiene entonces, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo siguiente:

- a. Para efectos de conceder la solicitud de extradición, el delito se considera cometido en el exterior a la luz de lo que sobre el particular disponga la ley colombiana.
- b. El artículo 14 de la ley 599 de 2000 o Código Penal contiene los criterios que permiten determinar cuándo un delito se puede considerar como cometido en el exterior. De acuerdo con esos criterios, de tal consideración no se excluye el delito que parcialmente se haya cometido en territorio colombiano, si del mismo modo puede considerarse como cometido en el exterior.
- c. Corresponde a la autoridad que sea competente, conforme a las normas que gobiernan el trámite de la extradición, determinar si el delito que parcialmente haya sido realizado en Colombia, puede considerarse cometido en el exterior, para efectos de lo establecido en el inciso 2 del artículo 35 de la Constitución Política.
- d. Para resolver esta materia, el artículo 14 del Código Penal, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, acude a varios presupuestos, como es el lugar de realización de la acción, según la cual el hecho se entiende cometido en el lugar donde se llevó a cabo la exteriorización de voluntad; 2 el lugar del resultado, que entiende

⁹ Corte Constitucional, sentencia n.º C-621 de 2001.

realizado el hecho donde se produjo el efecto de la conducta; y 3 la teoría de la ubicuidad o mixta, que entiende cometido el hecho tanto donde se efectuó la acción de manera total o parcial, como en el sitio donde se produjo o debió producirse el resultado.

3. No es viable la extradición cuando se pretende el juzgamiento de hechos relacionados con delitos políticos, por la naturaleza de estos.
4. Cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación del acto legislativo 01 de 1997, no es posible ceder a la petición de extradición.
5. No procede si la persona solicitada por las autoridades de otro Estado, es investigada o cumple pena por los mismos hechos delictivos a los que se refiere la solicitud.
6. Adicionalmente, el Código de Procedimiento Penal establece, tal como se ha expuesto, en su artículo 493, que el delito por el cual la persona va a ser procesada o investigada en el exterior, debe tener pena privativa de la libertad no inferior a cuatro (4) años, según el estatuto penal colombiano. Igualmente, se debe haber dictado por el país requirente, por lo menos resolución de acusación o su equivalente.

2.1.4. Recursos en contra de la decisión de extradición

Contra los conceptos emitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores, así como por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no proceden recursos, siendo entonces la única posibilidad entablar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la resolución que emite el gobierno, por la cual eventualmente se concede la extradición.

No obstante, esta acción, que es de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, en la práctica no resulta eficaz cuando de proteger los derechos fundamentales del solicitado se trata, toda vez que ella constituye un mecanismo judicial que, por sus ritualidades y atendiendo los tiempos procesales y la realidad judicial colombiana, su decisión es demorada, y no suspende el trámite de extradición, lo cual implica que antes de emitirse sentencia, puede haberse efectuado la entrega del extraditado y consecuente traslado. De hecho, el país recuerda numerosas extradiciones que prácticamente se llevaron a cabo en algunas horas.

Por lo anterior, la acción de tutela, que en el caso alemán es la *Verfassungsbeschwerde* o el derecho de amparo español o mexicano, ha procedido como mecanismo transitorio para defender derechos fundamentales en casos de extradición en los que el sujeto requerido considera que se ha incurrido, por las autoridades que tienen que ver con el procedimiento, una vía de hecho, es decir, una actuación irregular que vulnera el debido proceso. No existe en Colombia la posibilidad de la tutela contra sentencias, pero sí contra vías de hecho, es decir, contra decisiones irregulares de la administración.

2.1.5. Extradición y derecho de defensa

Al respecto, es importante anotar que, dentro del complejo entramado legislativo que hoy existe para la regulación de la extradición en el nuevo Código de Procedimiento Penal, se prevé, en el artículo 519, el derecho de defensa. Dice la norma: “Desde el momento en que se inicie el trámite de extradición la persona tendrá derecho a designar un defensor y de no hacerlo se le nombrará de oficio”. Luego, el artículo 511 se refiere a las causales de libertad, estableciendo que la persona sea puesta en libertad de manera incondicional por el fiscal general de la Nación, si dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de su captura no se hubiere formalizado la petición de extradición, o si transcurridos treinta días desde cuando fuere puesta a disposición del Estado requirente, éste no procedió a su traslado. (Ello no obsta, dice la norma, para que la persona pueda ser de nuevo capturada, si se dan las condiciones para la captura).

Otra forma de participación del sujeto requerido en el trámite de la extradición es la posibilidad de solicitar las pruebas que considere necesarias en ejercicio de su derecho de defensa, del cual es titular y que, como se ha visto, le es reconocido desde el momento mismo en que se inicia el trámite. En este caso, solamente son de recibo aquellas encaminadas a demostrar la procedibilidad o no de la extradición, para que la Corte Suprema de Justicia emita concepto.

Frente al trámite, debe agregarse que el capítulo II, del libro V del nuevo Código de Procedimiento Penal, dedicado a la Cooperación Internacional, establece en detalle las pautas que la regulan. De ellas se ha hecho una descripción sintética que resalta lo fundamental. Hay una regulación exhaustiva de la figura en el marco de la cooperación. Son veinticuatro normas que la regulan. Sobre algunas de las normas de este libro, que se refieren a la cooperación, se volverá en su momento.

2.1.6. *Tratados y convenios suscritos por Colombia*

Tratando de hacer efectiva la figura de la extradición, como mecanismo idóneo de asistencia y cooperación mutua internacional, Colombia ha suscrito un buen número de tratados y convenios, principalmente bilaterales, desde el siglo XIX.¹⁰ Dentro de los tratados vigentes más importantes por su materialización y efectividad, se encuentran los firmados con Estados Unidos¹¹ y con España.¹²

Al margen de estos instrumentos, el Estado colombiano ha suscrito una serie de convenios bilaterales en materia de cooperación y asistencia judicial interestatal con algunos países.

2.1.7. *Extradición y principio de oportunidad*

Respecto de la extradición y ya en función de la política criminal del Estado, puede agregarse una observación final. El artículo 321 del nuevo estatuto procesal consagra el principio de oportunidad en el caso colombiano, figura novedosa en nuestro sistema procesal y que hoy ha sido entendida, no como excepción al principio de legalidad, sino como extensión de este, en la medida en que está estrictamente regulada, y la Fiscalía y los jueces que lo aplican deben sujetarse estrictamente a las causas que le dan contenido.

Una de ellas, que hace procedente el principio, está contenida en el numeral 2 de la norma, y se refiere a “cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible”. También, en el numeral 4 del artículo 324 se dice:

cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia, carezca de importancia

¹⁰ Bilaterales: sólo a manera de ejemplo y en relación con los más antiguos, pueden destacarse los siguientes: Convención para la Extradición de Reos entre Colombia y Francia, suscrito el 9 de abril de 1850, entró en vigencia el 12 de mayo de 1852; Convención de Extradición de Reos con Perú, suscrito el 10 de febrero de 1870, entró en vigencia el 13 de marzo de 1873; Tratado de Extradición entre la República de Colombia y la Gran Bretaña, suscrito el 27 de octubre de 1888, entró en vigencia el 21 de agosto de 1889; Convención de Extradición de Reos entre Colombia y el Reino de España, suscrito en 1892 y con entrada en vigencia el 17 de junio de 1893, Convención de Extradición Recíproca de los Procesados Criminales entre la República de Colombia y la República del Salvador suscrito el 24 de diciembre de 1900, se tiene como vigente en razón a no existir información que indique que ha sido derogada o denunciada.

¹¹ The Treaty of Extradition between the United States of America and the Republic of Colombia, firmado en Washington D. C., el 14 de septiembre de 1979.

¹² Tratado sobre Traslado de Personas Condenadas entre la República de Colombia y el Reino de España, firmado el 28 de abril de 1993.

al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.

En estos casos, se puede “suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal”, como lo dispone el artículo 323. Lo interesante es que, según el artículo 321, el principio debe aplicarse “con sujeción a la política criminal del Estado”. En el caso particular de la extradición, podría surgir la siguiente pregunta: ¿hay flexibilidad de la Fiscalía en el manejo del principio, respecto de una evaluación por ejemplo de los criterios de política criminal que subyacen a ciertos tratados de extradición? ¿Puede intervenir el juez en la evaluación de dichos criterios, al momento de confirmar la causal?

Estas preguntas tienen como telón de fondo el ámbito de la política criminal, pero, cuando se trata de hechos eminentemente procesales, las relaciones entre extradición y principio de oportunidad se vuelven más tensas aún. Sobre todo, si tienen en cuenta dos variables: el hecho de que de manera tradicional la Sala Penal de la Corte haya hecho una valoración formal de las condiciones para extraditar, y el nuevo papel de los jueces de control de garantías. Estos, de acuerdo con reiteradas providencias de la Corte Constitucional, no sólo ejercen un control formal, sino plenamente material. Si, de una manera más radical, se aplica ello al caso del principio de oportunidad, podría caber la pregunta siguiente: ¿puede entonces el juez de control de garantías, al aplicar luego de la solicitud de la Fiscalía el principio de oportunidad, y con base en el derecho comparado, decidir que no es conducente la causal número 2 comentada, porque la figura procesal en el exterior no equivale a la resolución de acusación para el caso colombiano? Este es un aspecto que el autor de este informe ha comentado directamente con varios jueces de garantías y hay consenso en ellos en que podrían hacerlo. En cualquier caso, los jueces hoy ejercen control material sobre el principio de oportunidad.

La consecuencia directa que esta posibilidad entraña consigo es que la persona no es extraditada y debe continuar siendo juzgada en Colombia, con todas las implicaciones de este hecho. Lo importante, en este caso, es renovar, en la perspectiva del nuevo Código, la discusión en torno del control material que debe hacer la Sala Penal de la Corte en el caso de la extradición.

b) En Colombia no hay casos por violaciones a los crímenes internacionales de los que habla el Estatuto. El grueso de los casos de extradición se tramitan por delitos de narcotráfico.

3. La cooperación con la Corte Penal Internacional

3.1. Orígenes del proyecto de ley n.º 225 de 2004

En el mes de noviembre de 2004 se adelantó el primer intento legislativo por discutir una posible ley de cooperación del Estado colombiano con la Corte Penal Internacional. Se trató del proyecto de ley 225 de 2004, presentado en la Cámara de Representantes. Como se ha advertido previamente, ese intento legislativo entró en una etapa de receso y no constituyó una prioridad legislativa. De hecho, desde el mes de enero de 2005, la prioridad en la discusión legislativa fue el debate relacionado con la expedición de la denominada Ley de Justicia y Paz, analizada por el autor de este escrito en el trabajo que hace parte del tercer volumen publicado por el grupo de estudios.¹³

No obstante, el proyecto siguió su curso y se aprobó un texto en primer debate en la Cámara de Representantes. El texto aprobado es del 2 de junio de 2005. Luego, se preparó un informe, con base en el texto aprobado, para dar curso al segundo debate. Este se radicó el día 31 de agosto de 2005. Aquí se detalla el estado actual del debate.

A continuación se hará una presentación sintética de dicho proceso y luego se reseñará el articulado del texto aprobado en el primer debate. Es de esperar que en la legislatura de 2006, que se inicia en el mes de julio, el Parlamento colombiano se ocupe del tema.

El proyecto de ley de 2004, en su versión inicial, constaba de veintiséis normas, y ellas hacían referencia general a todos los aspectos relevantes para una ley de cooperación: cooperación activa, cooperación pasiva, entrega, instituciones encargadas de los trámites, recursos, etcétera. La exposición de motivos era muy simple, no se ahondaba en las necesidades de la cooperación, simplemente se hacía referencia escueta al objeto de la ley.¹⁴

¹³ Alejandro Aponte, "El Estatuto de Roma y los límites del derecho penal en escenarios de alta conflictividad: el caso colombiano", en Ambos, Malarino y Woischnik (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, o. cit.

¹⁴ El artículo establecía lo siguiente: "Objeto y fuentes jurídicas. El objeto de esta ley es regular las relaciones de cooperación entre el Estado colombiano y la Corte Penal Internacional en el ejercicio de la jurisdicción y funciones encomendadas a esta institución por el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 y su normativa complementaria, mediante la atribución de competencias a los órganos estatales y el establecimiento de procedimientos internos adecuados, aplicables en lo no previsto en el Estatuto y sus normas complementarias en la medida en que estas resulten pertinentes, en particular las Reglas de Procedimiento

A mediados del año 2005, una vez que fue expedida la Ley de Justicia y Paz, se retomó la iniciativa legislativa en torno de una ley de cooperación y se dio lugar a la primera ponencia para el debate de la ley 225 de 2004. Hay que aclarar que en el mes de enero de 2005 entró en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, con la instauración del régimen penal acusatorio, e inició con ello su vigencia en la capital de la República y en una zona de provincia denominada el *eje cafetero*.

De esta forma, en la primera ponencia para el debate del proyecto, presentada en la primera legislatura de 2005, uno de los aspectos centrales para los ponentes era la armonización de la posible ley de cooperación con el nuevo régimen procesal penal. Así, en la exposición de motivos se decía claramente:

Este proyecto de ley sólo busca regular aquellos aspectos procesales y procedimentales que permitan la aplicación concreta del Estatuto de Roma, evitando reproducir preceptos de este que serían redundantes. Por lo que es necesario armonizar el lenguaje jurídico del Estatuto de la Corte Penal Internacional con el nuevo Código de Procedimiento Penal para evitar confusiones jurídicas, imprecisiones o remitir el texto del Estatuto a conceptos procesales que han sido derogados por el nuestro, de allí la importancia de este proyecto de ley para unificar el lenguaje jurídico entre ambas codificaciones, evitando tropiezos procesales al momento de su aplicación, ajustando dicho tratado a las normas procesales vigentes en Colombia.

En ese sentido se dirigen las principales modificaciones que se han introducido, tanto en el informe para primer debate como en el texto aprobado y, además, en el informe para el segundo debate. Por eso, se ha dicho:

Consideramos que son necesarios los ajustes y precisiones requeridas para armonizar ambas codificaciones en su articulado, y de esta manera evitar imprecisiones y errores jurídicos lamentables que den al traste con la seguridad jurídica, como principio tutelar de los derechos de los ciudadanos debe primar; apoyándonos entonces en el objeto del presente proyecto de ley que es regular la relaciones de cooperación entre el Estado colombiano y la Corte Penal Internacional en el ejercicio de la jurisdicción y funciones encomendados a esta institución por el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 y su normativa complementaria, nos permitimos hacer las siguientes modificaciones.

y Prueba, así como en los acuerdos específicos de cooperación que el Estado colombiano pueda celebrar con la Corte Penal Internacional. Con carácter supletorio a esta ley se aplicarán las normas sustantivas y procesales de aplicación general”.

Al mismo tiempo, en este primer informe de ponencia se establecía una prioridad:

Este proyecto de ley entra a regular con especial celo el mecanismo de activación, a través de la denuncia hecha por Colombia de una situación que podría ser de la competencia de la Corte Penal Internacional, configurándose por este mecanismo una competencia exclusiva del Gobierno en razón de las diversas variables de política exterior que deben ser ponderadas por el órgano constitucionalmente responsable de la política exterior.

En el informe para el segundo debate, del mes de agosto de 2005, se mantiene la necesidad de armonizar la ley de cooperación con el nuevo estatuto procesal penal, y se ahonda en los motivos generales para el impulso a dicha ley, así como también se hace una evaluación somera de los fines con que opera la Corte Penal Internacional. También se especifican los alcances de las normas del Estatuto en relación con el derecho interno, se hace relación no sólo a la dinámica de las leyes procesales, sino también a las normas que definen los crímenes internacionales. En la exposición de motivos se enfatiza la necesidad de armonizar la ley de cooperación, especialmente con el artículo 88 del Estatuto de Roma. Es notorio el énfasis puesto en este artículo del Estatuto, que precisamente hace relación a la necesidad de que en los regímenes internos existan mecanismos efectivos de Cooperación con la Corte.

3.2. El problema de la impunidad

A pesar de que en la exposición de motivos del informe para segundo debate, y que recoge en sustancia lo aprobado en primer debate, se hace alusión genérica al Estatuto de Roma, a los crímenes internacionales y no sólo a los aspectos estrictamente de cooperación, no se observa una alusión tan explícita al fenómeno de la impunidad. En el texto de Kai Ambos, por ejemplo, que se ha ofrecido al grupo como material de referencia muy concreto, se percibe una insistencia en el fenómeno de la impunidad y una relación entre mecanismos o fórmulas de cooperación y la lucha contra la impunidad. Así, por ejemplo, y en relación con mecanismos que pueden ser innecesarios y que deben dar mejor lugar a procedimientos que en realidad tengan una opción clara de llegar a buen término, Ambos introduce una salvedad:

Sin embargo, el objetivo superior de evitar la impunidad —también en casos de delitos cometidos absolutamente en el extranjero— puede llevar a una reducción del ejercicio de la potestad discrecional en beneficio del comienzo de la persecución.¹⁵

Como se dice, este *leit motiv*, este *fin superior*, que es destacado por el autor en el texto reseñado, no está presente de manera muy clara en la exposición de motivos del proyecto de ley que se estudiará a continuación. Puede decirse, desde luego, que está implícito, en la medida en que de manera general se ha hecho relación al sentido mismo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Pero tenerlo en cuenta de una manera explícita es importante precisamente frente a la eficacia posible de la cooperación; ello sin dejar a un lado, desde luego, las provisiones sobre los derechos y garantías del detenido, capítulo muy importante en una ley de cooperación.

3.3. Sobre los elementos de los crímenes y las reglas de procedimiento y prueba

Antes de presentar el proyecto de ley que cursa en el Parlamento, es importante dar cuenta de un hecho central: la Corte Constitucional, en la decisión sobre la incorporación del Estatuto de Roma al derecho interno, n.º C-578 de 2002, precisó que los elementos de los crímenes y las reglas de procedimiento y prueba no hacían parte directa del tratado y, por ende, deberían ser parte de otro tratado que pasara por la discusión parlamentaria y por el control previo de la Corte Constitucional. El argumento fue el siguiente: en los elementos y en las reglas podrían surgir eventualmente problemas de inconstitucionalidad. Se trataba, además, de evitar los efectos que en el derecho interno han traído los denominados *tratados derivados* que originan figuras jurídicas que no pasan por el control del Congreso y de la Corte. (El tratado firmado entre Colombia y Estados Unidos sobre la no entrega a la Corte Penal de militares o civiles que pueden verse incurso en crímenes internacionales pasa por esta discusión, ya que se hizo referencia a la existencia de un tratado firmado desde hace varios años, anterior a la Carta Política del 91.)

De acuerdo con esta previsión de la Corte Constitucional puede decirse que lo primero que habría que hacer frente a una ley de cooperación es , tal como lo ha dicho

¹⁵ Kai Ambos, *La implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en Alemania*, versión en mimeógrafo, 2005, p. 10.

el juez constitucional, ajustar los límites de las reglas de procedimiento y prueba, base de una ley. Se evitarían así posibles inconsistencias posteriores en la versión definitiva de la ley de cooperación. De hecho, ello ha sido insinuado por algunos juristas a los miembros del Congreso de la República. Sin embargo, no se ha hecho de esta forma hasta el momento.

3.4. Principio de oportunidad y Corte Penal Internacional

En el apartado anterior se culminó el estudio con la reflexión sobre el principio de oportunidad y la extradición; ahora se adelantará ella, antes de presentar el proyecto de ley, ya que la relación de dicho principio con la Corte Penal Internacional sugiere hoy dudas y reflexiones muy interesantes. Además, se adelanta aquí en función también de lo establecido por la Corte Constitucional en relación con los elementos de los crímenes.

Una de las causales, la contenida en el numeral 3, se refiere a la aplicación del principio, “cuando la persona fuera entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible”. Cuando se trate de otra conducta punible, “sólo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal”.

Aunque en el caso colombiano el principio de oportunidad no se aplica tan sólo a delitos bagatela, pues incluso homicidios imprudentes pueden ser objetos del principio, el parágrafo del artículo 324 establece con claridad que

en ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo.

Los delitos que son materia de este trabajo quedan entonces excluidos del principio de oportunidad.

Las dudas y las reflexiones pertinentes surgen cuando, en relación con la causal 3, se hace referencia a la *misma conducta punible*. A pesar de que los crímenes internacionales han sido incorporados a la legislación penal interna, no existe aún claridad sobre sus elementos, sobre su tipificación, sobre sus características centrales. Así, por ejemplo, hechos claros de desaparición forzada son investigados como delitos de

secuestro; o —y hay una reciente decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre ello— casos claros de tortura son investigados como casos de meras lesiones personales.¹⁶ No se siguen los protocolos de investigación ni los estándares de investigación internacionales, propios de violaciones graves de derechos humanos, y estas se investigan como delitos comunes.

Las diferencias entre muertes producidas contra varias personas y el genocidio no son claras hoy en día; tampoco los crímenes de guerra —establecidos como infracciones al derecho humanitario en el Código Penal— hallan hoy consistencia interpretativa. Entonces, ¿cuál es la mima conducta? ¿Puede un juez de control de garantías, al aplicar el control material sobre la causal 3 del principio de oportunidad, entrar a adelantar consideraciones de derecho sustancial para establecer si la conducta por la cual se efectúa la entrega corresponde a la misma conducta punible? ¿Puede el juez tomar una decisión que afecte la entrega de la persona a la Corte Penal?

Los efectos son todavía más complejos que en la extradición, ya que aquí un juez de la República podría intervenir directamente en las relaciones internacionales y en los mecanismos de cooperación. No se trata, justamente, de *extradición*, sino de *entrega*. Es un tema que nos lleva, en todo caso, a pensar en la necesidad de avanzar realmente en la consolidación de los estándares internacionales de interpretación de los crímenes internacionales, en los estándares nacionales de investigación de estos, en fin, en la dinámica internacional. Podría decirse que se requiere una ley que incorpore de manera automática los elementos de los crímenes, para ofrecer más claridad. Pero ya existen los tipos penales que dan cuenta de los crímenes previstos en el Estatuto. El avance puede darse más en el aspecto jurisprudencial.

3.5. La posible eficacia de una ley de cooperación

En relación, precisamente, con una posible eficacia, se puede adelantar una segunda observación global del proyecto: es excesivamente detallista, cae casi en casuísticas. Si los Estados oscilan entre modelos de implementación limitada o completa, debe decirse que en el caso colombiano se ha adoptado este último modelo, pero de manera excesiva en detalle, que puede ocasionar obstáculos desde la normatividad

¹⁶ Corte IDH, caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, sentencia del 12 de septiembre de 2005, Privación ilegal y torturas en instituciones estatales.

a la aplicación de la ley de cooperación. También hay que aclarar que no se trata de que un texto normativo sea completo o no, sino de que no deje de regular cuestiones centrales y que, en consecuencia, evite generar vacíos legislativos y confusiones.

Esta observación no obsta, desde luego, para reconocer que existe una preocupación del legislador de dar cuenta, en el derecho interno, de la mayor cantidad de previsiones que adopta el Estatuto de Roma desde el artículo 86. Esta norma, sobre la obligación de los Estados partes, de cooperar realmente con la Corte y el artículo 88, son normas que han guiado la discusión legislativa en el caso colombiano. De la misma forma, el problema general de la complementariedad ha estado presente en toda la discusión. En el informe para segundo debate a la ley 225 de 2004 se hacen aclaraciones sobre la competencia. Se dice, entonces:

Las disposiciones contenidas en el Estatuto no reemplazan de manera alguna las leyes colombianas, ni las modifican, de tal suerte que quien cometa un hecho punible en el territorio nacional será sometido al ordenamiento jurídico interno y las autoridades competentes estarán en el marco de la jurisdicción colombiana. En este sentido, por ejemplo ningún juez de la República adquiere en virtud del Estatuto la facultad de imponer la pena de reclusión a perpetuidad; únicamente puede ejercerlo la Corte Penal Internacional en el ejercicio de la competencia complementaria a ella atribuida por el Estatuto, siempre y cuando se estén dados los presupuestos, condiciones y cumplidos los requisitos previstos por él.

Se aclara, no obstante, lo siguiente:

Lo anterior no obsta para que las autoridades colombianas cuando cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial, en los términos de las partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, apliquen las disposiciones del Tratado dentro del ámbito regulatorio del mismo. En algunas materias, estas disposiciones del Estatuto pueden requerir desarrollos normativos internos para facilitar la cooperación, por los cuales propende el espíritu del presente proyecto de ley y, en desarrollo del artículo 88 del Estatuto de Roma, que establece que “los Estados partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte”, de tal manera que en tanto el Estatuto se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional, como se ha reiterado, la cooperación y asistencia judicial interna que motiva este proyecto de ley se ajusta al compromiso internacional en la lucha: contra el genocidio [...], contra los crímenes de

lesa humanidad [...], contra los crímenes de guerra, que equivalen a las infracciones graves al derecho internacional humanitario que ocurren en conflictos armados nacionales e internacionales.

Finalmente, en las consideraciones generales del informe favorable para ponencia se establece el “soporte legal” de esta iniciativa:

El soporte legal del proyecto de ley por medio del cual se dictan normas sobre cooperación con la Corte Penal Internacional, es de origen constitucional, pues el mismo está soportado taxativamente en el artículo 224 de la Constitución Nacional y en los acuerdos específicos de Cooperación que el Estado colombiano pueda celebrar con la Corte Penal Internacional, más de que con carácter supletorio a esta ley se deben aplicar las normas sustantivas y procesales de aplicación general. Lo anterior obviamente se sustenta en el Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 y la normativa complementaria que le da competencia a los órganos estatales y el establecimiento de procedimientos adecuados, aplicables en lo no previsto en el Estatuto y sus normas complementarias que resulten pertinentes para su adecuada aplicación.

3.6. Sobre el objeto de la ley

Enseguida se adelanta el análisis del proyecto de ley, en su versión más adelantada, que corresponde al texto aprobado en primer debate y que constituye la base del informe para segundo debate; este, como se ha dicho, debe tener lugar en la legislatura de 2006.

El objeto de la ley, regulado en el artículo 1, es básicamente el mismo que ya ha sido reseñado previamente. Dentro de esta norma se especifican también las fuentes jurídicas.

En el artículo 2 se hace mención a la “cooperación pasiva”, y se enfatiza, en relación con la disposición de cooperación permanente del Estado, el artículo 86 del Estatuto de Roma. El artículo 3 se ocupa de la “cooperación activa”.

3.7. Mandato legislativo de cumplimiento de los requerimientos en la cooperación

En relación con la necesidad, establecida hoy con claridad por los congresistas, de armonizar la ley de cooperación con el nuevo estatuto procesal, se debe advertir

que el libro V de dicho Código se refiere de manera general a la cooperación internacional. Dentro de estas normas, como ya se vio, existe una amplia regulación de la extradición, pero, además, se introducen normas que se refieren de manera amplia a la cooperación. Así, el principio general, establecido en el artículo 484, dispone lo siguiente:

Las autoridades investigativas y judiciales dispondrán lo pertinente para cumplir con los requerimientos de cooperación internacional que les sean solicitados de conformidad con la Constitución Política, los instrumentos internacionales y leyes que regulen la materia, en especial en desarrollo de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Luego, agrega la disposición de manera general que:

El requerimiento de una persona, mediante difusión o circular roja, a través de los canales de la Organización Internacional de Policía Criminal Interpol, tendrá eficacia en el territorio colombiano. En tales eventos la persona retenida será puesta a disposición del despacho del fiscal general de la Nación, en forma inmediata.

La Fiscalía General de la Nación comunicará inmediatamente al Ministerio de Relaciones Exteriores para lo pertinente y librará, en término no superior a dos (2) días hábiles, la orden de captura con fines de extradición si fuere del caso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 509 de este código.

En materia probatoria, se establece también un principio general:

Los jueces, fiscales y jefes de unidades de policía judicial podrán solicitar a autoridades extranjeras y organismos internacionales, directamente o por los conductos establecidos, cualquier tipo de elemento material probatorio o la práctica de diligencias que resulten necesarias, dentro del ámbito de sus competencias, para un caso que esté siendo investigado o juzgado en Colombia. Las autoridades concernidas podrán comunicarse directamente a fin de determinar la procedencia de las actuaciones relacionadas en la solicitud.

Respecto de los delitos transnacionales, el nuevo estatuto procesal prevé lo siguiente:

Cuando se trate de delitos que revistan una dimensión internacional, la Fiscalía General de la Nación podrá hacer parte de una comisión internacional e interinstitucional destinada a colaborar en la indagación o investigación.

El fiscal general de la Nación podrá celebrar con sus homólogos de otras naciones actos dirigidos a fortalecer la cooperación judicial, así como intercambiar tecnología, experiencia, capacitación o cualquier otra actividad que tenga propósitos similares.

3.8. Estructura del proyecto de ley de cooperación

3.8.1. Los órganos competentes

Volviendo al proyecto de ley, materia del informe, respecto de los órganos encargados de la cooperación ante la Corte Penal se establece lo siguiente:

Los órganos judiciales y la Fiscalía General de la Nación podrán dirigir, por conducto del Ministerio del Interior y Justicia, solicitudes de cooperación a la Corte que se consideren necesarias en el marco de un proceso que se sigue en Colombia y en los casos y condiciones que establece el artículo 93.10 del Estatuto de Roma.

Se aclara, además:

El Ministerio del Interior y Justicia es el único órgano de relación entre la Corte, por un lado, y los órganos judiciales y Fiscalía General por otro, sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Es decir, se centraliza más las funciones en el Ministerio de gobierno que en la propia Cancillería. Ello ocurre también respecto de las consultas ante la Corte Penal:

El Ministerio del Interior y Justicia es también el órgano de consulta con la Corte Penal Internacional en los casos previstos en el Estatuto, debiendo informar previamente de cada consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores. En el supuesto de que la consulta afecte a materias propias del ámbito de competencia de los Ministerios del Interior y Justicia o Defensa, recabará el informe de estos.

Desde luego, el Ministerio de Relaciones Exteriores, asumirá un papel central ya que, dice la norma:

cuando la consulta incluya, a juicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, aspectos de política exterior, será este el competente, en coordinación con el Ministerio del Interior y Justicia y, en su caso, con otros ministerios.

Hay que agregar, en relación con los órganos competentes, que en diversas normas se exige que la misma información circule entre los dos ministerios, pareciendo esto una duplicación de funciones innecesaria. Si es una opción centralizar la mayor parte de los procesos en el Ministerio del Interior y de Justicia, no se ve mucha razón en duplicar los procedimientos o extenderlos.

El artículo 4 pretende brindar más claridad sobre las *autoridades competentes*. Dice la norma:

Son autoridades competentes para la aplicación de esta ley:

- a) El Gobierno, a través del Ministerio del Interior y Justicia, y Ministerio de Defensa, Ministerio de Relaciones Exteriores, en los casos previstos en esta ley, y, en todo caso, cuando intervinieran factores de política exterior;
- b) Los órganos judiciales de la jurisdicción penal ordinaria;
- c) La Fiscalía General de la Nación.

El artículo 5 hace referencia a la posibilidad de que el gobierno designe —está ello en cabeza del Ejecutivo— un abogado para que actúe a nombre del Estado en un “determinado procedimiento ante los órganos de la Corte Penal Internacional”.

3.8.2. Desde la solicitud para iniciar investigación por el fiscal de la Corte, a la inhibición de la jurisdicción colombiana frente a la misma

Los artículos mencionados hacen parte de aquello que puede concebirse como la primera estructura del proyecto de ley. En seguida, los artículos 7 al 10 establecen una segunda estructura de este. Estos artículos se ocupan de las siguientes materias:

1. De la solicitud para iniciar una investigación por el fiscal de la Corte.
2. Del requerimiento de inhibición al fiscal de la Corte Penal Internacional.
3. De la impugnación de la competencia de la Corte Penal Internacional o de la admisibilidad de la causa.
4. De la inhibición de la jurisdicción colombiana a favor de la Corte Penal Internacional.

Son normas muy complejas, con textos normativos extensos y detallados.

En relación con la solicitud, se aclara que ella corresponde exclusivamente al gobierno, a partir de una propuesta conjunta del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Ministerio del Interior y de Justicia. Corresponde, en consecuencia, según el artículo 7,

decidir la presentación de la denuncia ante el fiscal de la Corte Penal Internacional, de conformidad con lo prevenido en los artículos 13, párrafo *a*, y 14 del Estatuto, y en su caso, para instar de la Sala de Cuestiones Preliminares que el fiscal reconsidere su decisión de no iniciar actuaciones, conforme al artículo 53.3.*a* del Estatuto.

Se prevé el procedimiento para ciertas situaciones específicas:

Cuando se presentare una denuncia ante un órgano judicial o Fiscalía General de la Nación en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales colombianos y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte Penal Internacional, 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 Fiscalía General de la Nación se abstendrán de proceder de oficio.

En este punto se introduce una salvedad:

No obstante, si el fiscal de la Corte Penal Internacional no acordara la apertura de la investigación o si ésta acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes cuando aparecen nuevos hechos, como requisitos de procedibilidad.

Respecto de la solicitud o “requerimiento de inhibición”, de conformidad con el artículo 18.2 del Estatuto, en el artículo 8 del proyecto de ley se prevé la posibilidad de que los ministerios mencionados presenten solicitud al Consejo de Ministros, en relación con el hecho de mantener la competencia en las autoridades colombianas. Son estos ministerios los encargados, luego, de dar curso a la solicitud.

Respecto de la impugnación y también en cabeza del Ejecutivo, según el artículo 9, a través de los ministerios mencionados, se puede “impugnar la competencia de la Corte”, o la “admisibilidad de la causa”,

de conformidad con lo previsto en los artículos 17 y 19 del Estatuto de Roma, cuando los tribunales colombianos hayan conocido del asunto y haya emitido sentencia, o se haya decretado la preclusión.

Es decir, cuando se hayan tomado decisiones de fondo, bien sea en el juicio o en la investigación.

No obstante lo anterior, existe una previsión legal, según el artículo 10, para que el Estado colombiano se inhiba a favor de la Corte Penal. De esta forma, a pesar de la impugnación o de la solicitud de inhibición ante la Corte, ya reseñadas,

la Sala competente de la Corte Penal Internacional autoriza al fiscal a proceder a la investigación o mantiene su competencia, el órgano jurisdiccional colombiano se inhibirá a favor de la Corte Penal Internacional y a su solicitud le remitirá lo actuado.

Es decir, se da prelación a la insistencia de la Corte Penal internacional sobre las solicitudes del Estado colombiano a través del Poder Ejecutivo. (Este será, sin duda, un punto muy importante respecto de casos complejos o problemáticos, donde las decisiones internas deberán ceder ante las exigencias de cooperación con la Corte.)

3.8.3. *Sobre la detención y garantías del detenido*

Una tercera estructura general del proyecto está compuesta por las normas que se refieren a la detención, al régimen de libertad, a las garantías del detenido. De acuerdo con los postulados generales que rigen hoy para el manejo de la libertad en el nuevo sistema penal acusatorio, el artículo 11 del proyecto establece que la persona detenida debe ser puesta a disposición de la Corte Suprema de Justicia, en un plazo máximo de treinta y seis horas. No se trata, desde luego, de que sea justo en ese plazo, sino de que este es un plazo máximo.

Debe agregarse que este plazo está regulado no sólo en el nuevo Código de Procedimiento Penal, sino que hace parte del acto legislativo reformativo de la

Carta Política y que introdujo el sistema penal acusatorio. Como se ve, además, en este caso se suma la participación del máximo tribunal de la justicia ordinaria, aunque la norma también hace referencia a la necesidad de que se informe de la actuación al Ministerio del Interior y de Justicia. El artículo 11 hace relación explícita al caso del “cumplimiento de una orden de la Corte de detención provisional o de detención y entrega”.

Este artículo 11 presenta, simultáneamente, varias modalidades de protección de los derechos y garantías del afectado. En primer lugar, como se ha dicho, hace referencia a la puesta en disposición de la persona en un plazo máximo de treinta y seis horas. En segundo lugar, aclara:

La Corte Suprema de Justicia oír a la persona reclamada, asistida de un abogado y, en su caso, de intérprete en caso de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente, o por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez en caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial.

(Debe agregarse que, a pesar de que en el caso de Colombia existen varias lenguas y dialectos indígenas por ejemplo, tan sólo desde la nueva Carta Política de 1991 y específicamente en la nueva normatividad procesal, se hace referencia a la necesidad de la traducción. Como se sabe, el problema de la lengua es hoy uno de los fenómenos más interesantes en la aplicación de la normatividad del Estatuto de Roma y ha sido uno de los aspectos debatidos en los tribunales ad hoc.)

Luego, la norma prevé lo siguiente:

Después de verificar la identidad del detenido, el contenido de la orden de detención y las circunstancias previstas en el artículo 59.2 del Estatuto de Roma, informará al detenido del contenido de la orden de detención y de su derecho a solicitar la libertad provisional.

(En Colombia existen los denominados “jueces de ejecución de penas y de medidas de seguridad”. Ellos se encargan básicamente de adelantar todo aquello que corresponde a la ejecución de la pena, subrogados, cuantificaciones, etcétera. En este caso se prevé que estos jueces, informen “con antelación suficiente sobre la fecha de excarcelación al Ministerio de Interior y de Justicia que informará a la Corte Penal Internacional sobre la fecha prevista para la excarcelación”).

Dado que la norma ha hecho referencia a la posibilidad de ser solicitada la libertad provisional, esta figura se regula en seguida en el artículo 12, de acuerdo con diversos pasos. Son estos:

1. En caso de ser ella solicitada, la Corte Suprema de Justicia acordará remitir dicha solicitud a la Corte Penal Internacional, a través del Ministerio del Interior y Justicia, con indicación del plazo para recibir sus recomendaciones, que no será inferior a veinte días (20) calendario.

(En esta misma resolución la Corte acordará el término de detención, que es el *estrictamente necesario* para recibir las recomendaciones de la Corte Penal sobre el asunto. Pero no se define exactamente el término *estrictamente necesario*. Habría que adelantar aquí una interpretación sistemática de la normatividad y, en todo caso, la interpretación del término es restrictiva. O debe decirse que seguramente será uno de los puntos que deben ser resueltos en los próximos debates a la ley. Se presenta hoy un vacío que no es llenado por el artículo 12.)

2. En seguida, se regula lo siguiente:
Una vez recibida, a través del Ministerio del Interior y Justicia, la comunicación de la Corte Penal Internacional con las recomendaciones que ésta formule sobre la solicitud de libertad, o concluido el plazo señalado para su formulación, la Corte Suprema de Justicia, previa valoración de dichas recomendaciones, podrá acordar la libertad provisional del detenido cuando existan circunstancias urgentes y excepcionales que lo justifiquen, y adoptará las salvaguardias necesarias para cumplir la obligación de entregar la persona a la Corte Penal Internacional y, en especial, las medidas recomendadas al efecto por ésta.
3. Entretanto, el mismo artículo 12 establece una previsión:
Si en el plazo establecido en las reglas de procedimiento y prueba, la Corte Penal Internacional no hubiera remitido la documentación para la entrega prevista en el artículo 91.2 y 3° del Estatuto de Roma, la Corte Suprema de Justicia podrá acordar la libertad provisional y las medidas cautelares adecuadas, que se mantendrán por un tiempo máximo de ciento ochenta días, sin perjuicio de volver a decretar la prisión una vez recibida la documentación de la Corte Penal Internacional.

Es decir, la norma prevé un tiempo máximo en función de la prevalencia del principio de libertad en nuestra nueva normatividad penal y de su restricción

excepcional. No obstante, aquí surge de nuevo la preocupación de establecer los términos y plazos concretos. (Finalmente se agrega que una vez que se acuerde la libertad provisional, “se informará a la Sala de Cuestiones Preliminares y, posteriormente, cuantas veces elsta lo solicite”.)

Debe aclararse que el proyecto de ley contiene una previsión, cuando no se trate de una solicitud de detención, para la cual se aplican los artículos inmediatamente reseñados. En desarrollo de esta previsión, el artículo 14 se refiere a “la orden de comparecencia de un imputado ante la Corte Penal Internacional”.

Así, cuando en cambio de una solicitud de detención la Corte Penal Internacional hubiere dictado una

orden de comparecencia, el Ministerio del Interior y Justicia remitirá la solicitud de la Corte Penal Internacional al juez de Control de Garantías, el cual citará a esta personalmente, informándole de la fecha y demás circunstancias relativas a dicha comparecencia, y adoptará las medidas de aseguramiento de la comparecencia previstas en la legislación procesal colombiana que considere más adecuadas, con exclusión de las privativas de libertad, remitiendo las diligencias practicadas al Ministerio del Interior y Justicia, que las transmitirá a la Corte Penal Internacional.

El nuevo juez de control de garantías, figura hoy sobresaliente dentro del nuevo proceso penal, es un juez más con carácter constitucional, semejante al juez que para el control de garantías existe en la normatividad chilena. Él adoptará las medidas del caso que considere más adecuadas, pero se excluyen las privativas de la libertad. En consecuencia, y de acuerdo con el literal B del artículo 307 del nuevo estatuto procesal, podrá someter a la persona a un mecanismo de vigilancia electrónica, o al control de autoridad competente.

3.8.4. Sobre los distintos tipos de entrega

El proyecto de ley consagra, primeramente, un mecanismo de *entrega simplificada*. De esta forma, y según el artículo 13, una vez que la persona reclamada expresa su consentimiento en relación con la entrega, “la Corte Suprema de Justicia dictará auto acordando la entrega a la Corte Penal Internacional sin más trámites y sin que sea necesaria la remisión de la documentación prevista en el artículo 91 del Estatuto de Roma”.

Cuando se trate de otros hechos, se procederá de la misma manera si la persona también consiente en la entrega respecto de otros hechos no comprendidos en la solicitud de la Corte Penal Internacional “y que pudieren aparecer en el curso del proceso ante esta”. En caso de que no accediere, “la entrega se efectuará sólo por los hechos contenidos en la solicitud, sin perjuicio de lo que proceda, después de la entrega, en aplicación del apartado 2 del artículo 101 del Estatuto de Roma”. Pero la norma concluye claramente al final: “Fuera de este caso, no se admitirá un consentimiento parcial”. También se aclara que, una vez dado el consentimiento, este se torna irrevocable.

Cuando no haya lugar a la entrega simplificada, y una vez la persona haya sido detenida “en cumplimiento de una orden de la Corte Penal Internacional de detención y entrega”, o una vez recibida en la Corte Suprema de Justicia la documentación prevista en el artículo 91.2 o 91.3 del Estatuto de Roma,

según los casos, se pondrá ésta de manifiesto en Secretaría, y se convocará a una audiencia que tendrá lugar en el plazo máximo de diez días, con citación de la persona reclamada y su defensor y, en su caso, de un intérprete, así como de la Fiscalía General. A dicha audiencia podrá asistir e intervenir un delegado del fiscal de la Corte Penal Internacional.

(En este punto se establece una prohibición: “No se admitirán otras alegaciones o pruebas que las relativas a la concurrencia o no de los requisitos establecidos en los apartados 2 ó 3 del artículo 91 del Estatuto”).

Ello, desde luego, sin perjuicio de lo regulado en función de la *cosa juzgada*. De esta forma, cuando se alegare esta excepción, se aplazará la resolución de la Corte sobre la entrega, mientras se efectúan las consultas con la Corte Penal, de acuerdo con el artículo 89.2 del Estatuto de Roma. Si de las consultas resultare que la causa ha sido declarada admisible por la Corte Penal, la Corte Suprema colombiana levantará la suspensión. (Pero la Corte Suprema puede también acordar la suspensión de todo el procedimiento si no considera necesario recaudar información complementaria. Luego, en todo caso, la Corte Suprema debe resolver en un auto, en un plazo máximo de tres días.)

Si la resolución de dicha institución es *estimatoria*, se notificará de inmediato al Ministerio del Interior y Justicia, y por intermedio de este se dará traslado a la Corte Penal Internacional, solicitando indicaciones para la realización del traslado. Y si es

denegatoria, “se pondrá urgentemente en libertad a la persona detenida y se comunicará al Ministerio del Interior y Justicia, que a su vez lo hará a la Corte Penal Internacional”. Mientras tanto, podrá “mantenerse la situación de prisión provisional hasta la firmeza de dicha resolución”.

3.8.5. Solicitudes concurrentes

El artículo 16 del proyecto se ocupa de las denominadas *solicitudes concurrentes*. En este punto es muy importante la regulación que exista en el país en relación con los tratados internacionales. Se da preferencia a su existencia. Así, la norma establece en principio que

cuando concurriere con la solicitud de entrega de la Corte Penal Internacional, una solicitud de extradición de un Estado, sea o no parte en el Estatuto de Roma, se notificará este hecho a la Corte Penal Internacional y al Estado requirente, y se tramitarán conjuntamente ambos procedimientos ante la Corte Suprema de Justicia.

En seguida se prevé que la Corte Suprema “se abstendrá de decidir sobre la entrega, y resolverá de acuerdo con el Estatuto de Roma y, en su caso, de acuerdo con el tratado que existiere con el Estado requirente”. No obstante, “cuando no existiere tratado, se dará preferencia a la solicitud de la Corte Penal Internacional”.

De otra parte, el artículo 18 regula una situación compleja. Estos casos deben ventilarse con sumo cuidado, ya que en el país ha ocurrido, frente a casos de extradición por ejemplo, que no se ha respetado el principio del juzgamiento inicial en el país de origen, es decir, en el caso colombiano. Dice la norma:

Cuando se hubiere acordado la entrega a la Corte Penal Internacional y la persona que deba ser entregada estuviere cumpliendo condena en Colombia o sujeta a proceso por hechos distintos de los que han servido de base para la entrega, el Ministerio del Interior y Justicia, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, decidirá sobre la entrega temporal a la Corte Penal Internacional mediante resolución motivada, con las modalidades de la restitución a Colombia que se determinen y computándose en todo caso el período cumplido a disposición de la Corte Penal Internacional.

3.9. ¿Una ley de cooperación o una ley de asignación de competencias?

Antes de continuar con el análisis del proyecto de ley, es importante introducir una consideración en este momento. Como se ve, el detalle con el cual se regulan muchos aspectos puede considerarse más propio de una ley que contiene meras asignaciones de competencias funcionales en torno de ciertos procedimientos, más que una ley de cooperación en sí misma. Por ejemplo, no se ahonda en el fenómeno probatorio. Ya vimos que el principio general previsto en el nuevo Código de Procedimiento Penal para la cooperación es avanzar todo lo que sea necesario para cumplir los compromisos. Esa norma, el artículo 484, aunque supone una referencia general, enfatiza el fenómeno probatorio. Y de este no se da cuenta de manera suficiente en el proyecto de ley.

El fenómeno probatorio no se reduce, desde luego —y ello fue en una etapa incipiente—, al intercambio de pruebas, por ejemplo, con otros países, se refiere a protocolos internacionales, a estándares internacionales de investigación, a un manejo técnico adecuado y sofisticado de la investigación y del material probatorio, cuando se trata de delitos con tan grandes exigencias. Aquí se ha comentado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho énfasis en la precariedad de la investigación de los delitos que constituyen violaciones de derechos humanos en Colombia. El problema no es sólo de *nomen iuris*, frente a las conductas, sino del seguimiento de protocolos adecuados de investigación. También es ello relevante desde luego y, aun más, cuando se trata de la práctica de pruebas ordenadas por la Corte Penal y que deben ser practicadas en el país. Nuestros operadores se encuentran en una etapa realmente incipiente frente a estas nuevas exigencias.

Además, el énfasis real de la cooperación en materia probatoria va mucho más allá: tiene que ver directamente con el ejercicio del derecho de defensa. Por ejemplo, y como se ha visto en casos ventilados en los tribunales ad hoc, la protección de un testigo puede ocasionar en la práctica que el testigo se convierta en testigo secreto. Testigos que no se pueden contrainterrogar, que ni siquiera se sabe realmente quiénes son. Son situaciones que deben estar atendidas y reguladas.

Tal como se destaca en un escrito,

la jurisprudencia de los tribunales ad hoc ha marcado algunos puntos críticos frente a la interpretación de los artículo 20 y 21 del Estatuto de Roma y de sus correspondientes desarrollos.¹⁷

Se constata que en diversos casos el problema de la igualdad de armas frente a la defensa ha sido de especial gravedad. Así, se dice, por ejemplo

en el caso *Blaskic*, la sala de primera instancia que adelantaba el juicio interpretó el derecho de contrainterrogar los testigos de cargo, únicamente con referencia a los testigos presentes en el juicio y rechazó la posibilidad de que la defensa planteara cuestionamientos a las afirmaciones de los testigos que habían depuesto fuera de la sede del Tribunal, pero que constaban en el proceso.

De igual forma, en el caso *Tadic*

la defensa argumentó violación del principio de igualdad de armas en virtud de que no fue posible para el Tribunal traer a declarar los testigos de descargo al lugar de realización del juicio, a pesar de todos los esfuerzos de cooperación. El tribunal, en respuesta a una apelación, consideró que no existía la violación del principio de igualdad de armas, en caso de que un testigo de descargo no apareciera ante el Tribunal debido a la carencia de cooperación de un Estado.¹⁸

Se ha destacado aquí los desafíos y problemas relacionados con las garantías y el derecho de defensa, pues se trata de un hecho central en la perspectiva de la cooperación. El detalle con que se asignan competencias en el proyecto de ley que se comenta contrasta con la poca referencia a este aspecto central.

3.10. Los recursos

Volviendo al proyecto de ley que se comenta y en relación con los recursos, el artículo 17 regula dos posibilidades. Tanto frente a la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia —relativa a la situación particular de la persona que ha

¹⁷ Óscar Julián Guerrero, *Garantías y debido proceso en el derecho penal internacional*, versión en mimeógrafo, 2006, p. 12.

¹⁸ *Ibidem*, p. 13. Caso mencionado: *Prosecutor v. Tadic*, case IT -94-1. 10 de agosto de 1995.

sido reclamada—, como frente a la decisión que resuelve sobre la entrega misma, “procede el recurso de revisión”. Para su trámite se tendrá en cuenta lo previsto en el nuevo estatuto procesal penal. La norma que lo regula aclara lo siguiente:

En el escrito de formalización del recurso no se podrán formular otras alegaciones que las relativas a quebrantamiento de las normas y garantías procesales en el expediente y las relativas a la concurrencia de los requisitos establecidos en los artículos 89.2 y 91.2 o 91.3, según los casos, del Estatuto de Roma.

Es decir, se restringen las causas para interponer el recurso.

3.11. Sobre el principio de especialidad

Respecto del denominado *principio de especialidad frente a la Corte Penal Internacional*, en el proyecto de ley se asume su regulación en el contexto de las “actuaciones posteriores a la entrega”. El artículo 19 se ocupa de ello. Se dice que si “después de la entrega, la Corte Penal Internacional pidiera autorización a Colombia para proceder por una conducta anterior a la entrega”, de ello se dará traslado a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, “en el caso previsto en el artículo 16 de esta ley, que resolverán de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 2 del artículo 101 del Estatuto de Roma”. Se exige que le sea solicitada a la Corte Penal un acta que “contenga las observaciones de la persona entregada”. Finalmente, la norma aclara lo siguiente:

Cuando la persona entregada fuere puesta en libertad por la Corte Penal Internacional por razones distintas del cumplimiento de la sentencia y ésta se propusiera trasladarla a otro Estado, se remitirá esta información a la Corte Suprema de Justicia y, en su caso, por el Ministerio del Interior y Justicia se dará el consentimiento de Colombia para tal traslado, o se solicitará su devolución a Colombia si la razón de la puesta en libertad se debiere a que la causa fue declarada inadmisibles por la Corte Penal Internacional por el motivo previsto en el artículo 17.1.a del Estatuto.

3.12. Las personas sujetas a la jurisdicción de la Corte Penal

En relación con “las personas sujetas a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”, el artículo 21 trae varias previsiones.

Respecto de las personas citadas como peritos o testigos para comparecer ante los tribunales colombianos en cumplimiento de una “comisión rogatoria” expedida por la Corte Penal Internacional, se establece que ellas “tendrán las mismas obligaciones y responsabilidades que si hubieren sido citadas en una causa que se sigue en Colombia”. Es decir, en su caso se ajusta el mismo procedimiento establecido en el país. (Respecto de estas personas tendría sentido la aplicación de diversas normas que, dentro del Código Penal colombiano, se refieren a la protección de la administración de justicia.)

Mientras tanto, si la comparecencia fuere en la sede de la Corte Penal Internacional, tendrá carácter voluntario,

solicitándose de ésta por el Ministerio del Interior y Justicia, información acerca de las inmunidades y plazo de vigencia para la persona citada, que será transmitida a dicha persona, anticipándose los gastos por el Ministerio del Interior y Justicia.

En este punto se aclara lo siguiente:

Si la Corte Penal Internacional hubiere remitido alguna instrucción sobre la regla relativa a la autoinculpación, se entregará dicho documento al testigo y el órgano judicial se cerciorará de que ha sido debidamente entendido.

En relación con el consentimiento, se agrega que éste no será necesario,

cuando se tratare de un condenado por la Corte Penal Internacional que se encontrare cumpliendo condena en Colombia, en cuyo caso se efectuará el traslado temporal, en las condiciones que se acuerden con la Corte Penal Internacional.

Cuando la solicitud de comparecencia en la sede de la Corte Penal Internacional se refiriese a una persona detenida en Colombia, el Ministerio del Interior y Justicia se dirigirá al órgano judicial que estuviere conociendo del asunto para que interrogue a dicha persona, acerca de si consiente el traslado, y si lo consintiere y la autoridad judicial colombiana no se opusiere, el Ministerio del Interior y Justicia autorizará el traslado, y lo comunicará al citado órgano judicial y a la Corte Penal Internacional.

Sobre las personas que se encuentren en tránsito por Colombia para comparecer ante la Corte Penal, se establece que ellas “gozarán de inmunidad”. Mientras tanto, la norma prevé la solicitud a la Corte Penal internacional de una especial

protección cuando se trate de agentes o funcionarios estatales que obren como peritos o testigos de causas. Y, finalmente, en relación general con los testigos y con personas que pueden reputarse como víctimas en la causa, se dice que el

Ministerio del Interior y Justicia, podrá convenir con el secretario de la Corte Penal Internacional la acogida temporal de víctimas traumatizadas o de testigos que pudieran correr peligro por su testimonio.

3.13. Regulación general del traslado de testigos y peritos en el nuevo estatuto procesal penal

En el artículo 486 del nuevo Código de Procedimiento Penal, se hace referencia de manera amplia a dicho traslado. La norma establece:

Una vez agotados los medios técnicos posibles tales como el dispositivo de audio, video u otro similar, la autoridad competente solicitará la asistencia de los testigos o peritos que sean relevantes y necesarios para la investigación y el juzgamiento, pero la parte interesada correrá con los gastos. Los testigos y peritos declararán en el juicio oral, con sujeción a las disposiciones de este código.

En seguida, en un párrafo aclaratorio, se establece lo siguiente:

Los fiscales o jueces, conforme a las reglas del presente código y con observancia de los conductos legalmente establecidos, podrán solicitar el traslado a territorio extranjero para la práctica de actuaciones de su competencia. Para tal efecto se procederá una vez agotados los medios técnicos posibles previstos en el inciso anterior. En todos los casos deberá solicitarse el traslado, previa autorización de las autoridades extranjeras legitimadas para otorgarla.

También se prevé la posibilidad de que el fiscal general autorice la presencia de funcionarios judiciales extranjeros para la práctica de diligencias en el territorio nacional, siempre y cuando tenga la lugar la coordinación de un fiscal delegado y la presencia de la Procuraduría General de la Nación para que verifique la legalidad de los procedimientos.

3.14. Principios reguladores de la ejecución de las sentencias extranjeras en Colombia

De manera general, el Código de Procedimiento Penal hace referencia a la ejecución de las sentencias en el país. Hay un capítulo específico para ello. Dice el artículo 515:

Las sentencias penales proferidas por autoridades de otros países contra extranjeros o nacionales colombianos podrán ejecutarse en Colombia a petición formal de las respectivas autoridades extranjeras, formulada por la vía diplomática.

Son interesantes las pautas que de manera general se establecen para que la sentencia extranjera pueda cumplirse en el país. Son ellas:

1. Que no se oponga a los tratados internacionales suscritos por Colombia, o a la Constitución Política o a las leyes de la República.
2. Que la sentencia se encuentre en firme de conformidad con las disposiciones del país extranjero.
3. Que en Colombia no se haya formulado acusación ni sentencia ejecutoriada de los jueces nacionales, sobre los mismos hechos, salvo lo previsto en el numeral 1 del artículo 16 del Código Penal. (Se refiere a la persona que cometa delitos en el extranjero, por ejemplo, contra la seguridad del Estado, contra el régimen constitucional o contra la administración de justicia.)
4. Que a falta de tratados públicos, el Estado requirente ofrezca reciprocidad en casos análogos.

3.15. Ejecución de las penas en el proyecto de ley de cooperación

Sobre la ejecución de las penas en Colombia, consagra el artículo 22 del proyecto que el Ministerio del Interior y de Justicia

comunicará a la Corte Penal Internacional las condiciones en las que Colombia estuviese dispuesta a aceptar el traslado de un condenado a pena privativa de libertad o las razones que impidiesen la aceptación de dicho traslado.

Luego, los jueces de ejecución de penas serán informados sobre el procedimiento.

La norma establece varias condiciones para la ejecución de la pena, de acuerdo con diversas circunstancias.

En primer lugar, se aclara lo siguiente:

Para que se pueda proceder en Colombia contra un condenado que estuviere cumpliendo una condena impuesta por la Corte Penal Internacional en un establecimiento penitenciario colombiano, por hechos anteriores a su entrega a Colombia, el juez instructor o el tribunal competente dirigirá la comunicación y la documentación pertinente al Ministerio del Interior y Justicia, que las trasladará a la Corte Penal Internacional, absteniéndose de proceder hasta la decisión de ésta. Igualmente se actuará para la extradición a un Estado.

En segundo lugar, cuando se celebre una vista en la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional acerca de una posible reducción de la pena de quien estuviere cumpliendo condena en Colombia, dicho ministerio determinará la “conveniencia de la intervención procesal y los términos en que deba producirse”.

En tercer lugar, en caso de que se presente la evasión del condenado, el ministerio informará con urgencia al secretario de la Corte Penal y consultará con ella acerca de si Colombia solicita su extradición al Estado en que se encuentre o si la Corte Penal Internacional insta su entrega a dicho Estado”. Aquí juega un papel central la efectividad de los mecanismos de extradición y de los tratados firmados por Colombia.

3.16. Sobre las medidas de reparación

En relación con las *medidas de reparación*, el artículo 23 establece que, cuando las observaciones de la Corte Penal Internacional se refieran a la

atribución del importe de la reparación a una organización intergubernamental o internacional, el Ministerio del Interior y Justicia consultará con el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Podría ello entenderse en cuanto a que hoy en día es este ministerio el encargado de centralizar, frente al sistema interamericano, los mecanismos de reparación.

Las posibles medidas de ejecución serán tramitadas conforme a lo previsto en el inciso 7 del artículo 22 del proyecto de ley que aquí se reseña.

3.17. Otras formas de intervención del Estado colombiano

El artículo 24 consagra la forma de intervención de Colombia “en calidad de *amicus cunae*”. En este caso, entre los dos ministerios que en general intervienen en la cooperación determinarán “la conveniencia u oportunidad de hacerlo”, y son los encargados de fijar los términos de dicha intervención.

3.18. Sobre el juicio

El artículo 25 y final del proyecto de ley se refiere a la celebración del juicio y otras actuaciones procesales en Colombia. En caso de que la Corte Penal lo propusiese, los ministerios comunicarán a la Corte Penal Internacional la decisión al respecto. Lo importante para tener en cuenta es que “los aspectos no jurisdiccionales de dichas actuaciones estarán sometidos al acuerdo específico que se celebre con la Corte Penal Internacional”.

3.19. Sobre los tribunales militares

El proyecto de ley consagra una disposición transitoria que se refiere a los órganos jurisdiccionales militares, y destaca que

lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 7.º de esta ley, se entenderá sin perjuicio de lo establecido en las leyes reguladoras de la jurisdicción penal militar con respecto a la competencia de esta última en los casos de presencia permanente o temporal, fuera de territorio nacional, de fuerzas o unidades militares colombianas, ni afectará tampoco al desempeño de la función jurisdiccional por los órganos judiciales militares que las acompañen.

(Recuérdese que en este apartado se ha señalado que “cuando se presentare una denuncia ante un órgano judicial o Fiscalía General de la Nación en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales colombianos y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte Penal Internacional, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante”.)

4. Protección penal de la administración de justicia de la Corte

En este apartado se inicia con el punto *b* del índice general, para luego describir sintéticamente las normas que en el Código Penal pueden ser relevantes para el estudio del tema correspondiente.

b) No existe un proyecto de ley al respecto, ni se ha discutido siquiera. Puede decirse que en la legislación penal interna existen tipos penales suficientes que pueden aplicarse para adelantar la protección penal de la administración de justicia de la Corte. El hecho de que no exista una ley de implementación en este sentido no es un vacío tan notorio y tan crítico, como sí lo es el caso de una falta de ley de cooperación. Tal como se ha enfatizado en este informe, desde el principio, sí sería necesaria, incluso por vía jurisprudencial, la aplicación de las normas del Código Penal a los estándares internacionales de aplicación de la normatividad. Es decir, existe, por ejemplo, el delito de falso testimonio en el Código Penal, tal como a él se refiere el artículo 70 del Estatuto de Roma, pero hay necesidad de adecuarlo a los estándares internacionales y a las exigencias muy propias del Estatuto de Roma.

Incluso, antes que una ley que contenga tipos penales específicos, sería más conducente, como se dijo ya, que se expidiera una ley sobre las reglas de procedimiento y prueba. Si se mira el literal *a*, del numeral 1 del artículo 70 del Estatuto, respecto del falso testimonio, se encuentra que en él se hace referencia al hecho de estar una persona obligada “a decir la verdad, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69”. Este párrafo, por su parte, establece: “Antes de declarar, cada testigo se comprometerá, de conformidad con las reglas de procedimiento y prueba, a decir verdad en su testimonio”. En consecuencia, como se dice, es necesario expedir una ley que dé cuenta de dichas reglas. Ellas son previas a la ley sobre tipos penales de protección de la administración de justicia de la Corte.

Por el momento se puede actuar con base en el numeral 4.*a*, del artículo 70 del Estatuto. Este dice que “Todo Estado parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento” a los delitos que se conciben en el Estatuto. En consecuencia, aun si no existen tipos penales que taxativamente se refieran por ejemplo a funcionarios de la Corte, como es el caso del literal *c*, del artículo 70, que se refiere al hecho de “corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio”, o a tomar repres-

lias contra él, se puede aplicar la norma similar ya existente en el Código Penal y adecuar la conducta del sujeto activo, respecto del testigo específico involucrado en el delito internacional.

Lo que se necesita en este caso, se insiste, es el conocimiento específico de los estándares internacionales, por ejemplo en relación con el manejo de testigos de graves violaciones de derechos humanos, justo para dar aplicación más concreta a las normas del Código Penal que se refieren en general a los testigos. Hay que aprovechar las normas del Código Penal, incluso porque a diferencia de otros países en los cuales no se han implementado reformas detalladas en los Códigos y en los cuales se hacen remisiones más genéricas desde sus propios tipos penales, a testigos de crímenes internacionales, etcétera, en el caso colombiano, precisamente en razón de la incorporación de dichos crímenes en el Código, las normas que se refieren a la protección de la administración de justicia lo hacen en relación con todos los delitos.

Lo anterior no quiere decir que no sea necesario implementar una ley que dé cuenta específicamente de lo dispuesto por el artículo 70. Ello es necesario. Por ejemplo, frente al literal e, que se refiere a tomar represalias contra funcionarios de la Corte, no puede aplicarse la norma del Código Penal que se refiere a la intimidación violenta de un servidor público. Un funcionario de la Corte no lo es; allí es necesario ser específico. Pero, mientras ello tiene lugar, es necesario pensar en diferentes pasos u opciones:

1. Aplicar las normas del Código Penal que puedan ser más pertinentes. Como varias de las normas que protegen la “eficaz y correcta impartición de justicia”.
2. Pensar en la posibilidad de una ley que haga referencia a las reglas de procedimiento y prueba. Esto es básico. Incluso el mismo numeral 2 del artículo 70 del Estatuto estatuye que dichas reglas, “establecerán los principios y procedimientos que regulen el ejercicio por la Corte de su competencia sobre los delitos a que se hace referencia en el presente artículo”.
3. Impulsar una ley de cooperación que no sólo contenga normas de distribución de competencias, sino que se ocupe efectivamente del manejo probatorio, el tratamiento de testigos, etcétera. Así, se contaría con las

bases no sólo legales, sino conceptuales necesarias para elaborar normas que hagan referencia a la intimidación de un testigo o a la corrupción de un perito o de un funcionario de la Corte.

a) Se hará una reseña muy sintética de normas que, dentro del Código Penal, son equiparables a las enunciadas en el artículo 71 del Estatuto. (Se hará una enunciación genérica de estas, por razones, además, de espacio y precisión en el informe.)

El título XVI del Código Penal se refiere, como se ha dicho, a los “delitos contra la eficaz y correcta impartición de justicia”.

El primer capítulo se refiere a las falsas imputaciones ante las autoridades, contiene delitos como la falsa denuncia en general, o contra ciertas personas. Pueden aplicarse, pero de manera muy restrictiva y precisa.

En el capítulo tercero hay normas que se refieren al falso testimonio que sí es muy relevante. Dice el artículo 442: “El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad, o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años”. El artículo 423 incluye circunstancias de atenuación cuando hay retractación del falso testimonio.

El artículo 444 se refiere al soborno, y al hecho de entregar o prometer dinero “a un testigo para que falte a la verdad o la calle total o parcialmente”. El artículo siguiente se ocupa del soborno en la actuación penal, específicamente. La noción de soborno está muy presente en el Estatuto de Roma.

El capítulo sexto contiene normas muy complejas en su manejo en Colombia, ya que ellas han estado muy ligadas a delitos como el narcotráfico. El *encubrimiento* es la denominación genérica y puede darse *favorecimiento* y *receptación*. El primero, como lo establece el artículo 446, se refiere a la siguiente conducta:

El que tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible, y sin concierto previo, ayude a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

Por su parte, la receptación está regulada en el artículo 447:

El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen

mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cinco (5) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

El favorecimiento, en el caso de crímenes internacionales, que están ligados a lógicas de acción armada, o que están ligados a lógicas de violencia en la que intervienen muchos actores, es una conducta que puede tener lugar de manera recurrente.

El capítulo octavo se refiere al fraude procesal y puede también tener equivalencia en el Estatuto. El artículo 453 dice, por ejemplo:

Fraude procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

También se consagra el fraude contra resolución judicial específicamente.

En el Estatuto existe celo especial en la protección de los testigos y de la prueba. En este sentido, el capítulo noveno contiene los “delitos contra los medios de prueba y otras infracciones”. El artículo 454 *a*, se refiere precisamente a la amenaza de testigos, y se extiende incluso a la protección no sólo del testigo, sino de su cónyuge, compañero o compañera permanente, parientes, etcétera.

Por su parte, el artículo 454 *b*, se refiere al “ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio”.

Finalmente, a propósito del artículo 71 del Estatuto de Roma, en el Código Penal se introdujo una reforma que contiene el artículo 454 *c*, —los dos anteriores son parte también de una reforma posterior al 2000— y que se refiere a quien

por cualquier medio impida o trate de impedir la celebración de una audiencia pública durante la actuación procesal, siempre y cuando la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

5. Conclusiones

En el caso colombiano no ha sido prioridad el impulso a una ley de cooperación con la Corte Penal Internacional. La prioridad legislativa ha estado gobernada en los tres últimos años por la discusión de la denominada Ley de Justicia y Paz, expedida en junio de 2005, y de su decreto reglamentario, de 2006.

No obstante, cursa en el Parlamento, concretamente en la Cámara de Representantes, una iniciativa legislativa en relación con la cooperación, concebida desde finales de 2004. Hoy en día se encuentra listo el proyecto para segundo debate y se aguarda que durante el año 2006 tenga lugar la discusión parlamentaria y la aprobación de dicha ley. Es de esperar que el hecho de que no exista hasta ahora un proyecto de ley relacionado con las reglas de prueba y de procedimiento no incida negativamente en la ley de cooperación y que, en todo caso, las inconsistencias probables se discutan en el proceso de aprobación de la ley de cooperación. Esta, además, debe dar cuenta de aspectos más sustanciales en el ámbito de la cooperación y no restringir su contexto, con tanto detalle además, a la atribución de competencias: la cooperación en el ámbito probatorio y, desde allí, en relación con las garantías, y el derecho de defensa, es una necesidad hoy insalvable. Además, este hecho, sumado a la necesidad de asumir consistentemente las exigencias de las reglas de prueba y de procedimiento, será la base sustancial para el impulso posterior a leyes que integren normas especiales sobre protección penal de la administración de justicia de la Corte Penal.

Como se ha advertido insistentemente en el presente informe y teniendo en cuenta las condenas reiteradas a Colombia por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es necesario, para la correcta implementación del Estatuto de Roma, desarrollar fórmulas internacionales y estandarizadas de interpretación de la normas que, dentro del Código Penal, corresponden a los crímenes internacionales; y, sobre todo, incorporar protocolos de investigación y de manejo de la prueba, aptos para delitos tan complejos. De lo contrario, no existirá una implementación real del Estatuto, y no sólo seguirá existiendo impunidad, sino que algunos casos que puedan ser aclarados pueden perder su verdadera sustancia y ser tramitados como meros hechos del derecho penal ordinario.

Incluso escenarios como la implementación práctica de la Ley de Justicia y Paz deben aprovecharse como escenarios de discusión y dilucidación de las categorías

dogmáticas y procesales que les son propias a estos crímenes. Más allá de la aplicación de los beneficios a los actores, por ley los jueces debe dictar en principio las condenas que corresponden a los delitos, de tal manera que hay que investigar y juzgar las conductas. Por esa razón, es absolutamente necesario impulsar un proceso muy grande de capacitación institucional a los funcionarios, tanto de la Fiscalía, como de la administración de justicia, que dan aplicación a la ley. No se están escogiendo aplicadores adiestrados en estos ámbitos. La unidad de derechos humanos de la Fiscalía tiene experiencia en estos temas, pero hoy las exigencias son mucho más grandes y, de manera particular en los jueces, hay que impulsar una capacitación muy sofisticada y tecnificada. La ley es el espacio próximo más importante de discusión jurídica sobre la normatividad propia del Estatuto de Roma, más allá de las relaciones entre procesos de paz y dicho Estatuto, o entre fórmulas de impunidad en función de políticas de paz y dicho Estatuto.

Se insiste aquí en el ámbito de la capacitación y de la formación de los operadores, y ello es muy importante en el terreno de la cooperación. Como se vio, ya no es muy defendible la idea de agenciar controles puramente formales de los requisitos para extraditar: por ejemplo, es necesario el dominio del derecho comparado, explorar la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, avanzar en el proceso de internacionalización del derecho. Ello será, en todo caso, el sustrato material necesario para la correcta aplicación de una ley de cooperación que, de lo contrario, no va a operar en la práctica como es de esperarse.

Excursus

En la presente legislatura, que se inició en el mes de julio de 2006, en la Cámara de Representantes se ha radicado un proyecto de ley, el n.º 040 de 2006, por el cual “se dictan normas sobre cooperación con la Corte Penal Internacional”.

Este proyecto de ley, tal como se anunció en el informe ya elaborado en su momento por el consultor, se presenta en un momento más propicio, por decirlo así, ya que el legislador ha dejado atrás algunos temas que lo habían absorbido, como es el caso de la expedición de la Ley de Justicia y Paz.

Estas observaciones son adicionales al informe, se presentan de manera muy sintética, ya que se trata de un proyecto que se presenta en el momento en que se ha cerrado la edición final de los informes de cada uno de los expertos.

Lo más interesante del proyecto radica, quizá, en la mayor extensión, deteni-miento y fundamentación de la exposición de motivos y en la simplificación de algu-nos artículos. Pero la estructura de este proyecto sigue siendo la misma del proyecto más avanzado que fue analizado en el informe exhaustivamente. La consideración general respecto del hecho de que el proyecto de ley tiende a ser más un proyecto sobre atribución muy compleja de competencias, sigue en pie, aunque, como se ha dicho, se quiere ahora simplificar un poco la redacción tan detallada de numerosos artículos y se quiere impulsar más un verdadero ejercicio de cooperación ante la Corte Penal Internacional. Es de esperar, en todo caso, que en próximas discusiones legisla-tivas el proyecto se simplifique y se reduzca mucho más a temas esenciales.

Para dar justicia al proyecto y, a su vez —ya que se encuentra a disposición en la red de Internet—, para confrontarlo con la exposición de motivos y en razón de la premura del tiempo que sólo permite una reseña mínima, se presen-tan aquí algunas de las consideraciones básicas de los nuevos ponentes del pro-yecto en la Cámara.

Como se dice, el proyecto conserva prácticamente la misma estructura del proyecto de ley n.º 225 de 2004, en su versión más avanzada, que correspondía al texto aprobado en el primer debate en la Cámara de Representantes. El sumario es el siguiente.

- Artículo 1. Objeto y fuentes jurídicas.
- Artículo 2. De la cooperación pasiva.
- Artículo 3. De la cooperación activa.
- Artículo 4. De las autoridades competentes.
- Artículo 5. De la representación y defensa procesal.
- Artículo 6. De los órganos de relación y consulta con la Corte.
- Artículo 7. De la solicitud para iniciar una investigación por el fiscal de la Corte.
- Artículo 8. Del requerimiento de inhibición al fiscal de la Corte.
- Artículo 9. De la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa.

- Artículo 10. De la inhibición de la jurisdicción colombiana a favor de la Corte.
- Artículo 11. De la detención.
- Artículo 12. De la libertad provisional.
- Artículo 13. De la entrega simplificada.
- Artículo 14. De la orden de comparecencia de un imputado ante la Corte.
- Artículo 15. De la entrega a la Corte.
- Artículo 16. De las solicitudes concurrentes.
- Artículo 17. De los recursos.
- Artículo 18. De la entrega temporal a la Corte.
- Artículo 19. De las actuaciones posteriores a la entrega.
- Artículo 20. De otras formas de cooperación con la Corte.
- Artículo 21. De las personas sujetas a la jurisdicción de la Corte.
- Artículo 22. De la ejecución de las penas en Colombia.
- Artículo 23. De las medidas de reparación.
- Artículo 24. De la intervención de Colombia en calidad de *amicus curiae*.
- Artículo 25. De la celebración del juicio y otras actuaciones procesales en Colombia.
- Disposición transitoria. De los órganos jurisdiccionales militares.
- Artículo 26. Vigencia.

En relación con la exposición de motivos, dicen así los ponentes:

El proyecto de ley pone particular cuidado en la regulación de eventuales conflictos de competencia entre la Corte Penal Internacional y los tribunales colombianos, estableciéndose el deber del Ejecutivo de sostener la competencia colombiana cuando ésta ha sido ejercida o se está ejerciendo, pero se establece un matiz o gradación en los deberes del Ejecutivo, en orden al deber de recurrir o la facultad de hacerlo ante órganos judiciales externos. Cuando la causa se halla en un estadio inicial, en el momento procesal en que el fiscal de la Corte reclama la competencia, el Gobierno tiene el deber de recurrir ante la Sala de Cuestiones Preliminares, pero cuando ésta ya se ha pronunciado sosteniendo la competencia de la Corte, el Gobierno tiene la facultad de apreciar soberanamente si se atiene a esta decisión o interpone recurso ante la Sala de Apelaciones.

A juicio, además, de los ponentes, un elemento significativo del proyecto de ley es la entrega a la Corte Penal Internacional de una persona reclamada por esta, que resulta imprescindible, pues el Estatuto “no permite dictar sentencias en rebeldía”.

Según los ponentes, además,

el aspecto más significativo se refiere al principio general que establece el Estatuto de Roma acerca de la obligatoriedad de decretar la prisión provisional, siendo excepción la libertad provisional, aunque no se establece un automatismo riguroso eliminando por completo la facultad de apreciación por el juez interno, sino solamente que examine y valore las recomendaciones de la Corte, tal y como establece el artículo 59.4 del Estatuto de Roma.

En consecuencia,

en orden a la entrega a la Corte Penal Internacional, la característica principal es la limitación de los motivos de denegación de la solicitud, apartándose de los modelos clásicos en materia de extradición, ya que ni siquiera la existencia de cosa juzgada puede impedir la entrega, sin perjuicio de la valoración que, en su caso, pueda efectuar la Corte Penal Internacional.

En este punto los ponentes buscan establecer —tema que no es siempre muy claro— la diferencia entre extradición y entrega. Junto a esta, que es concebida en el proyecto como el “núcleo básico de la cooperación”, la iniciativa parlamentaria busca regular, igualmente, diversos aspectos atinentes al denominado *auxilio judicial internacional*; ello se busca, teniendo en cuenta, no obstante, la

precisión del Estatuto de Roma en la regulación de una variada tipología de comisiones rogatorias y otras formas de cooperación, ha parecido suficiente prever en la norma interna colombiana mínimos complementos procesales.

La ejecución de las sentencias de la Corte Penal Internacional, tanto respecto de las penas principales como respecto de las consecuencias accesorias y lo atinente a la reparación a las víctimas, es también objeto de regulación. Así mismo y siguiendo la misma técnica legislativa, se introducen desarrollos normativos mínimos, siendo aplicables las normas generales y eventuales acuerdos con la Corte Penal Internacional. En lo que respecta a las penas privativas de libertad, según el proyecto, a

Colombia le debe asistir la responsabilidad de recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, para cumplimiento de la condena, bajo determinados límites temporales.

El proyecto reconoce, por otra parte —lo cual es importante, ya que en congresos internacionales es perceptible en algunas ocasiones—, una especie de nostalgia por el hecho de que las legislaciones internas no implementen con exactitud absoluta la legislación internacional. Esto no es necesario completamente, siempre y cuando se reconozca que el Estatuto de Roma —para citar el caso concreto— es sobre todo un “motor” que da impulso a las decisiones internas. Así, dicen los ponentes:

La Corte por su parte no sustituye de manera alguna las jurisdicciones nacionales y por lo tanto es complementaria en la búsqueda de la justicia penal que todos y cada uno de los Estados prohíjan a sus asociados, constituyéndose en un instrumento de justicia ya que sus decisiones están bajo el imperio del derecho en la búsqueda de la paz de los pueblos.

(Nótese que los ponentes hacen referencia a la tensión, tan compleja y explícita en Colombia, entre justicia y paz).

En este mismo sentido, señala el proyecto:

Las disposiciones contenidas en el Estatuto no reemplazan de manera alguna las leyes colombianas, ni las modifican, de tal suerte que quien cometa un hecho punible en el territorio nacional será sometido al ordenamiento jurídico interno y las autoridades competentes estarán en el marco de la jurisdicción colombiana. En este sentido, por ejemplo ningún juez de la República adquiere en virtud del Estatuto la facultad de imponer la pena de reclusión a perpetuidad; únicamente puede ejercerlo la Corte Penal Internacional en el ejercicio de la competencia complementaria a ella atribuida por el Estatuto, siempre y cuando se estén dados los presupuestos, condiciones y cumplidos los requisitos previstos por él.

De todas maneras, se introduce una salvedad:

Lo anterior no obsta para que las autoridades colombianas, cuando cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial, en los términos de las partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, apliquen las disposiciones del Tratado dentro del ámbito regulatorio del mismo.

Se reconoce, en todo caso, que

en algunas materias estas disposiciones del Estatuto pueden requerir desarrollos normativos internos para facilitar la cooperación, por los cuales propende el espíritu del presente proyecto de ley y en desarrollo del artículo 88 del Estatuto de Roma.

Uno de los temas más complejos que fueron señalados en el informe se refiere a la necesidad de armonizar las normas sobre cooperación con las normas del nuevo Código de Procedimiento Penal. Se trata de una tarea especialmente difícil, ya que el nuevo estatuto no se ha implementado aún en todo el país, y algunas de sus figuras están siendo todavía comprendidas, interpretadas, y sus alcances están siendo limitados por la jurisprudencia constitucional y penal.

De ello dan cuenta de nuevo los ponentes:

Frente a uno de los mayores desafíos de la comunidad internacional, el cual está representado en la puesta en marcha y funcionamiento del la Corte Penal Internacional, compartimos los argumentos de los honorables congresistas, primero en el sentido de buscar instrumentos de cooperación en aspectos procesales y procedimentales que permitan la aplicación concreta del Estatuto de Roma; y por otro lado el de acoplar el Estatuto a nuestra normatividad vigente, toda vez que la ley 906 de 2004 entronizó nuestro derecho procesal penal al sistema penal acusatorio, por lo que es necesario armonizar el lenguaje jurídico del Estatuto de la Corte Penal Internacional con el nuevo Código de Procedimiento Penal para evitar confusiones jurídicas, imprecisiones o remitir el texto del estatuto a conceptos y términos procesales que no correspondan con nuestro marco jurídico, de allí la importancia de este proyecto de ley para unificar el lenguaje jurídico entre ambas codificaciones, evitando tropiezos procesales al momento de su aplicación, ajustando dicho tratado a las normas procesales vigentes en Colombia.

Finalmente, concluyen los ponentes:

Este proyecto de ley entra a regular con especial celo el mecanismo de activación, a través de la denuncia hecha por Colombia de una situación que podría ser de la competencia de la Corte Penal Internacional, configurándose por este mecanismo una competencia exclusiva del Gobierno en razón de las diversas variables de política exterior que deben ser ponderadas por el órgano constitucionalmente responsable de la política exterior.

Es de esperar, como se ha recalado en el informe, que la discusión en el Congreso sobre la ley de cooperación tome nuevos bríos, ya que existe una clara expectativa de la comunidad internacional respecto del cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos.

COSTA RICA

Cooperación
y asistencia judicial
con la CPI

Paul Hernández Balmaceda

1 • Introducción

Costa Rica firmó el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional (APIC) el 16 de setiembre de 2002,¹ no obstante, a la fecha no ha sido aprobado por la Asamblea Legislativa y mucho menos ratificado por el Poder Ejecutivo. El Estatuto de Roma, sin embargo, ya había sido firmado en fecha 7 de octubre de 1998, y ratificado el 7 de junio de 2001.²

En su oportunidad, el ECPI motivó una reforma parcial al Código Penal (ley 8272 de 2 de mayo de 2002), y que modificó los numerales 7, 378 y 379. Tal reforma podemos considerarla como la única que sufrió directamente el ordenamiento interno por parte del legislador, posterior a la ratificación del Estatuto de Roma. Por la relevancia que tiene para el objeto de nuestro estudio y por lo simple de dicha reforma, es posible presentar gráficamente en qué consistió dicha reforma.

Concretamente se dispuso en esa oportunidad modificar el artículo 7 del Código Penal.³ La normativa es prácticamente idéntica a la anterior, con una única

¹ Al respecto: <http://www.iccnw.org/espanol/list-rat2.htm> y <http://www.icc-cpi.int/asp/statesparties/country&id=30.htm>.

² No se encuentra siquiera pendiente de discusión en la Asamblea Legislativa la APIC. Sobre la agenda legislativa de Costa Rica se puede consultar <http://www.asamblea.go.cr>.

³ De la siguiente forma: 7.º "Independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del hecho punible y de la nacionalidad del autor, se penará, conforme a la ley costarricense, a quienes cometan actos de piratería o actos de genocidio; falsifiquen monedas, títulos de crédito, billetes de banco y otros efectos al portador; tomen parte en la trata de esclavos, mujeres o niños; se ocupen del tráfico de estupefacientes o de publicaciones obscenas; asimismo, a quienes cometan otros hechos punibles contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, previstos en los tratados suscritos por Costa Rica o en este Código."

Esta norma anteriormente estaba redactada así: "Artículo 7.º Independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del hecho punible y de la nacionalidad del autor, se penará conforme a la ley costarricense a quienes cometan actos

referencia a los tratados suscritos por Costa Rica en materia de derecho internacional humanitario, que en todo caso pareciera ya estaba contenida en la remisión que se hacía a los tratados que sancionen “hechos punibles” contra los derechos humanos, con toda la imprecisión que ello implica para el operador jurídico. En todo caso en la exposición de motivos de dicha ley se hace una clara alusión al Estatuto de Roma y al cumplimiento de las obligaciones que su ratificación entraña.

Finalmente, la reforma legal referida, motivada por la aprobación y ratificación del ECPI, tal y como ya se indicó, introduce dos artículos más al Código Penal, el artículo 378 sobre crímenes de guerra y el 379 sobre crímenes de lesa humanidad.⁴ En este último, al menos, el legislador ya hizo una referencia directa al Estatuto de Roma, a efecto de que por vía de remisión se complete la conducta descrita en dicha norma de carácter nacional y con la pena ahí prevista. Así deja a la norma convencional la definición de lo que ha de entenderse por crímenes de lesa humanidad. Por lo que tenemos que hacer remisión, al menos con relación al ECPI, a los supuestos contenidos en el artículo 7 del Estatuto.

Aparte de tal reforma legal, que podríamos ubicar en el tiempo y con base en la exposición de motivos, relacionada con la ratificación del Estatuto de Roma en Costa Rica, no ha existido ninguna iniciativa tendente a adaptar la normativa penal sustantiva a las exigencias y compromisos asumidos frente al ECPI y ni siquiera se cuenta con una iniciativa para aprobar, mucho menos ratificar el APIC.

Aunado a este desfase entre uno y otro instrumento, se carece de alguna iniciativa que posibilite ejecutar cualquier cooperación con la Corte Penal Internacional. No se produjo y ni vislumbra a un corto, medio o largo plazo una modificación del

de piratería, genocidio, falsifiquen monedas, títulos de crédito, billetes de banco y otros efectos al portador; tomen parte en la trata de esclavos, mujeres o niños; se ocupen del tráfico de estupefacientes o publicaciones obscenas y a quienes cometan otros hechos punibles contra los derechos humanos previstos en los tratados suscritos por Costa Rica, o en este Código.” Reforma introducida por la ley 8083 del 30 de enero de 2001, cuyo texto se puede consultar en: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/tratados/ti32htm> y <http://www.pgr.go.cr>.

⁴ Cuyo texto reza de la siguiente forma: “Artículo 378. Crímenes de guerra. Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar actos que puedan calificarse como violaciones graves o crímenes de guerra, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los que Costa Rica sea parte, relativos a la conducción de las hostilidades, la protección de heridos, enfermos y náufragos, el trato a los prisioneros de guerra, la protección de las personas civiles y la protección de los bienes culturales, en casos de conflictos armados, y según cualesquier otro instrumento del derecho internacional humanitario. Artículo 379. Crímenes de lesa humanidad. Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, actos que puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los derechos humanos, y del Estatuto de Roma”.

proceso penal o la introducción de alguna regulación normativa de cooperación internacional tendiente a posibilitar el accionar de la CPI en Costa Rica.

2 • Asistencia judicial internacional

2.1. El procedimiento para la extradición de ciudadanos y otros tipos de asistencia judicial previsto en la legislación interna

En el ordenamiento costarricense existe un proceso para la extradición que encuentra su fundamento normativo en varias disposiciones, principalmente tratados internacionales, y en una ley especial.

Concretamente es en la ley 5991 del 6 de noviembre de 1976, conocida como Ley de Extradición⁵ que se regula el procedimiento para la extradición. No existe un procedimiento contenido en el Código Procesal Penal para la extradición o la entrega. Este último instituto está reservado para el Poder Ejecutivo y se encuentra dentro de la regulación propia de los controles migratorios, en la Ley General de Migración y Extranjería (n.º 8487 del 22 de noviembre de 2005).⁶

El procedimiento para la extradición se regulará por cada uno de los tratados que se encuentren suscritos por Costa Rica y a falta de alguna previsión o en ausencia de algún tratado bilateral, conforme lo que se encuentre previsto en la Ley de Extradición. Así lo dispone incluso en artículo 1 y así lo ha reiterado la jurisprudencia.⁷

Al menos dos grandes grupos de fuentes pueden permitirnos describir someramente un panorama con respecto a la regulación del procedimiento para la extradición. Por un lado, aquel que describe los tratados multilaterales, y, por otro, el de los tratados bilaterales. Teniendo, eso sí, siempre en cuenta que aquellas priman por sobre lo que establezca la legislación ordinaria, en este caso concreto, lo que disponga la Ley de Extradición n.º 5991.

Dentro del grupo de tratados multilaterales suscritos por Costa Rica relacionados con el tema de la extradición podemos hallar un sinnúmero de ellos que se refieren

⁵ Cuyo contenido íntegro se puede consultar en: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/leyes/leypenal/leyextradicion.htm>.

⁶ Cuyo contenido íntegro se puede consultar en: http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/leyes/leypenal/ley_8487.htm.

⁷ Así el voto 2005-1133 del Tribunal de Casación Penal.

a diversas materias, desde la represión del tráfico de sustancias psicotrópicas, la represión de actos de terrorismo, el tráfico de personas, la protección del personal diplomático, la seguridad aérea hasta, por supuesto, la represión de los crímenes contra los derechos humanos, entre los que se incluye el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los del derecho internacional humanitario.

A manera de reseña es posible incluir en esta lista de convenios multilaterales suscritos por Costa Rica a aquellos que tienen relación directa con el tema de la extradición, ya sea que establezcan alguna regla en particular que incida en la regulación de la legislación nacional, como la de la justicia por representación o la del principio de justicia universal.⁸

Tales convenios multilaterales se refieren de forma específica al tema de la extradición, no obstante existe otra serie de instrumentos internacionales multilaterales que también afectan la extradición, dependiendo ya no tanto del ámbito regional donde se produce el ilícito investigado, sino más bien del tipo de delincuencia.⁹

⁸ En este primer subgrupo encontramos los siguientes:

- Tratado de Extradición Americana (aprobado por ley n.º 10 del 25 de agosto de 1989),
- Convención de Extradición Centroamericana (aprobada por ley n.º 21 del 24 de noviembre de 1924),
- Código de Bustamante. Disposiciones en materia de extradición (aprobado por ley n.º 50 del 10 de febrero de 1930),
- Convención Interamericana de Extradición (aprobada por ley 7953 del 25 de febrero de 1981).

⁹ Así contamos con los siguientes:

- Convención Interamericana sobre la Corrupción,
- Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal,
- Protocolo a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal,
- Convención Interamericana contra el Terrorismo,
- Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas Cometidos con Bombas,
- Convención Internacional contra la Toma de Rehenes,
- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo,
- Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental,
- Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicio a la Aviación Civil Internacional,
- Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima,
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa Cuando Estos Tengan Trascendencia Internacional,
- Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena,
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas,
- Convenio de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas,
- Convención Única de Nueva York sobre Sustancias Psicotrópicas,
- Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos,
- Convención para la Prevención y Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos.

A estos instrumentos internacionales se les suman otros de índole bilateral, fuera del ámbito de cooperación en Centroamérica, incluyendo a Panamá y República Dominicana, especialmente con respecto a la represión de los delitos relacionados con psicotrópicos y que han sido suscritos con Estados Unidos de Norteamérica, con la República del Perú, con Paraguay y con la República de Colombia.

Conjuntamente con tal grupo, y con una especial relevancia para el tema que nos ocupa, hemos de mencionar también aquellos instrumentos internacionales que Costa Rica ha ratificado con relación al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, y que también tienen incidencia con respecto al tema de la extradición.¹⁰

Finalmente contamos con otro grupo de convenios, en el ámbito bilateral de extradición con países específicos que rigen el procedimiento de extradición, con la salvedad de que en aquellos en que no exista regulación expresa el proceso se regirá por la normativa nacional. Otro supuesto al que se aplicará tal salvedad es el caso en que no exista tratado bilateral de extradición entre Costa Rica y el país requirente. En ese supuesto el procedimiento se regirá por lo dispuesto en la Ley de Extradición ya aludida.¹¹

¹⁰ A saber:

- El Estatuto de Roma (ECPI),
- El Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,
- Convenio de Ginebra I,
- Convenio de Ginebra II,
- Convenio de Ginebra III,
- Convenio de Ginebra IV,
- Protocolo I de Ginebra,
- Protocolo II de Ginebra,
- Convenio sobre la Esclavitud,
- Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud,
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte,
- Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte,
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes,
- Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes,
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,
- Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad,
- Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas,
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

¹¹ Concretamente existen los siguientes tratados bilaterales de extradición:

- Convenio de Extradición entre Costa Rica e Italia,
- Tratado de Extradición entre Costa Rica y Nicaragua,
- Tratado de Extradición entre Costa Rica y Estados Unidos de Norteamérica,
- Tratado de Extradición y Asistencia Jurídica Penal entre Costa Rica y los Estados Unidos Mexicanos,

Del recuento hecho es posible concluir, por un lado, que en materia de extradición existe una diversidad de fuentes que fragmentan, y tornan casuístico incluso, el procedimiento, dependiendo del ámbito territorial regional donde se comete el ilícito por el cual se solicita extradición, de la materia y de la existencia o no de un tratado bilateral de extradición con el estado requirente.

No existe, por lo tanto un proceso sistematizado, sino que depende de todos esos factores, e incluso nada obsta para que en la ejecución del proceso de extradición pueda a su vez tener incidencia un proceso administrativo regulado en la Ley General de Migración y Extranjería, al que se le sumarán las diversas regulaciones, ya sea de los tratados multilaterales, regionales o bilaterales aludidos.

Con todas las salvedades anotadas, el proceso de extradición que se prevé en la ley 5991, a saber la Ley de Extradición, de acuerdo a la tipología de esta clase de procesos es puramente judicial. La intervención administrativa del Poder Ejecutivo se limita a las potestades que en materia migratoria le son concedidas por la Ley General de Migración, con relación a la deportación, la cancelación de su estatus migratorio, la denegatoria de su condición de asilado o la simple negativa a ingresar a territorio nacional, especialmente se considera una causal el que la persona extranjera sea condenada o perseguida por crímenes de lesa humanidad, genocidio o del derecho internacional humanitario.

Así la Ley General de Migración contiene varias regulaciones concernientes a la permanencia o ingreso de personas perseguidas o condenadas por tales delitos en territorio nacional. El Poder Ejecutivo tiene la potestad de rechazar el ingreso a territorio nacional de aquellas personas que pretendan ingresar a territorio nacional y que hayan sido condenadas mediante sentencia penal firme en los últimos diez años, ya sea en Costa Rica o en el extranjero, por delitos como el genocidio.¹² Aquí se incluye,

— Convenio de Extradición entre Costa Rica y Bélgica,

— Convenio Adicional de Extradición entre Costa Rica y Bélgica.

¹² La Ley de Migración dispone: "Artículo 54. Las personas extranjeras serán rechazadas en el momento en que pretendan ingresar al territorio nacional y, aunque gocen de visa, no se les autorizará el ingreso, cuando se encuentren comprendidas en cualquiera de los siguientes supuestos:

c. Hayan sido condenadas mediante sentencia penal firme en los últimos diez años, en Costa Rica, o en el extranjero, cuando el hecho punible sea reconocido como tal por la ley penal costarricense, por delitos dolosos contra la vida, el genocidio, actos de terrorismo, tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, tráfico o trata de personas, estafa, asociación ilícita, portación ilegal y trasiego de armas o explosivos, delitos de abuso sexual de personas menores de edad, tráfico de patrimonio cultural, arqueológico o ecológico, evasión fiscal o delitos dolosos contra personas menores de edad, personas de la tercera edad, personas con discapacidad o por violencia doméstica.

d. Sus antecedentes hagan presumir que podrían comprometer la seguridad pública, el orden público o el Estado de derecho.

g. Las condenadas por tribunales internacionales."

obviamente, a una sentencia dictada por cualquier tribunal internacional, con lo que se entiende comprendida la CPI. No obstante este supuesto se limita a quienes intenten ingresar a Costa Rica en tales supuestos, mas no cubre a quien ya se encuentre en territorio nacional, para lo cual se requiere de un trámite de extradición.

La misma Ley de Extradición prevé la posibilidad de denegar el reconocimiento de la condición de refugiada o de asilada a la persona que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad definido en aquellos instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica. Incluso aquí no se requiere siquiera que exista una sentencia firme, sino que sea probable autor de un crimen internacional, para lo cual se hace remisión expresa al ECPI.¹³ En este supuesto la persona estaría solicitando tal condición, constituyéndose aquellos en motivos suficientes para denegar su petición.

Con respecto a quienes ya cuenten con la condición de refugiado o de asilado, la propia Ley de Migración dispone que cesará si se considera responsable de la comisión de un crimen internacional “por motivos fundados”, lo que deja entreabierta la puerta de que tampoco en este supuesto se requiera de una sentencia condenatoria.¹⁴

En todo caso, a aquellas personas extranjeras condenadas, mediante sentencia penal firme por un delito de genocidio, ya sea en Costa Rica o en el extranjero, que permanezcan o residan en el país se les cancelará la autorización para permanecer o residir en el territorio nacional, lo que equivale a una expulsión del territorio nacional.¹⁵ Como la norma (artículo 123) se limita al delito de genocidio, hemos de enten-

¹³ Dispone dicha ley: “Artículo 110. No le será reconocida la condición de refugiada ni la de asilada a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que, como persona extranjera petente:

- a. Ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, definidos en los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica.
- c. Es culpable de actos contrarios a las finalidades y los principios de la Organización de las Naciones Unidas.
- d. La persona extranjera podría ser responsable de un crimen internacional, de conformidad con los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica y, en particular, de acuerdo con el Estatuto del Tribunal Penal Internacional.”

¹⁴ Concretamente el artículo 115 de dicha ley dispone: “Artículo 115. La condición de refugiado o de asilado cesará cuando la persona extranjera:

- g. Sea considerada responsable de la comisión de un crimen internacional, por motivos fundados.”

¹⁵ Así el numeral 123 de la Ley de Migración dispone: “Artículo 123. La Dirección General cancelará la autorización de permanencia y residencia de las personas extranjeras, cuando:

- e. Hayan sido condenadas, mediante sentencia penal firme, en Costa Rica o en el extranjero, cuando el hecho punible sea reconocido como tal por la ley penal costarricense, por delitos dolosos contra la vida, genocidio, actos de terrorismo, tráfico de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas, tráfico o trata de personas, estafa, asociación ilícita, portación ilegal y trasego de armas o explosivos, delitos de abuso sexual de personas menores de edad, tráfico de patrimonio cultural, arqueológico o ecológico, evasión fiscal, violencia doméstica o por delitos dolosos contra personas menores de edad, personas de la tercera edad o personas con discapacidad, así como aquellas que hayan estado vinculadas con bandas o pandillas delincuenciales o vinculadas con el crimen organizado.”

der que tal potestad no la tiene el Poder Ejecutivo con respecto a quienes se encuentren en igual situación, pero con relación a cualquier otro crimen internacional.

La potestad para decidir la situación migratoria de los extranjeros condenados o perseguidos por genocidio, crímenes de lesa humanidad o del derecho internacional humanitario corresponde al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Gobernación y Policía. No obstante, se encuentra limitada simplemente a la expulsión o cancelación del estatus migratorio, y en modo alguno se regula la entrega a los tribunales penales internacionales, permanentes o ad hoc para su persecución o cumplimiento de una sentencia.

Por su parte, el proceso de extradición se conceptúa como un instituto interestatal y, en el ámbito interno, la Ley de Extradición parte de tal presupuesto.¹⁶ En toda su regulación se encuentra una clara y reiterada referencia a que dicho procedimiento corresponde a una solicitud llevada a cabo por un Estado, no por un tribunal internacional ni por un organismo internacional.

Dicha ley deja a cargo de los tribunales penales la verificación del cumplimiento de los requisitos necesarios para la concesión de la extradición, exigiéndose, primeramente, la presentación de documentos comprobatorios del auto de detención o prisión judicial o de la sentencia condenatoria firme, los datos de identificación del detenido, la copia auténtica de las actuaciones del proceso, de las disposiciones legales sobre la calificación del hecho y sobre la prescripción de la acción penal.¹⁷

¹⁶ En igual sentido se cuenta con el voto 2004-1002 del Tribunal de Casación Penal, entre otros.

¹⁷ En realidad, el procedimiento principalmente se regula en el artículo 9 de la Ley de Extradición, que dispone: "Artículo 9. Cuando la extradición sea solicitada, se observarán los siguientes trámites:

- a) El requerido será puesto a la orden del juzgado penal de su residencia y si ésta no se pudiere determinar, corresponderá el conocimiento del asunto a un juzgado penal de la ciudad de San José.
- b) Mientras se tramite la extradición el imputado será detenido preventivamente hasta por el término de dos meses.
- c) El gobierno requirente deberá presentar: 1. Documentos comprobatorios de un mandamiento o auto de detención o prisión judicial, o en su caso, de la sentencia condenatoria firme pronunciada. 2. Copia auténtica de las actuaciones del proceso, que suministren pruebas o al menos indicios razonables de la culpabilidad de la persona de que se trate. 3. Los datos de identificación del indiciado o reo. 4. Copia auténtica de las disposiciones legales sobre la calificación del hecho, participación atribuida al infractor, precisión de la pena aplicable y sobre la prescripción.
- d) Si la documentación estuviere incompleta, el tribunal solicitará por la vía más rápida el o los documentos que falten.
- e) Terminado este trámite, el tribunal nombrará defensor público al indiciado si no lo tuviere y dará audiencia a éste y al Ministerio Público hasta por veinte días, de los cuales diez días serán para proponer pruebas y los restantes para evacuarlas.
- f) Los incidentes que se promovieren durante la sustanciación de las diligencias serán decididos por el tribunal que desechará de plano toda gestión que no sea pertinente o que tienda, a su juicio, a entorpecer el curso de los procedimientos. Dictará resolución concediendo o negando la extradición dentro de los diez días siguientes a los plazos indicados anteriormente y podrá condicionarla en la forma que considere oportuna; en todo caso, deberá solicitar y obtener del país requirente, promesa formal de que el extraditado no será juzgado por un hecho anterior diverso ni sometido a sanciones distintas a las correspondientes al hecho o de las impuestas en la condena respectiva, copia de la cual el país requirente remitirá a nuestros tribunales.
- g) De lo resuelto por el tribunal cabe apelación para ante el tribunal superior correspondiente dentro del término de tres días que comenzarán a correr al día siguiente de la notificación. El tribunal concederá a las partes un término de audiencia de cinco días, vencido el cual, dictará la resolución correspondiente a más tardar dentro del plazo de quince días."

Posteriormente se le confiere audiencia a la defensa del indiciado y al Ministerio Público o Ministerio Fiscal. La Procuraduría General de la República, que es un órgano asesor jurídico de la Administración Pública y por lo tanto adscrito al Poder Ejecutivo, será quien represente los intereses del Estado requirente, y podrá intervenir también en el proceso.

Existe la posibilidad que en la audiencia conferida a la defensa, el reclamado se acoja a la posibilidad del proceso de extradición simplificada,¹⁸ en cuyo caso se prescindirá de todo trámite posterior, se dictará la resolución final y, de estimarse procedente, se procederá a la entrega al Estado requerido, una vez firme la decisión.

En caso que no se opte por el procedimiento simplificado, se pondrá en conocimiento de las partes los documentos finalmente aportados, se agotará plazo y posteriormente se dictará una resolución contra la que igualmente cabe apelación ante el Tribunal de Casación Penal.

En caso de denegatoria de la extradición, según lo dispone el artículo 10 de la Ley de Extradición, se pondrá en libertad al requerido. No obstante debemos de sopesar tal previsión con la obligación que en materia de crímenes internacionales imponen los diversos instrumentos ya precitados, para que se enjuicie a una persona en territorio nacional en caso que no sea concedida la extradición, en aplicación del principio de justicia universal contenido en el numeral 7 del Código Penal costarricense y complementado en los instrumentos internacionales del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario suscritos por Costa Rica y que, no por demás está reiterarlo, poseen un rango superior a la legislación ordinaria.

Idéntica salvedad debe hacerse cuando la misma Ley de Extradición establece en su artículo 3 la imposibilidad de conceder la extradición cuando el hecho imputado se encuentre prescripto. Si bien es cierto que existen precedentes jurisprudenciales que refieren que las reglas de prescripción a considerar son las del Estado requirente, tampoco podemos obviar el hecho de que Costa Rica ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad,

¹⁸ La ley 4795 (de Extradición) dispone con respecto al trámite simplificado de la Extradición lo siguiente: "Artículo 9 bis. Si la persona reclamada accede, por escrito, a ser entregada al Estado requirente, después de que la autoridad judicial competente le haya advertido en forma personal en presencia de su defensor, de su derecho a un trámite formal de extradición, conforme se establece en el artículo anterior, el juez podrá conceder la extradición sin más trámite. La resolución judicial deberá fundamentarse y se notificará a la defensa y a la Procuraduría General de la República. Contra ella cabrá recurso de apelación ante el Tribunal Superior correspondiente, el cual podrá ser interpuesto tanto por la defensa como por la Procuraduría General de la República, dentro del plazo establecido en el artículo anterior. Será resuelto dentro del término de quince días."

que tiene un rango superior a la legislación ordinaria, y frente a una antinomia necesariamente prevalecería sobre tal previsión de la legislación interna.

En realidad, ya la propia Ley de Extradición en su artículo 1 prevé su carácter subsidiario, casi se trata de una norma residual que, a falta de tratados, tanto las condiciones, como el procedimiento y los efectos serán determinados por la legislación interna. No obstante, a los efectos que nos interesan, ni en dicha ley, ni en el Código Procesal Penal, ni en ninguna ley especial se establece ningún procedimiento para la entrega de aquellas personas que son perseguidas por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio o tortura, en suma los contenidos en el ECPI.

Por lo tanto, es posible afirmar que, en el ordenamiento costarricense, al respecto existe una gran laguna, que era posible divisar cuando se trajeron a colación al inicio de este estudio las únicas normas modificadas de forma expresa introducidas por el legislador nacional a raíz de la ratificación del ECPI y que, como vimos, implicó una tímida e incompleta modificación de la legislación penal sustantiva, reforma que además ni siquiera hace alusión a adaptar la legislación procesal para posibilitar la cooperación con la CPI.

2.2. Jurisprudencia nacional relevante referida a cooperación judicial en la persecución penal interna de crímenes internacionales

Varios parámetros han sido fijados por la jurisprudencia nacional con relación a esta materia. Sin embargo, resulta significativo traer a colación al menos cuatro precedentes jurisprudenciales que sientan las bases de la integración de la normativa internacional frente al ordenamiento interno.

Un primer precedente es el que se deriva de lo resuelto por la Sala Constitucional en los votos 135-89, 282-90, 764-90, 807-90, 3724-93 y 829-94 en el sentido de que los instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica son directamente aplicables a lo interno. Esto implica que el operador no requiere de una normativa posterior que desarrolle dichos instrumentos, y que de antemano, ante la existencia de una antinomia entre alguna disposición de tales instrumentos internacionales y la normativa ordinaria en el ámbito interno, prevalece aquella.

Un segundo precedente, que resulta sumamente relevante y que se relaciona con el ya citado, también lo sentó la Sala Constitucional costarricense en materia de jerarquía de los tratados de derechos humanos. Concretamente, de la relación de los

votos 3435-92, 57-93 y 2313-95 se ha sentado la máxima de que los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que, en la medida que otorguen mayores derechos, privan por sobre ella.

De esta forma debe quedar asentado y claro que esa posición jurisprudencial, que por demás es vinculante *erga omnes*, tiene clara incidencia para la interpretación y aplicación de la normativa que interese a nuestro ámbito de estudio. En todo caso deja por sentado un claro compromiso del juez constitucional hacia la tutela, al menos formal, de los derechos humanos y la relevancia que desde el punto de vista jerárquico se le concede.

Esto nos lleva a un tercer precedente, otra jurisprudencia que es la referida concretamente a la consulta de constitucionalidad acerca de la aprobación del ECPI, que implicó un primer examen del Estatuto con el ordenamiento interno de Costa Rica. Al respecto el voto 9685-00 dictado por la Sala Constitucional costarricense, conoció la consulta preceptiva de constitucionalidad, dentro del proceso de aprobación previo del Estatuto de Roma.

En esa ocasión se hicieron cuestionamientos acerca de la constitucionalidad de ciertas disposiciones del ECPI, que suscitaban incluso votos de minoría o pautas para la interpretación del Estatuto. Al respecto debe resaltarse el tema de la entrega de nacionales a la CPI. Ello por que existe una norma constitucional, concretamente el artículo 32 que establece que: “Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar territorio nacional”. Dicha previsión frente a las obligaciones contenidas en el ECPI, concretamente el numeral 89, se consideró que no se contraponía directamente con la Constitución Política costarricense.

Para ello la Sala Constitucional costarricense hizo uso de un método de interpretación histórico-sistemático, partiendo de la motivación que tuvo el constituyente para establecer tal norma. Se conceptúa como una garantía frente a un actuar arbitrario e ilegítimo del poder público que podría conducir a la expatriación. Lo que en todo caso estaría en contradicción, agregaríamos nosotros, a lo dispuesto por los tratados suscritos por Costa Rica en materia de apatridia e incluso en materia de tortura, como un trato inhumano y degradante que implica la expulsión arbitraria de su propio país y el alejamiento de su familia, trabajo, bienes, etcétera.

Tal prohibición opera en materia de extradición, no obstante ya enfrentado a la posibilidad de entrega de un nacional a la CPI, el juez constitucional ha optado por

una interpretación que así lo permita, considerando que tal garantía no es absoluta y que no podría ir incluso por otros nortes que fija la misma constitución, dirigidos hacia la tutela de los derechos fundamentales. En modo alguno podría interpretarse —según lo estimó la mayoría de los jueces constitucionales— el impedimento de entrega de nacionales como un obstáculo para la realización de otros fines, como los ya referidos, que fomenta y potencia la propia Constitución, y además se consideró que el Estatuto, lejos de promover una disminución de tales garantías y derechos fundamentales, tiende a lo contrario.

Sin embargo, sobre este aspecto en particular, al menos dos de los siete jueces que integran la Sala de lo Constitucional consideraron que la posibilidad de entrega de nacionales a la CPI violenta lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución Política, sin que se expongan más motivos que la simple antinomia y la referencia a tal prohibición (de no expulsión de nacionales) como una garantía del Estado de derecho que no puede ser violentada por las obligaciones impuestas por el numeral 89 del ECPI.

En este mismo voto (9685-00) la Sala Constitucional hace referencia al tema de las inmunidades o los fueros de improcedibilidad existentes en el ordenamiento interno costarricense y que cubren a ciertos funcionarios públicos como al presidente de la República, a los diputados, a los magistrados de la Corte Suprema, entre otros, y que requieren de un procedimiento ante la Asamblea Legislativa para que la acción penal, que en su contra se pretenda, pueda o no proseguir. Al respecto, el tribunal constitucional costarricense en voto de mayoría considera que tal protección no impide el inicio del proceso ante un tribunal penal internacional, no obstante deja claro que la condena en ausencia se considera contraria a las garantías constitucionales. De esta forma se está reconociendo que finalmente la decisión acerca de la continuación del procedimiento, de la cooperación con la CPI y la entrega de un requerido al que le cubre tal fuero, estará supeditada a que la Asamblea Legislativa así lo disponga o no, con lo que finalmente se convierte en una decisión política. Extrañamente, el mismo razonamiento que con respecto de la garantía contenida en el numeral 32 de la Constitución Política brindó el Tribunal Constitucional no fue válido en ese aparte.

En voto de minoría se consideró que el artículo 27 de la ECPI, interpretado de forma irrestricta, es inconstitucional si no se observa el procedimiento nacional para el desafuero, que, como ya se adelantaba, pende de una decisión política ante la Asamblea Legislativa. De ahí que prácticamente se esté llegando a la misma conclusión,

únicamente que en voto de minoría ni siquiera se admite la posibilidad de que se pueda ejercer, siquiera, la acción penal.

Debe resaltarse que la ley de aprobación del ECPI (n.º 8083) en su artículo 3 dispuso que el gobierno de Costa Rica interpreta que lo preceptuado en el párrafo II del numeral 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional no se aplicará en perjuicio de las normas que sobre inmunidades y privilegios establece nuestra Constitución. Independientemente de la posición mayoritaria en el voto de la Sala Constitucional, el legislador guardó para sí la decisión de levantar o no el fuero de improcedibilidad penal al funcionario público costarricense que le cubra, a pesar de que pueda ser requerido por la CPI por crímenes contra la humanidad, tortura, genocidio o crímenes de guerra, lo que finalmente no deja de ser un obstáculo para asegurar la represión de tal clase de delincuencia y lo que claramente se opone a lo dispuesto por el artículo 27 del ECPI.

Finalmente, en el voto 9685-00 dictado por la Sala Constitucional se cuestiona la autorización de la entrega de un requerido por la CPI frente a la posibilidad de que se ejerza lo que disponen los numerales 77 inciso *b* y 78 inciso 3 del ECPI, a saber una pena a perpetuidad. Esto contrasta con la prohibición decretada por el numeral 40 de la Constitución Política para que nadie sea sometido a reclusión perpetua. En este sentido los jueces constitucionales parten que a la hora de aplicar el ECPI, la Corte Penal Internacional hará una interpretación acorde con lo que dispone el numeral 80 del Estatuto, que salvaguarda el respeto a la regulación interna, en este caso la constitucional, por sobre las potestades que le confieren los artículos 77 y 78 precitados. Bajo tal égida se estimó finalmente que el Estatuto, interpretado sistemáticamente, no vulnera el derecho de la Constitución en Costa Rica.

Un cuarto precedente que merece traerse a colación en este aparte es el sentido también por la Sala Constitucional costarricense y que tiene que ver con lo previsto en el numeral 87 1.b del ECPI e incluso las potestades que podrían tener funcionarios de la CPI en Costa Rica. Se trata del voto 2004-2151 en que el Tribunal Constitucional Costarricense, retoma su línea jurisprudencial trazada en los votos 23-89, 324-90 y 1652-90, en el sentido de que los actos que impongan limitaciones a la libertad, que allanen inmuebles privados o impongan impedimentos de salida, entre otros similares, solamente pueden ser dictados por las autoridades jurisdiccionales, (con las excepciones que la ley establece).

Es a raíz del cuestionamiento acerca de las potestades de los miembros de la Interpol en suelo nacional que se reitera tal principio y que además se deja asentada la

reserva de ley para tales potestades. Ello implica que, únicamente cuando exista una ley que específicamente así lo autorice, algún otro funcionario podría actuar en suelo nacional. En el caso de Costa Rica, no pueden hacerlo los miembros de la Interpol, sino por intermedio de la policía nacional. Puesto que Costa Rica no ha desarrollado ninguna normativa tendiente a establecer un proceso de cooperación con la CPI, las potestades de esta en territorio nacional serán únicamente aquellas que establezca el ECPI, que es un instrumento directamente aplicable en Costa Rica. Esto limita en grado sumo lo que podría hacer y deja en un limbo jurídico sus solicitudes y requerimientos, ante la inexistencia de un procedimiento legalmente establecido, como lo requiere el artículo 88 del ECPI.

3. La cooperación con la Corte Penal Internacional

3.1. Proyectos de implementación

Tal y como ya se adelantaba —y por eso se quiso ilustrar el inicio de este estudio con la única reforma que el legislador hizo— la derivación de la aprobación del ECPI (la producida con la ley 8272) comprendió de forma incompleta, aunque bien intencionada, el derecho penal sustantivo. Como ya vimos se limitó a introducir algunas figuras penales al Código Penal, dejando un sinnúmero por fuera, tal y como ocurre con el proyecto de nuevo Código Penal, que tiene más de cinco años esperando su discusión en la Asamblea Legislativa. En este ámbito tampoco existe ningún proyecto de adaptación de dicha normativa al ECPI.

Si este es, en resumen, el panorama existente con relación al derecho penal sustantivo, pues en materia procesal, en la creación de un procedimiento de cooperación o al menos la adaptación del orden procesal nacional con los compromisos asumidos con la aprobación del ECPI, resulta ser aun más desalentador. No existe, ni se discute o cuestiona siquiera en el ámbito jurídico nacional la necesidad de plantear algún proyecto de cooperación con la CPI, aun y a pesar de que el Estatuto es un instrumento que fue aprobado en Costa Rica desde hace casi media década.

No existe en la agenda legislativa ninguna iniciativa en ese sentido, ni se ha generado una discusión concientizando acerca de su importancia, en tanto se trata de

un tema que se ve ajeno, del que poco se conoce. La actual coyuntura política con un cambio en la legislatura y la existencia de proyectos muy importantes para definir el modelo de Estado acapara la atención, por lo que este tema es uno de menor envergadura, en que no existe en realidad un mayor compromiso.

3.2. Los elementos de una ley de cooperación en el marco del orden interno

Desde una óptica de *lege ferenda*, muchos son los aspectos a considerar en el orden interno para implementar una ley de cooperación con la CPI. Un primer aspecto para delinear dicha ley tiene que ver con los órganos competentes en las diferentes fases de dicha cooperación.

Se debe considerar por un lado la agilidad en el proceso de cooperación y su simplificación, por otro lado la existencia de una necesidad de despolitizar dicho proceso, para garantizar independencia y, finalmente y no menos importante, todo ello en garantía de los derechos fundamentales de la persona sometida a dicho proceso, conforme a lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Constitución Nacional.

Quien mejor podría llenar al menos las dos últimas expectativas es el órgano jurisdiccional, aunque tampoco un proceso de entrega a cargo del Poder Ejecutivo podría ser garantía de simplificación o celeridad. Tanto una como otra decisión estarían sometidas al control del Tribunal Constitucional, con recursos de hábeas corpus y/o amparo, tal y como se prevé en la Ley de Jurisdicción Constitucional (artículos 1, 2.a, 15 a 18, 29 y 30).

Resulta preferible que un órgano jurisdiccional se encargue de la solicitud de detención y entrega, de disponer la detención, de acordar la entrega, de resolver frente a solicitudes concurrentes o de la aplicación del principio de especialidad frente a la CPI. En el fondo, si bien se trata de un proceso diverso, se asemeja al de extradición, que ya el legislador nacional ha encargado a los tribunales penales de juicio (artículo 96 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), por lo tanto un proyecto de cooperación debería modificar esta ley para darle competencia a tal juez.

Obviamente esto requiere de un control en alzada para garantizar lo dispuesto en el numeral 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos. En materia de extradición es el Tribunal de Casación Penal quien conoce en segunda instancia de

lo resuelto por los tribunales penales, por lo que en modo alguno esto tendría que ser diferente con relación al proceso de entrega. Presentaría el inconveniente de que el trámite podría no ser tan expedito, pero al menos se aseguraría el respeto de dichas garantías.

Otra opción a considerar sería el trámite de entrega simplificado a cargo del Poder Ejecutivo, quien simplemente ejecuta, a requerimiento de la CPI, tal y como lo haría con relación a cualquier solicitud de un tribunal penal ordinario nacional la detención y entrega. El problema sería que alegatos con respecto de solicitudes concurrentes o de aplicación del principio de especialidad, la duración de la detención, etcétera, finalmente tendrían que ser resueltos por una autoridad judicial que necesariamente requeriría respetar dichas garantías, añadiéndole el inconveniente de la politización que una decisión en manos del Poder Ejecutivo puede entrañar. De ahí que se considere más conveniente que el trámite se judicialice.

No resulta inconveniente que la CPI directamente haga las solicitudes o requerimientos ante los tribunales penales encargados del proceso de entrega, sin embargo a efecto de ejercer un cierto control del procedimiento podría estar representada por el Ministerio Público, quien podría gestionar ante el juez y no que este directamente ejecute una orden de la CPI. Aquí el inconveniente podría ser no tanto la delegación en otro órgano jurisdiccional nacional, sino que este, desde el punto de vista procesal, podría perder su objetividad, con lo que se podría hacer mella a una de las garantías con que cuenta cualquier persona que se someta a medidas restrictivas de su libertad, motivadas en un proceso penal.

Puesto que el proceso penal costarricense está estructurado de una forma eminentemente acusatoria, es recomendable que sea ante ese juez que una parte pida, controle el proceso, cuestione, impugne, etcétera, al igual que puede hacerlo la otra, y que finalmente el juez decida sin que exista un compromiso de su parte, asegurando así la objetividad, independencia y transparencia del procedimiento.

En materia de ejecución de sentencias, en tanto implica incluso hacer uso del sistema penitenciario costarricense (artículo 106.2 del ECPI) y puesto que ya existe un procedimiento para la ejecución de las sentencias nacionales (artículos 452 a 463 del Código Procesal Penal), la implementación de un proceso de cooperación con la CPI no debería diferir con respecto del órgano competente para su aplicación, que en este caso sería el juez de ejecución de la pena.

Con relación a otras formas de cooperación nada obsta para que el Ministerio Público, en concurso de la Policía Judicial, sobre la cual ejerce dirección funcional en el proceso penal interno, pueda someter al juez penal de la fase preparatoria e intermedia, que usualmente hace tal clase de funciones, de practicar pruebas, realizar interrogatorios, notificar documentos, colaborar en la comparecencia de testigos, realizar inspecciones, exámenes de cadáveres, práctica de allanamientos, decomisos, identificación e inmovilización de bienes producto del crimen.

En referencia a la actuación de funcionarios de la CPI en territorio nacional, visto el precedente jurisprudencial citado —votos 23-89, 324-90 y 1652-90 y 2004-2151 de la Sala Constitucional—, necesariamente debe estar establecido por ley ordinaria, con especificación de dichas funciones, en tanto podría entrañar restricciones a derechos y garantías individuales, sobre las cuales opera no solamente reserva de ley, sino también control a nivel del tribunal constitucional nacional. Lo que nuevamente saca a relucir un problema no resuelto, cual sería qué pasa cuando un tribunal interno —como lo es el constitucional— rechaza una solicitud de la Corte o de alguno de sus funcionarios, o impide o no autoriza su entrega.

4 • Protección de la administración de justicia de la Corte Penal Internacional

4.1. Actual estado de cosas en el ordenamiento interno

Con relación a este punto en particular ya se adelantaba, al inicio de este estudio, que Costa Rica firmó el APIC el 16 de setiembre de 2002, no obstante, a la fecha no ha sido aprobado por la Asamblea Legislativa y mucho menos ratificado por el Poder Ejecutivo.

Aun así, al menos se ha ratificado la Convención de Nueva York para la Prevención y Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos. Fue firmada por Costa Rica el 14 de diciembre de 1973 y fue aprobada por la Asamblea Legislativa mediante la ley 6077.

Aunque tal instrumento fue ratificado por Costa Rica y a pesar de que no lo haya sido el APIC, existe una obligación de sancionar los ilícitos contra las

personas internacionalmente protegidas, entre los que podrían entrar los miembros de la CPI.

En Costa Rica, el homicidio de una persona internacionalmente protegida no constituye siquiera una circunstancia de calificación de la conducta, que se encuentra reservada únicamente a los miembros de los Supremos Poderes y en razón de su cargo, conforme lo dispone el numeral 112 del Código Penal. De ahí que constituya un homicidio simple, ya que no existe una figura específica dentro del ordenamiento penal costarricense, conforme lo requiere el numeral 2.1.a de la Convención de Nueva York.

Con relación a la comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad, tampoco existe ninguna figura específica. Esto, a pesar de que aquel supuesto y este último no hayan sido algo infrecuente en la historia contemporánea costarricense.¹⁹ Si la figura principal no se encuentra sancionada, mucho menos la tentativa o cualquier forma de participación.

Así podemos afirmar que en la actualidad no solamente los funcionarios internacionalmente protegidos en Costa Rica no cuentan con ninguna tutela penal específica, diversa de la que pueda tener cualquier otro ciudadano, lo que en suma es aplicable plenamente a los funcionarios de la CPI que quisieran por algún motivo actuar en territorio nacional.

A lo sumo podría cuestionarse si se encuentra, para efecto de la adecuación típica, dicha categoría de funcionarios, conceptuados como funcionarios públicos, a los efectos de encuadrar alguna de dichas conductas en los delitos comunes contra los funcionarios públicos nacionales, a saber: el delito de *atentado*, previsto en el artículo 304 del Código Penal; el de *resistencia*, previsto en el numeral 305 de dicho cuerpo normativo; el de *desobediencia* o el de *molestia a la autoridad*, previstos en los artículos 307 y 308 del mismo cuerpo normativo, o el de *amenaza a un funcionario público*, previsto en el artículo 309 del Código Penal costarricense.

¹⁹ En los años ochenta un grupo secuestró y ultimó al embajador japonés en Costa Rica y en el año 2005 un guarda de seguridad provisto por el Gobierno de Costa Rica ultimó a tres funcionarios de la Embajada chilena, incluyendo al cónsul, y luego se suicidó.

No obstante, ha de cuestionarse si en el actual estado de cosas, sin un marco legal que regule la actuación de los funcionarios de la ECPI, como lo requeriría la jurisprudencia constitucional, sin haberse aprobado y mucho menos ratificado el APIC, los funcionarios de la Corte Penal Internacional que llegasen a Costa Rica podrían asimilarse siquiera a funcionarios públicos, en tanto no existe ninguna norma que les habilite a actuar en territorio nacional. Por ello, tampoco podríamos estimar que les cubre siquiera la protección que tiene cualquier otro funcionario público nacional, que legalmente sí está habilitado para ejercer sus labores.

4.2. Proyectos de implementación

El proyecto de Código Penal (expediente legislativo 11871) excluye nuevamente de la previsión referida al delito del *homicidio* cualquier alusión a las obligaciones que establece el Convenio de Nueva York citado. No obstante, para la figura del *secuestro*, se introduce una circunstancia de agravación en el artículo 179 inciso 5 y es cuando la víctima reúna la condición de diplomático o cónsul acreditado en Costa Rica o de paso por el territorio nacional, o a su cónyuge o conviviente, ascendiente o descendiente, o hermano por consanguinidad o afinidad, y para su liberación se exijan condiciones económicas, políticas, político-sociales, judiciales o inherentes a la función. Esta sería la única novedad que en este tema se introduciría con el actual proyecto de Código Penal.

Aun así, en alguna medida en dicho proyecto de ley se encuentra una protección similar a la ya establecida por el actual Código Penal en su artículo 284, referido a la violación de inmunidades. Se trata de un tipo penal que sanciona a aquel que ofenda en su dignidad o decoro a un jefe de Estado extranjero o a su representante mientras se encuentre en territorio nacional. A los efectos de pretender interpretar que se extiende a los funcionarios de la CPI, no sería posible encuadrar dicha condición a la requerida por el tipo, ya que ni son jefes de Estado extranjeros ni representan a ninguna nación en particular, por lo que dicha figura tampoco los cubre ni en el actual ni en el proyecto de Código Penal.

Para empezar, Costa Rica debería aprobar y posteriormente ratificar el APIC, y de una vez aprovechar la coyuntura para introducir en el proyecto de Código Penal los tipos penales requeridos, ya sea como delitos independientes contra la administración de justicia de los tribunales penales internacionales en general, como aquellos

que aseguren una tutela especial a sus funcionarios, introduciendo circunstancias de agravación cuando el homicidio, las amenazas, agresiones, lesiones, estorbo o molestia en el ejercicio de sus funciones, obstaculización de transporte, etcétera, se produzca en razón de la labor que desempeñen en territorio nacional.

5 • Conclusiones

A partir de la ratificación por parte de Costa Rica del Estatuto de Roma, la posición, tanto del Poder Ejecutivo, encargado de las Relaciones Exteriores, como de la remisión para su aprobación de los tratados y convenios internacionales ante la Asamblea Legislativa se ha caracterizado por la inopia. No se ha producido iniciativa alguna para que, posterior a la firma del APIC se apruebe en la Asamblea Legislativa y se ratifique.

Aunado a lo anterior, la única reforma legal interna producto de la ratificación del Estatuto de Roma resulta claramente insuficiente, tanto para adaptar la legislación penal sustantiva, como para establecer algún procedimiento de cooperación con la CPI. No existe ningún procedimiento previsto en la legislación interna costarricense para la entrega de quien sea requerido por la CPI, por lo que ante cualquier caso que se presente a futuro implicará un grave problema para la autoridad estatal (no definida a la fecha) que deba resolver alguna solicitud en ese sentido de la CPI. Cualquier decisión que tome podría violentar el principio de reserva de ley que opera en esta materia, con el consecuente riesgo de que, ante la ausencia de un procedimiento de entrega, esta pueda llegar a frustrarse, entorpeciendo la actuación de la CPI e incumpliendo con los compromisos asumidos ante la comunidad internacional a partir de la ratificación y entrada en vigencia del ECPI.

Por si tales carencias fuesen insuficientes, tampoco existe en la actualidad ningún compromiso del legislador para la protección de la administración de justicia a cargo de los miembros de la CPI que quieran actuar en territorio nacional y que de paso se verían imposibilitados de hacerlo en tanto no exista una ley que les autorice a disponer cualquier medida restrictiva de la libertad personal de una persona que se halle sometida a una persecución penal ante la Corte Penal Internacional.

Es así que resulta imprescindible iniciar toda una serie de reformas que abarque la adaptación de la ley penal sustantiva al ECPI, la creación de un procedimiento de cooperación con la Corte Penal Internacional y la reforma al actual Código Penal e incluso al proyecto de Código Penal que se encuentra en la corriente legislativa, para que se incluyan ya sea circunstancias de calificación de los delitos comunes, cuando estos se cometen contra personal internacionalmente protegido en general, incluyendo a los funcionarios de la Corte Penal Internacional, como la introducción de tipos penales independientes que tutelen aquellas conductas que atenten contra el ejercicio de las funciones de la CPI.

Referencias normativas

Leyes n.ºs:

10

21

50

4795

5991

6077

7953

8083

8272

Todas pueden ser consultadas en: www.pgr.go.cr/sinalevi.

Jurisprudencia

Tribunal de Casación Penal:

2004-1002

2005-1133

Sala Constitucional:

23-89

135-89

282-90

324-90

764-90

807-90

1652-90

3435-92

57-93

3724-93

829-94

2313-95

2000-9685

2005-1133

9685-00

2004-2151

Cuyo contenido íntegro puede ser consultado en www.poder-judicial.go.cr/sinalevi.

ECUADOR

Cooperación y asistencia
judicial con la
Corte Penal Internacional.
El caso de Ecuador

Salvador Herencia Carrasco *

1 • Introducción

Ecuador, como la mayoría de los países de América Latina, ha ratificado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹ (en adelante, CPI) como parte de su compromiso con el derecho internacional y la lucha contra la impunidad frente a la perpetración de crímenes internacionales. Sin embargo, y de una forma consistente con lo realizado por los demás países del continente, hasta la fecha el Estatuto no ha sido empleado como medio para la adecuación de la legislación interna, especialmente en la tipificación de crímenes internacionales o mecanismos de cooperación judicial.

A pesar de que en Ecuador no existe una situación de conflicto que pudiese ser objeto de una investigación por el fiscal de la CPI, esto no exime al Estado de cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas frente a este tribunal. Además, se debe tener en cuenta que la violencia que persiste en Colombia (lo que la califica como potencial caso ante la CPI) junto con la conocida infiltración de miembros de la guerrilla de ese país en el territorio ecuatoriano hacen que la implementación de mecanismos de cooperación internacional debería ser una prioridad para el Congreso ecuatoriano.

Desde la adopción de la nueva Constitución Política el 10 de agosto de 1998, en Ecuador se han llevado a cabo reformas, especialmente para la adecuación de su

* Las opiniones contenidas en este ensayo son de responsabilidad exclusiva del autor y no reflejan necesariamente las opiniones institucionales de la Comisión Andina de Juristas.

¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. UN DOC. A/CONF.183/9 (1998).

orden jurídico interno al derecho internacional. Bajo este contexto, la adopción de un Plan Nacional de Derechos Humanos,² la entrada en vigor de un nuevo Código de Procedimiento Penal,³ la dación de una nueva ley de extradición⁴ y la ratificación del Estatuto de Roma el 5 de febrero de 2002 son algunas de estas disposiciones.

La actual Constitución concede un pleno marco para la defensa y promoción de los derechos humanos.⁵ Es de especial atención el artículo 17⁶ de la Carta, que reconoce la plena aplicación de las libertades y garantías consagradas en los tratados internacionales, lo que permite en la práctica una aplicación más dinámica de estas disposiciones por la autoridad competente, con prescindencia de una norma local que desarrolle estas prerrogativas.⁷

Sin embargo, esta situación únicamente tendrá efectos prácticos en la medida que las entidades encargadas de velar y tutelar el cumplimiento de estas normas tengan los medios idóneos para hacer cumplir la normativa constitucional. Lo anterior es de especial importancia frente a lo que ha atravesado Ecuador recientemente, puesto que de poco sirve una disposición extensiva de los tratados internacionales si no existe esa autoridad competente. La suspensión de funciones de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional durante gran parte del 2005, debido a una situación que comprometía su independencia frente a la rama ejecutiva, es una muestra de la importancia fundamental de un sistema jurídico inclusivo junto con instituciones sólidas.

Como se ha establecido anteriormente, para ratificar el Estatuto de Roma, el tratado tuvo que ser sometido al control del Congreso y del Tribunal Constitucional. De acuerdo con la Constitución, el Legislativo tiene facultades para la aprobación previa de un tratado en determinados casos y dependiendo de su contenido. Teniendo en cuenta el objeto y propósito del Estatuto de Roma, este tuvo que pasar por el

² Véase el decreto ejecutivo n.º 15227, del 24 de junio de 1998.

³ Véase RO-S 360, del 13 de enero de 2000.

⁴ Véase ley n.º 24, de Extradición, publicada en el Registro Oficial n.º 144, del 18 de agosto de 2000.

⁵ Véase Marco Antonio Guzmán, *Los derechos humanos, en especial los económicos, sociales y culturales*, Quito, Editorial Universitaria, 2003.

⁶ El artículo 17 de la Constitución establece que “el Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”.

⁷ Véase Roberto Viciano Pastor, “El sistema de fuentes del derecho en la Constitución Política de Ecuador”, en Santiago Andrade Ubidia y Julio César Trujillo (eds.), *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad de Valencia y Corporación Editora Nacional, 2004, p. 68.

control parlamentario, puesto que, según el artículo 161, este órgano “aprobará o impondrá los tratados que versen sobre: [...] 4. delegación de competencias derivadas de la Constitución o la ley a un organismo internacional o supranacional; 5. derechos y deberes fundamentales y derechos colectivos; 6. compromisos de expedir, modificar o derogar alguna ley”.⁸

Es importante precisar que la aprobación por el Congreso constituye el cumplimiento de uno de los requisitos para ratificar un tratado, sin que eso implique ningún aspecto relacionado con su vigencia inmediata en el orden interno, su jerarquía en relación con las normas internas o su conformidad con los conceptos constitucionales. Todos estos aspectos requieren ser estudiados tomando en consideración otras disposiciones normativas y, en especial, la actuación de los órganos jurisdiccionales encargados del control constitucional de las normas jurídicas.⁹

Luego de un examen de constitucionalidad, el Tribunal¹⁰ analizó la compatibilidad del Estatuto de Roma con la Constitución, y mediante la resolución n.º 038-2001-TC, del 22 de febrero de 2001, determinó la exequibilidad de esta y autorizó su ratificación por el Legislativo. Luego de la ratificación y entrada en vigor del Estatuto de Roma, el 1.º de julio de 2002, a finales de ese mismo año se presentó un proyecto de implementación pero, desde ese entonces, el Congreso no le ha dado mayor curso.

Finalmente, cabe destacar que la opinión pública en Ecuador no ha estado ajena al debate sobre la CPI. Sin embargo, y de manera similar a los demás países de la región andina,¹¹ esto se ha centrado en la presión ejercida por el gobierno de Estados Unidos para suscribir acuerdos bilaterales de inmunidad. La postura de Ecuador ha sido de rechazo a la firma de este convenio. Sin embargo, en 1999 se aceptó un tratado en el cual se permite la presencia de observadores militares norteamericanos en la base aérea de Manta, con el propósito de monitorear actividades vinculadas al narcotráfico en la frontera con Colombia.¹²

⁸ Véase el artículo 161 de la Constitución Política de Ecuador.

⁹ Véase Salvador Herencia Carrasco, “Informe nacional de Ecuador”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer - Universidad de Gotinga, 2005, p. 243.

¹⁰ Véase Tribunal Constitucional, resolución n.º 038-2001-TC del 22 de febrero de 2001.

¹¹ Véase Comisión Andina de Juristas, *La Corte Penal Internacional y los Países Andinos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2.º ed., 2004.

¹² Véase César Montaña Galarza, “La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador contra el Acuerdo de la base aérea de Manta”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo I, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, año 11, 2005, pp. 215-244.

El objetivo del presente trabajo es analizar la legislación existente en materia de asistencia judicial internacional, para luego examinar la sección del proyecto de ley de implementación del Estatuto de Roma referida a los mecanismos de cooperación con la CPI. Como se verá más adelante, la normativa vigente se circunscribe a la figura de la extradición, y es necesario un debate para la incorporación formal de otras figuras. No obstante lo anterior, y a pesar de las críticas que se pueden hacer a la tipificación de los crímenes internacionales en el proyecto de ley, los medios de cooperación con la Corte se encuentran dentro del marco previsto por el Estatuto de Roma.

2. Asistencia judicial interestatal

La adopción de la Constitución Política el 11 de agosto de 1998 estableció un nuevo marco jurídico que llevó a la necesaria revisión de las leyes y códigos vigentes hasta este entonces en el país. De esta forma, una de las principales disposiciones que se actualiza en el ordenamiento jurídico interno relativo a la asistencia judicial interestatal es la extradición.

La expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal, en enero de 2000, es uno de los ejemplos más relevantes. Mediante esta reforma, se instaure en Ecuador el modelo acusatorio y la oralidad como un mecanismo para resolver los problemas de acceso a la justicia en el país. A diferencia de otros Códigos en la región, en Ecuador no se contempla una sección específica sobre cooperación internacional sino que su regulación se remite a los tratados internacionales o legislaciones especiales.

Como la mayoría de los Estados, Ecuador ha suscrito una serie de convenios de extradición y otros relativos a cooperación judicial. A continuación se señalan algunos de los más relevantes:¹³

¹³ Tomado de la página web de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la OEA relativa a los tratados suscritos por sus Estados partes en materia de asistencia judicial mutua en materia penal y extradición. Véase <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/index.html>.

- Tratado de Extradición entre Ecuador y Bolivia, suscrito en Quito, en 1913.
- Tratado de Extradición celebrado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos del Brasil, suscrito en Río de Janeiro, en 1937.
- Treaty between Great Britain and the Republic of the Equator, for the Mutual Surrender of Fugitive Criminals, de 1880.
- Tratado de Extradición entre el Ecuador y Chile, de 1899.
- Convenio de Cooperación Judicial y Asistencia Mutua en Materia Penal entre la República de Colombia y la República del Ecuador, de 1999.
- Tratado Complementario de Extradición entre el Ecuador y los Estados Unidos de América, de 1939.
- Convenio sobre Asistencia Judicial en Materia Penal con Paraguay, firmado en la ciudad de Asunción, en 1997.
- Tratado de Extradición entre la República del Ecuador y la República de Perú, suscrito en Quito, en el 2001.
- Convenio sobre Transferencia de Personas Condenadas entre la República del Ecuador y la República del Perú, de 1999.
- Tratado de Extradición Americana, de 1879.
- Código de Derecho Internacional Privado, de 1930.
- Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, adoptada en Nassau, en 1992.
- Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, de 1993.
- Acuerdo sobre Extradición entre Ecuador, Bolivia, Perú, Colombia y Venezuela, de 1911.
- Convenio sobre Extradición, de Montevideo, suscrito en 1933.
- Convención de Extradición de la OEA, de 1933.
- Convención Interamericana sobre Extradición, suscrita en Caracas, Venezuela, en 1981.

En este sentido, la Ley de Extradición, del 18 de agosto de 2000, complementa las disposiciones establecidas en los tratados suscritos por Ecuador. Esta ley regula el artículo 25 de la Constitución Política, el cual establece que “en ningún caso se concederá la extradición de un ecuatoriano. Su juzgamiento se sujetará a las leyes del

Ecuador”.¹⁴ Antecedentes de este principio en el derecho interno se encuentran en la Constitución de 1946, la cual se inspira en el Código de Derecho Internacional Privado o Código Sánchez de Bustamante, adoptado el 20 de febrero de 1928, en la Sexta Conferencia Americana de La Habana, Cuba.

De acuerdo con esta Convención, el artículo 345 establece que “los Estados contratantes no está obligados a entregar a sus nacionales. La nación que se niegue a entregar a uno de sus ciudadanos estará obligada a juzgarlo”.¹⁵ Como ya se ha hecho referencia anteriormente, este principio se encuentra tanto en la Constitución Política vigente como en la Ley de Extradición.

Al ratificar el Estatuto de Roma, uno de los puntos que se tuvo que considerar fue la diferenciación entre la extradición y los mecanismos de cooperación con la CPI, especialmente con relación a la detención y entrega de personas a la Corte. A pesar de la similitud existente entre estas dos figuras jurídicas, se determinó la conformidad del tratado con la Carta Política por considerar que las solicitudes del tribunal no eran parte de las relaciones interestatales y que la especial naturaleza de las conductas perseguidas (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra) ameritaban un régimen especial que no se basase en normas tradicionales de soberanía.

Este planteamiento también fue analizado en los procesos que vienen llevando a cabo los tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. En estos casos,

dichos tribunales han sostenido que, en virtud de un bien establecido principio de derecho internacional, los Estados no pueden invocar su legislación nacional, incluso de rango constitucional, para evadir sus obligaciones internacionales. [...] Por otro lado, las reglas constitucionales en cuestión solamente son aplicables entre Estados soberanos y no para las relaciones entre el Estado y un tribunal internacional. Las primeras relaciones están basadas en un principio de igualdad formal mientras la otra contiene una naturaleza jerárquica. [...] Asimismo, teniendo en cuenta que los derechos del acusado están plenamente respetados ante los órganos judiciales internacionales, la protección del Estado carece de fundamento.¹⁶

¹⁴ Véase el artículo 25 de la Constitución Política.

¹⁵ Véase Código de Derecho Internacional Privado o Código Sánchez de Bustamante, adoptado el 20 de febrero de 1928 en la Sexta Conferencia Americana de La Habana, Cuba.

¹⁶ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2003, p. 361, (traducción libre).

2.1. Extradición y solicitudes de cooperación con la CPI

El Estatuto de Roma establece¹⁷ que el procedimiento de entrega de una persona a la CPI no puede resultar más oneroso que el procedimiento de extradición. Sin embargo, hay que subrayar que el procedimiento de extradición no es apropiado para los casos de entrega. Este tipo de procedimiento puede justificarse cuando se trata de una situación políticamente delicada como puede ser la extradición de una persona a otro Estado.

En este sentido, se puede cuestionar si este procedimiento es el más apropiado para una decisión tan limitada, pues hay que recordar que el Estatuto no faculta al tribunal nacional a hacer ningún tipo de examen fuera de la revisión formal de la orden de detención u otras solicitudes de cooperación. Sería además de gran beneficio para el funcionamiento de la CPI que el proceso se mantuviera lo más simple y expedito posible. La solución a través de una ley distinta al proceso de extradición podría sustentarse en la idea de no realizar ningún examen adicional a la orden de entrega, con la excepción del caso de que el acusado presente una impugnación contra esta, bajo el fundamento de la cosa juzgada.

En el caso de Ecuador, la prohibición establecida en la Constitución para extraditar nacionales también se encuentra prevista en el artículo 4 de la Ley de Extradición. Esta normativa es por lo tanto únicamente aplicable a extranjeros y sería incompatible con el Estatuto de Roma si fuese invocada también en los casos de entrega de personas a la CPI. En este caso, una nueva legislación debería ser la mejor alternativa para regular la institución de la entrega prevista en el Estatuto.

En este orden de ideas, la legislación ecuatoriana relativa a la extradición está basada en un sistema de combinación de decisiones judiciales y políticas. La ley establece, en el artículo 7, que la solicitud de extradición debe ser presentada por vía diplomática o, a falta de representante diplomático, de gobierno a gobierno.

¹⁷ Véase el artículo 91, num. 2, literal c, del Estatuto de Roma.

2.2. Principios y condiciones de la extradición

La ley se basa en la reciprocidad de las solicitudes¹⁸ y se podrá conceder la extradición:¹⁹ i) por delitos con una pena privativa de libertad que no sea inferior a un año; o ii) para el cumplimiento de una condena no inferior a un año. En ambos casos, los delitos deben estar tipificados en la legislación ecuatoriana. En el caso de que la petición de extradición se base en el cumplimiento de una pena dada en ausencia, solamente se concederá la extradición si se garantiza un nuevo juicio con la persona presente. Bajo ninguna circunstancia se extraditará a una persona si se llega a determinar que las solicitudes se hacen por persecuciones racionales, religiosas o políticas y si la persona requerida es menor de dieciocho años.

Ahora bien, aparte de la no extradición de nacionales, esta solicitud tampoco procede:²⁰ i) sobre extranjeros que deban ser juzgados por tribunales nacionales; ii) por delitos de naturaleza política;²¹ iii) por delitos militares tipificados en la legislación castrense de Ecuador; iv) cuando la persona esté siendo reclamada por un tribunal de excepción; v) cuando haya prescrito la acción o la pena; vi) cuando la persona ya haya sido investigada o juzgada por los mismos delitos en Ecuador; vii) cuando no se asegure que el extraditado no será sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; viii) cuando el Estado requirente no haya cumplido con las garantías establecidas en la ley; y ix) cuando la persona solicitada esté en condición de asilada.

2.3. Procedimiento

Las comunicaciones entre los Estados se harán por vía diplomática y deberán estar acompañadas por: i) copia de la sentencia condenatoria o de la solicitud de detención preventiva con relato de los hechos; ii) datos sobre la identificación y domicilio de la persona; iii) el texto de la ley del Estado requirente con el delito, pena y prescripción aplicable al caso; y iv) garantías de que la persona no será sancionada con tratos crueles o degradantes.

¹⁸ Véase Ley de Extradición, artículo 1.

¹⁹ *Ibidem*, artículo 2.

²⁰ *Ibidem*, artículo 5.

²¹ Según la ley, no se consideran delitos políticos los actos de terrorismo, los crímenes contra la humanidad previstos en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, ni los atentados contra jefes de Estado.

Una vez recibida la solicitud de extradición, el Ministerio de Relaciones Exteriores deberá examinar si esta cumple con los requisitos del tratado o de la Ley de Extradición. Si la solicitud es incompleta, la Cancillería devolverá la petición, sin perjuicio de que se pueda solicitar la detención preventiva de la persona requerida mientras se incorporan los documentos faltantes.²² La detención estará a cargo del Ministerio de Gobierno, quien emitirá la orden a la Policía nacional.

Una vez que el Ministerio de Relaciones Exteriores haya recibido la solicitud de extradición, esta será remitida al presidente de la Corte Suprema de Justicia. De acuerdo con la ley, esta es la entidad competente para decidir sobre la procedencia de la extradición²³ y también es la instancia indicada para tratar las solicitudes de libertad provisional.²⁴

Luego de que la solicitud haya sido radicada ante el juez, este solicitará la comparencia de la persona de forma inmediata, para dotarle de defensor de oficio e intérprete si fuera necesario. En el caso de que se allane a la extradición, se culmina el proceso y el juez concederá o rechazará mediante auto la solicitud. En caso contrario, el presidente de la Corte Suprema de Justicia ordenará la libertad del detenido o dictará las medidas necesarias para asegurar su detención.

En casos de urgencia, la detención preventiva podrá ser ordenada de oficio o a petición de parte. Luego de emitida la orden de detención, la Policía cuenta con veinticuatro horas para cumplir la orden. Si, transcurridos cuarenta días luego de que se haya detenido a la persona, el Estado requirente no ha presentado la solicitud de extradición, la persona será puesta en libertad.²⁵

Luego de esta comparencia, el presidente dictará un auto pronunciándose sobre la solicitud de libertad del requerido, que se conocerá dentro de las veinticuatro horas posteriores a la audiencia y se notificará al ministro de Gobierno.²⁶ Contra esta decisión procede el recurso de apelación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual resolverá en un plazo de siete días.

Cuando quede ejecutoriado el auto de procesamiento, el presidente de la Corte Suprema tendrá un plazo de hasta quince días ordenar la audiencia oral a fin de

²² Véase Ley de Extradición, artículo 9.

²³ *Ibidem*, artículo 13.

²⁴ *Ibidem*, artículo 11.

²⁵ *Ibidem*, artículo 8.

²⁶ *Ibidem*, artículo 11.

decidir sobre la extradición. En este acto podrá intervenir el agente del Estado requirente y el procesado, presentando las pruebas convenidas en el tratado o la ley.²⁷ Tres días después de la audiencia, el presidente se pronunciará respecto a la solicitud de extradición, concediéndola o negándola. En el caso de que se acepte la extradición, el plazo durante el cual la persona estuvo detenida será descontado de la pena impuesta por el Estado requirente.²⁸

La resolución del presidente de la Corte puede ser apelada ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Si la resolución niega la extradición, según lo establecido en el artículo 14 de la ley, esta decisión será definitiva y vinculante para el gobierno. Sin embargo, si la resolución llegase a declarar procedente la extradición, no será vinculante para el gobierno y este podrá denegar la solicitud sin que exista ningún recurso contra esta decisión. Si se niega la extradición, la persona será puesta inmediatamente en libertad.

Si la decisión del gobierno concede la extradición, el ministro de Gobierno comunicará esto a la Cancillería para que esta se encargue de notificar al Estado requirente.²⁹ La entrega efectiva de la persona la realizará la Policía, previa notificación del lugar y de la fecha con el Estado que solicitó la extradición.³⁰ En el caso de que la persona requerida se encuentre investigada o cumpliendo condena en Ecuador, se podrá aplazar la transferencia de la persona hasta que se decida el proceso o cumpla su condena.³¹

3. La cooperación con la Corte Penal Internacional

Tal como se ha establecido anteriormente, Ecuador ha sido uno de los primeros países en formular una propuesta legislativa de implementación del Estatuto de Roma en el continente. El denominado “Proyecto de ley sobre delitos contra la

²⁷ *Ibidem*, artículo 12.

²⁸ *Ibidem*, artículo 13.

²⁹ *Ibidem*, artículo 17.

³⁰ *Ibidem*, artículo 18.

³¹ *Ibidem*, artículo 19.

humanidad”³² fue presentado a finales de 2002, pero hasta la fecha no se le ha dado mayor trámite legislativo y todo indica que esta legislatura no dará trámite a esta propuesta. Se espera que el nuevo Congreso, que será elegido en octubre de 2006, le dé la prioridad necesaria a un asunto de especial trascendencia.

3.1. Características generales del proyecto de implementación

El proyecto de ley ecuatoriano adopta un sistema de incorporación total³³ del Estatuto de Roma, el cual incluye la tipificación de crímenes internacionales y mecanismos de cooperación judicial, entre otras disposiciones complementarias. Asimismo, se caracteriza por establecer medidas, disposiciones y sanciones propias a su ordenamiento jurídico interno y a su tradición jurídica. Es decir, tiene el propósito de ir más allá de los mínimos establecidos por el Estatuto de Roma. Se divide en seis títulos:³⁴ i) principios generales, ii) genocidio, iii) delitos de lesa humanidad, iv) delitos de guerra, v) delitos contra la administración de justicia, vi) relaciones con la CPI, incluyendo mecanismos de cooperación.

Se puede considerar que el proyecto de implementación de Ecuador es coherente con lo establecido en el Estatuto de Roma al asimilar dentro de su ordenamiento jurídico los nuevos crímenes a ser tipificados y los mecanismos de cooperación con la CPI. Cabe resaltar que el punto de partida es el artículo 23, num. 2, de la Constitución, que consagra la imprescriptibilidad de los actos de genocidio, tortura y desapariciones forzadas, así como la nulidad de las amnistías e indultos que se puedan querer conceder en estos casos.³⁵

En el ámbito interno, esto es un avance considerable puesto que el actual Código Penal está vigente desde 1971. La adopción de esta serie de reformas permitiría su actualización a los nuevos crímenes provenientes de tratados internacionales que sancionan graves violaciones a los derechos humanos como al derecho internacional humanitario. Actualmente el Código Penal y el Código Penal de la Policía Civil Nacional no contemplan el genocidio y los siguientes crímenes de lesa humanidad:

³² Proyecto de ley sometido a consideración del Congreso por la Comisión de la Mujer del Congreso Nacional del Ecuador y por la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH.

³³ Sobre las distintas formas de implementación, véase Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, La Haya, TMC Asser Press, 2005, pp. 73-80.

³⁴ Proyecto de ley tomado de: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/ecuador/inredh.HTM>.

³⁵ Véase artículo 23, num. 2, de la Constitución Política de Ecuador.

i) el asesinato (como delito común); ii) la detención arbitraria; iii) la tortura; iv) algunos de los crímenes de violencia sexual como la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada y abusos sexuales.

En el caso de violaciones al derecho internacional humanitario (que no necesariamente constituyen crímenes de guerra), el Código Penal Militar regula: i) atentados contra el personal de la Cruz Roja; ii) atentados contra civiles y bienes no militares; iii) violaciones del cese al fuego; iv) apropiación de bienes civiles; v) la piratería; vi) ataque a ciudades; vii) violación de zonas neutrales; y viii) el uso de armas prohibidas. Por ende, la revisión y actualización del Código Penal y de la legislación militar son necesarias para que este se encuentre en capacidad de responder a las necesidades y obligaciones internacionales adquiridas por Ecuador.

En este contexto, hay una diferencia valorativa sobre la tipificación de crímenes y lo relativo a cooperación judicial con la CPI. En el caso de los títulos referidos a los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra sería recomendable modificar algunos aspectos de la propuesta con el objeto de precisar su contenido. Un aspecto importante del proyecto es que utiliza el Estatuto de Roma como el umbral mínimo de protección e incluye algunos elementos novedosos pero que podrían dificultar su aplicación.³⁶

Sin embargo, la propuesta legislativa sobre mecanismos de asistencia judicial es sumamente clara y precisa, en cuanto que permitiría una cooperación dinámica entre las autoridades nacionales y la CPI, de acuerdo con el mandato establecido por el artículo 86 del Estatuto.

En este caso, y como se verá a continuación, los requisitos establecidos en el proyecto para proceder con las solicitudes de la Corte se circunscriben a lo determinado por el Estatuto, y dejan a las autoridades nacionales la labor de hacer un control de forma pero no de fondo sobre el contenido o pertinencia de esas solicitudes. En este caso, la propuesta ecuatoriana se caracteriza por ser prácticamente judicial, en la cual la autoridad política o administrativa interviene únicamente para dar curso a estas solicitudes.

³⁶ Véase Salvador Herencia Carrasco, "Informe nacional de Ecuador", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer - Universidad de Gotinga, 2005.

3.2. Órgano competente

De acuerdo con el proyecto de ley, las comunicaciones se hacen por la vía diplomática,³⁷ es decir, a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores. Sin embargo, la función de la Cancillería en esta propuesta legislativa es prácticamente burocrática, puesto que el trámite y cumplimiento de las solicitudes de cooperación con la CPI radican en los órganos jurisdiccionales.

En todas las solicitudes de cooperación, incluyendo las de detención y entrega de personas, el Ministerio de Relaciones Exteriores notificará a la autoridad judicial competente así como a la Fiscalía General de la Nación.³⁸ Esta última tiene la obligación, en todas las solicitudes que puedan llegar a emanar de la CPI, de representar sus intereses en los procesos.

Para estos efectos, se entiende por autoridad judicial competente:

- i. el juez penal que tenga jurisdicción territorial en el lugar de residencia de la persona requerida;
- ii. si se desconoce la residencia, será competente el juez de la capital;
- iii. si existe una pluralidad de residencias o jurisdicciones, la Cancillería podrá optar por cualquiera que considere necesaria;
- iv. en el caso de que se haya detenido provisionalmente a la persona, el juez competente será el que intervino en esa diligencia.

3.3. Detención y entrega de personas

La solicitud de detención y entrega de personas a la CPI es una de las instituciones del Estatuto de Roma en la cual se centran posibles conflictos entre la aplicación del derecho internacional frente a prerrogativas internas de protección de los Estados hacia sus nacionales. Como se ha establecido anteriormente, la Constitución Política ecuatoriana proscribía la extradición de sus nacionales.

Sin embargo, al hacer un análisis de la constitucionalidad del Estatuto de Roma, el Tribunal Constitucional hace la diferenciación entre la extradición y las

³⁷ Véase artículo 134 del proyecto de ley.

³⁸ Véase artículo 135 del proyecto de ley.

solicitudes de detención y entrega a la CPI. En este caso, el raciocinio del Tribunal es que

la extradición tiene lugar entre dos Estados, mientras que en este caso es cualitativamente diferente, pues se trata de la entrega de una persona acusada de un grave delito contra los derechos humanos a un organismo judicial de alta jerarquía internacional, que representa a la comunidad de naciones y que tiene el mandato de juzgar y sancionar ciñéndose a las reglas del debido proceso, lo cual constituye una garantía para el acusado.³⁹

Es decir, en este caso el régimen especial se da debido a la relación entre personas jurídicas disímiles y la naturaleza de la conducta, por lo que se está frente a una cooperación vertical y no horizontal.

Ante esta situación, el análisis del Tribunal Constitucional ecuatoriano determina que

una de las razones de la no extradición de nacionales es la de proteger a estos bajo el presupuesto de que es mejor para un nacional ser juzgado en su propio país y no en un Estado extranjero. En el presente caso, no podría considerarse a la Corte Penal Internacional como un tribunal extranjero, pues se trata de una jurisdicción internacional —de carácter complementario, como se dijo— creada en concordancia con el derecho internacional y con la colaboración y consentimiento del Estado parte.⁴⁰

Sobre estas consideraciones, el proyecto de ley establece un proceso íntegramente judicial, en el cual la autoridad política no interviene, a diferencia de lo que ocurre en la legislación de cooperación judicial con la CPI del Perú⁴¹ y el proyecto de cooperación judicial de Colombia.⁴² La intervención de las autoridades judiciales es meramente un control formal y cualquier discrepancia se resuelve mediante un proceso de consulta entre el Estado y la CPI.

³⁹ Tribunal Constitucional, resolución n.º 038-2001-TC del 22 de febrero de 2001.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Véase libro VII, sección VII del Código Procesal Penal del Perú Legislativo n.º 957 del 29 de julio del 2004. Esta sección del Código entró en vigor el 1 de febrero de 2006, mediante la adopción de la ley n.º 28671 del 30 de enero de 2006.

⁴² Véase proyecto de ley n.º 225 de 2004 (Cámara), mediante el cual se dictan normas sobre cooperación con la Corte Penal Internacional.

La detención y entrega de personas se encuentran reguladas en los artículos 135-149 del proyecto de ley. En primer lugar, el trámite se hace por vía diplomática, por el cual el Ministerio de Relaciones Exteriores remite esta petición al juez competente.

Una vez radicada la comunicación, el juez deberá hacer un examen para determinar que se cumple con los requisitos establecidos en el artículo 91 del Estatuto,⁴³ sea para el juzgamiento de la persona o para que esta cumpla la condena sancionada por la Corte. En el caso de que estén ausentes algunos de estos requisitos, el juez comunicará a la Cancillería esta situación y a su vez hará las consultas necesarias con la CPI y la Fiscalía General de la Nación para subsanar estas irregularidades.

En el caso de que la solicitud cumpla con estos requisitos, el juez ordenará la detención de la persona requerida y dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención, realizará una audiencia pública con el propósito de:⁴⁴ i) determinar que la persona detenida sea la requerida en la solicitud; ii) que la detención se haya llevado a cabo conforme a derecho; y iii) que se hayan respetado los derechos del detenido conforme al artículo 55 del Estatuto de Roma (derechos de la persona durante la investigación) y el artículo 24 de la Constitución Política (garantías del debido proceso).

Asimismo, en esta audiencia el juez deberá:⁴⁵

- a. informar al detenido sobre los motivos de la detención y los detalles de la solicitud de entrega;
- b. invitar al detenido a designar un abogado para su defensa y, si no lo hace, designar un defensor de oficio;
- c. dejar constancia de las declaraciones de la persona con respecto a esta solicitud de la CPI;
- d. preguntar si está de acuerdo con la solicitud. En el caso positivo, se culminará la audiencia y se procederá a la entrega de la persona a la Corte;
- e. nombrar un intérprete en caso de que sea necesario.

En esta audiencia, la persona detenida podrá solicitar su libertad provisional. Para tomar esta decisión, el juez tendrá en cuenta los criterios establecidos en el

⁴³ Véase artículo 136 del proyecto de ley.

⁴⁴ Véanse artículos 138 y 139 del proyecto de ley.

⁴⁵ Véase artículo 140 del proyecto de ley.

artículo 59, num. 4, del Estatuto. Es decir, analizará la gravedad de los crímenes imputados, las circunstancias casuísticas que justifiquen la libertad provisional y si existen las garantías necesarias para que el Estado donde se encuentra la persona pueda cumplir con la obligación de entregarla a la CPI. En caso de que se conceda la libertad provisional, el Ministerio de Relaciones Exteriores notificará a la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, según lo establecido en el tratado.

Esta iniciativa establece que, en el caso de que el detenido sea efectivamente la persona buscada por la CPI o que se desconocieran algunas de las causales establecidas en el artículo 139 del proyecto de ley, se realizará un proceso de consultas con la Corte y con la Fiscalía General de la Nación para subsanar presuntas irregularidades. En el caso de que la persona no sea la requerida, se ordenará su liberación inmediata. Ahora bien, en el caso de que la detención no se haya efectuado de acuerdo al debido proceso y demás garantías judiciales, se ordenará la liberación de la persona, independientemente de que luego se expida una nueva orden de detención conforme a derecho.⁴⁶ En ambas situaciones, la persona podrá solicitar el reparo por los daños y perjuicios causados, por lo cual las autoridades responderán civil y penalmente.⁴⁷

Cabe destacar que, en todo este procedimiento, el juez nacional solamente podrá hacer un examen de forma y no de fondo. Esto queda de manifiesto en el marco establecido para las impugnaciones por la persona a la competencia de la CPI. En el caso de que se entable la excepción de cosa juzgada o de litispendencia,⁴⁸ el Ministerio de Relaciones Exteriores hará las consultas pertinentes con la Corte y, si no se admite el caso, el juez rechazará esta oposición y concederá la entrega de la persona requerida por la CPI dentro de los diez días siguientes a la celebración de la audiencia pública.⁴⁹

Este plazo se suspenderá mientras dure el proceso de consultas con la CPI, las cuales pueden ser sobre el incumplimiento de algunos de los requisitos establecidos en el Estatuto o mientras se decide sobre las excepciones entabladas por el requerido. Sin embargo, en ningún caso una persona podrá estar detenida por más de noventa días.

⁴⁶ Véanse artículos 143-145 del proyecto de ley.

⁴⁷ Véase artículo 145 del proyecto de ley.

⁴⁸ Véase artículo 147 del proyecto de ley.

⁴⁹ Véase artículo 148 del proyecto de ley.

3.3.1. *Detención provisional y solicitudes de comparencia*

El procedimiento descrito anteriormente es la base para los procesos de cooperación judicial con la CPI en el proyecto de ley del Estado ecuatoriano. En el caso de la detención provisional,⁵⁰ la autoridad es el juez que tenga competencia sobre la materia, basándose principalmente en el principio de territorialidad. La Fiscalía General de la Nación representará los intereses de la Corte.

El juez solo tendrá competencia para conocer de control de forma de las solicitudes previstos en el artículo 92, num. 2, del Estatuto. Es decir, para observar que se hayan cumplido los siguientes requisitos: i) información suficiente para identificar a la persona buscada y datos sobre su probable paradero; ii) una exposición concisa de los crímenes por los que se pida la detención y de los hechos que presuntamente serían constitutivos de esos crímenes; iii) una declaración de que existe una orden de detención o una decisión final condenatoria respecto de la persona buscada; y iv) una declaración de que se presentará una solicitud de entrega de la persona buscada.

Si la orden llegase a cumplir con estos requisitos, el juez procederá a la detención y realizará una audiencia pública,⁵¹ en la cual conocerá los motivos de su detención y podrá pedir la solicitud de libertad provisional. Luego de detenida la persona, la CPI tiene un plazo de noventa días para solicitar la entrega de la persona. De lo contrario, ella será puesta de libertad, independientemente de que se vuelva a hacer una nueva solicitud en los términos del artículo 92, num. 4, del Estatuto de Roma.

En el caso de la solicitud de comparencia,⁵² se sigue la misma estructura descrita pero aquí se faculta al juez para adoptar las medidas necesarias alternativas a la privación de la libertad, que garanticen el cumplimiento de esta medida. Estas disposiciones incluyen:⁵³ i) el arresto domiciliario con vigilancia policial; ii) las presentaciones periódicas ante el juez; y iii) la prohibición de salir del país, de la localidad o ámbito territorial designado por el juez.

En todas estas situaciones (detención y entrega, detención provisional o solicitud de comparencia) el juez podrá dictaminar las medidas cautelares necesarias

⁵⁰ Véanse artículos 150 a 163 del proyecto de ley.

⁵¹ Véase artículo 155 del proyecto de ley.

⁵² Véanse artículos 164-170 del proyecto de ley.

⁵³ Véase artículo 168 del proyecto de ley.

para asegurar el decomiso de los productos, bienes y haberes obtenidos con los crímenes imputados así como los instrumentos utilizados en la perpetración de aquellos.⁵⁴

3.3.2. *Solicitudes concurrentes*

El artículo 90 del Estatuto de Roma desarrolla las situaciones de posible conflicto entre la solicitud de entrega de una persona a la CPI y un pedido de extradición de otro Estado u otras obligaciones internacionales aplicables a este. Se establece que el Estado debe dar prioridad a la solicitud de la CPI una vez que esta ha tomado una decisión sobre la admisibilidad del caso. Sin embargo, se contemplan algunas excepciones. Si el Estado que solicita la extradición no es parte del Estatuto y la Corte no ha decidido sobre la admisibilidad del caso, el Estado parte donde se encuentra la persona puede elegir si cumple con la solicitud de entrega de la CPI o con la solicitud de extradición. Al tomar la decisión, el Estado parte debe considerar ciertos factores preestablecidos en el tratado, tales como las fechas de las solicitudes, el lugar donde se realizó el crimen y la nacionalidad de la víctima. En todo caso, se procurará que entre la Corte y el Estado requirente lleguen a un acuerdo respecto de su entrega.

Si el Estado tiene la obligación internacional de extraditar a una persona a un tercer país como resultado de un tratado bilateral, la situación es similar. Sin embargo, en este caso el Estado parte está obligado a cumplir con la solicitud de entrega de la CPI aunque la ejecución pueda afectar normas internacionales de inmunidad diplomática u otros acuerdos con terceros países, pero solamente en el contexto de que la CPI haya conseguido el permiso de estos países o el levantamiento de esa prerrogativa.⁵⁵

Las disposiciones del Estatuto son muy detalladas, lo cual las hace aptas para regular la situación de un conflicto entre una solicitud de extradición y entrega a la CPI de manera directa. Adicionalmente, hay que tomar en cuenta que estamos ante un concepto nuevo en la jurisdicción nacional y, por la complejidad de la materia, estas disposiciones deberían ser reproducidas en los proyectos de implementación.

Esto es lo que ocurre en la propuesta ecuatoriana⁵⁶ puesto que establece una serie de reglas que reflejan las disposiciones del Estatuto de Roma. La entidad encargada

⁵⁴ Véase artículo 170 del proyecto de ley.

⁵⁵ Véase artículo 98, num. 1 del Estatuto de Roma.

⁵⁶ Véanse artículos 171-175 del proyecto de ley.

de tomar una decisión al respecto es el Ministerio de Relaciones Exteriores, sobre la base de las siguientes reglas:

- *Se recibe una solicitud de la CPI y una solicitud de extradición de uno o más Estados por un mismo crimen.* Si el Estado requirente es parte del Estatuto y la Corte ha admitido la causa, la Cancillería dará prioridad a la CPI. Si la CPI aún no ha determinado la admisibilidad, se esperará su decisión antes de proceder con la solicitud.⁵⁷
- *Se recibe una solicitud de la CPI y una solicitud de extradición de un Estado que no es parte del Estatuto y Ecuador no tiene ninguna obligación de extraditar.* En este caso, la Cancillería dará prioridad a la CPI, si es que esta ya ha admitido el caso. Si la CPI aún no ha determinado la admisibilidad, se esperará su decisión antes de proceder con la solicitud.⁵⁸
- *Se recibe una solicitud de la CPI y una solicitud de extradición de un Estado que no es parte del Estatuto, y Ecuador tiene la obligación de extraditar.* Si la CPI ha admitido el caso, el Ministerio de Relaciones Exteriores decidirá sobre las siguientes reglas: i) fecha de las solicitudes; ii) intereses del Estado requirente; y iii) posibilidad de acuerdo entre el Estado y la Corte.⁵⁹
- *Se recibe una solicitud de la CPI y una solicitud de extradición de un Estado por crímenes distintos.* Independientemente de que el Estado sea parte del Estatuto, o no, se dará prelación a la solicitud de la CPI.

Cabe finalizar este punto estableciendo que estas normas no son aplicables a delitos cometidos en Ecuador, contra sus nacionales o contra los nacionales o en el territorio de cualquier Estado parte del Estatuto de Roma. En estas circunstancias, se negará la extradición y se dará curso a la solicitud de cooperación con la CPI.

3.3.3. Traslado del detenido

En el caso de que el Estado ecuatoriano proceda con la entrega de una persona a la CPI, el artículo 148 del proyecto de ley establece que le corresponderá al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la CPI coordinar la entrega efectiva de la persona.

⁵⁷ Véase artículo 172 del proyecto de ley.

⁵⁸ Véase artículo 173 del proyecto de ley.

⁵⁹ Véase artículo 174 del proyecto de ley.

En el caso de que se solicite la entrega en tránsito⁶⁰ de una persona por un tercer Estado a la CPI, por territorio ecuatoriano o sometido a su jurisdicción, le corresponderá al Ministerio de Relaciones Exteriores autorizar este proceso.⁶¹ Los requisitos que se deben cumplir para proceder con esta autorización se encuentran en el artículo 89, num. 3, del Estatuto: i) una descripción de la persona que será transportada; ii) una breve exposición de los hechos de la causa y su tipificación; y iii) la orden de detención y entrega. En todos los casos, la persona permanecerá detenida durante su tránsito por Ecuador.

Ahora bien, no se requerirá de ninguna autorización si la persona es transportada por vía aérea y no se prevea aterrizar en Ecuador. Sin embargo, si se llegase a aterrizar de forma imprevista en territorio ecuatoriano, la CPI deberá expedir una solicitud de tránsito con los requisitos ya señalados. En este caso, se tiene un plazo de noventa y seis horas contadas a partir del aterrizaje. De lo contrario, la persona será puesta en libertad.⁶² Estos mismos requisitos se harán exigibles cuando el tránsito sea de una persona desde la CPI hacia un Estado para cumplir con su condena.

3.3.4. Ejecución de las sentencias y órdenes de la CPI

Las disposiciones del proyecto de ley sobre la ejecución de penas se remiten a las disposiciones del artículo 103 del Estatuto de Roma, el cual consagra las disposiciones sobre la función de los Estados en la ejecución de las penas privativas de libertad. En este caso, el proyecto de ley determina, en su artículo 190, que el Estado ecuatoriano podrá declarar la posibilidad de que personas condenadas por la CPI cumplan la condena en su territorio.

Sin embargo, a la CPI corresponde designar al Estado donde se cumplirá la sanción de reclusión que ha decretado en relación a una persona. Esta designación no puede recaer sobre cualquier Estado que ha suscrito el Estatuto sino solo respecto de aquellos “que hayan manifestado a la Corte que están dispuestos a recibir condenados”.⁶³ La precisión del Estatuto con relación a este tema es importante, puesto que ningún Estado se encuentra obligado a ser la sede para la ejecución de una de las sentencias emitidas por la CPI.

⁶⁰ Véanse artículos 176-180 del proyecto de ley.

⁶¹ Véanse artículos 176 y 177 del proyecto de ley.

⁶² Véase artículo 179 del proyecto de ley.

⁶³ Véase artículo 103 del Estatuto de Roma.

Por otro lado, si un Estado manifiesta su disposición a recibir personas condenadas por la CPI y es elegido para tal efecto pero luego manifiesta que no puede continuar ejecutando esa sanción en su territorio, el Estatuto de Roma señala en su artículo 104, inciso 1, que “la Corte podrá en todo momento decidir el traslado del condenado a una prisión de un Estado distinto del Estado de ejecución”.

Es importante destacar la flexibilidad del Estatuto con relación al tema de la ejecución de la pena, puesto que facilita la actuación de los Estados al respecto. No obstante lo anterior, y esto se ve reflejado en el proyecto ecuatoriano, solamente la CPI puede modificar las condiciones de la reclusión.

Con respecto a las órdenes de reparación, multa o decomiso, solamente la Corte podrá revisar el alcance, la magnitud de los daños, perjuicios o pérdidas causadas.⁶⁴ Le corresponde a las autoridades nacionales cumplir con estas determinaciones sin perjuicio de los terceros de buena fe.

3.3.5. Otras formas de cooperación

La disposición general del proyecto establece que las autoridades nacionales cumplirán con cualquier solicitud de asistencia y cooperación⁶⁵ establecida en el artículo 93 del Estatuto de Roma, las Reglas de Procedimiento y Prueba así como en el derecho interno. En estos casos, la Fiscalía General de la Nación será la encargada de representar los intereses de la Corte.⁶⁶

En el contexto de una solicitud de naturaleza judicial, esta será remitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la autoridad judicial competente, siempre y cuando se cumpla con los requisitos del artículo 96, nums. 1 y 2, del Estatuto de Roma. Si la solicitud fuere de naturaleza administrativa, la propia Cancillería será la encargada de dar curso a esta solicitud.

Teniendo en cuenta que en esta propuesta no hace una lista de posibles mecanismos de cooperación, se da por sentado que se pretende crear una relación dinámica entre los funcionarios internos y la CPI. No obstante lo anterior, si una solicitud llegase a ir contra una norma de derecho interno, se realizarán consultas con la Corte

⁶⁴ Véase artículo 192 del proyecto de ley.

⁶⁵ Véanse artículos 181-189 del proyecto de ley.

⁶⁶ Véase artículo 182 del proyecto de ley.

para que se reformule la propuesta sin que afecte la legalidad de la disposición.⁶⁷ En complemento de lo anterior, si esa petición pudiese entorpecer una investigación judicial, se podrá solicitar el aplazamiento de su cumplimiento o condicionarla de acuerdo con los artículos 94 y 95 del Estatuto.⁶⁸ La única excepción al cumplimiento de una orden de cooperación es en el caso de que esta afecte la seguridad nacional, a pesar de que no queda claro en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de qué se puede considerar como tal.⁶⁹

3.3.6. Procedimientos de consulta ante la CPI y solicitudes de cooperación del Estado hacia la CPI

Como se ha venido analizando en el trabajo, las consultas entre la CPI y el Estado ecuatoriano se hacen por la vía diplomática, es decir, por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores. No obstante ello, el cumplimiento de las órdenes o solicitudes de la Corte les corresponde a las autoridades judiciales, a la Fiscalía General de la Nación o a la propia Cancillería, dependiendo de la naturaleza de las solicitudes.

A su vez, en el caso de que alguna autoridad nacional requiera presentar una solicitud de cooperación con la Corte, esta será canalizada a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y cumpliendo los requisitos consagrados en el Estatuto de Roma. Esto incluye la remisión de un informe de situación por Ecuador a la CPI. En este caso, la decisión le corresponde a la Fiscalía General de la Nación.⁷⁰

3.3.7. Actuación de funcionarios de la CPI en territorio nacional

De acuerdo con el artículo 113 del proyecto de ley, el personal de la CPI, incluyendo abogados, peritos, testigos u otras personas cuya presencia se requiera en la sede de la Corte, gozará en el territorio ecuatoriano de las inmunidades y privilegios necesarios para cumplir con sus obligaciones. En este sentido, el artículo 189 del proyecto establece que el fiscal de la CPI podrá ejecutar directamente en territorio ecuatoriano una solicitud de asistencia que no requiera de medidas coercitivas.

⁶⁷ Véase artículo 186 del proyecto de ley.

⁶⁸ Véase artículo 187 del proyecto de ley.

⁶⁹ Véase artículo 189 del proyecto de ley.

⁷⁰ Véanse artículos 125-127 del proyecto de ley.

En este sentido, la ratificación del Acuerdo de Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional mediante el decreto ejecutivo n.º 1256, del 17 de marzo de 2006, es una medida que consolida esta disposición legal. A los efectos de esa iniciativa, se entiende como personal de la Corte: i) los magistrados; ii) el fiscal y sus adjuntos; iii) el secretario y su adjunto; y iv) el personal de la Secretaría y la Fiscalía.

4. Protección penal de la administración de justicia de la Corte

El Estatuto de Roma establece, en su artículo 70, que la CPI tendrá competencia para conocer delitos contra la administración de justicia en ocasión de un proceso seguido ante la propia Corte, siempre que estos hayan sido cometidos intencionalmente. Como segundo paso, el Estatuto declara que los Estados tienen la obligación de extender su legislación penal e incluir como delitos los actos realizados contra la administración de justicia de la CPI.

Por lo tanto, la obligación establecida por el Estatuto no es la de incluir las disposiciones exactas de los delitos contra la administración de justicia sino de extenderlas de modo que también incluyan actos realizados contra la Corte. A pesar de esto, será necesario que exista cierta similitud en los delitos mencionados por el Estatuto de Roma y las disposiciones nacionales correspondientes. Esto nos lleva a analizar la legislación penal de cada uno de los países en el tema.

Se debe considerar que las disposiciones nacionales están construidas sobre la base de un bien jurídico de carácter nacional, sin tomar en cuenta la posibilidad de la administración internacional de justicia. Se podría argumentar que, con la ratificación del Estatuto, la CPI llega a ser una prolongación del sistema judicial nacional. Esta interpretación estaría en línea con el objetivo del Estatuto. Pero también hay que tomar en cuenta los principios de legalidad que son especialmente importantes en temas penales. Una interpretación extensiva de la aplicación de los delitos contra la administración de justicia sería contraria al principio *nullum crimen, nullum pena sine lege*. La única solución aceptable sería, por lo tanto, la inclusión expresa de los actos realizados contra la administración de justicia de la CPI en la legislación nacional penal, puesto que no sería suficiente una referencia a las disposiciones del Estatuto.

Actualmente, en Ecuador, el Código Penal tipifica y sanciona: i) el falso testimonio y el perjurio, en el artículo 354; ii) la alteración de pruebas y la presentación de pruebas falsas, en el artículo 296; iii) el prevaricato, en los artículos 277 a 284; y iv) el cohecho en sus diversas formas, en los artículos 285 a 290. Estas disposiciones serían también aplicables hacia actos cometidos en el Ecuador con relación a la cooperación con la CPI.

No obstante lo anterior, el proyecto de ley complementa estas disposiciones tipificando en su título V los “delitos contra la administración de justicia de la CPI”.⁷¹ Las penas impuestas en este texto oscilan entre cuatro y ocho años. Estas incluyen: i) falso testimonio; ii) presentación de falsas pruebas; iii) corrupción de testigos; iv) la toma de represalias contra testigos; v) destrucción o alteración de pruebas; vi) obstrucción de justicia; vii) represalias contra funcionarios de la Corte o funcionarios nacionales; viii) soborno aceptado o solicitado por funcionarios estatales o representantes de la CPI.

5. Conclusiones

La actual coyuntura ecuatoriana hace sumamente complejo retomar el debate sobre el proyecto de ley de implementación del Estatuto de Roma. Actualmente, las agendas del Congreso y del gobierno se han centrado en las elecciones generales que se llevarán a cabo en octubre de 2006. Se espera que una vez elegido un nuevo gobierno se pueda incluir en la agenda de trabajo la adopción de una ley de adecuación al Estatuto de Roma.

En el año 2005, el presidente de Ecuador, Alfredo Palacio, propuso la adopción de una nueva Asamblea Nacional Constituyente como medio para buscar una solución a los conflictos sociales que atraviesa el país. Esta situación hubiese dado la posibilidad de incluir algunos principios de derecho penal internacional en la Carta política de 1998 y desarrollar algunas de las disposiciones ya contempladas.

⁷¹ Véanse artículos 105-112 del proyecto de ley.

Sin embargo, el rechazo del Congreso a la propuesta del Ejecutivo de reformar la Constitución postergará este proceso hasta que se lleven a cabo las próximas elecciones. En este sentido, el Congreso no ha dado mayor trámite al proyecto de ley de implementación del Estatuto de Roma presentado en 2002, ni tampoco al proceso de revisión del Código Penal. La ratificación del Acuerdo de Privilegios e Inmunidades de la CPI es un paso positivo, pero requiere ser complementado con normativas internas sobre cooperación judicial, principalmente las indicadas en el proyecto de ley que se ha analizado.

No obstante lo anterior, la instauración de la nueva Corte Suprema de Justicia en Ecuador, en noviembre de 2005, y del nuevo Tribunal Constitucional, en marzo de 2006, abren la posibilidad de que se empiece a elaborar jurisprudencia que invoque principios de derecho penal internacional. Cabe destacar que desde la destitución del ex presidente Lucio Gutiérrez, en abril de 2005, las altas cortes no sesionaban debido a la renuncia de sus integrantes.

Independientemente del delicado momento político que atraviesa Ecuador, frente a la implementación del Estatuto de Roma se plantea lo siguiente:

- La necesidad de retomar en el marco del Plan Nacional de Derechos Humanos un grupo de trabajo para formular recomendaciones sobre la implementación de tratados internacionales de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional. Ecuador tiene el mismo problema que sus pares latinoamericanos, porque ratifica los instrumentos internacionales sin un mecanismo que los incorpore (aun cuando esto sea plausible con la Constitución de 1998) y facilite su aplicación práctica.
- La necesidad de que el próximo Congreso priorice un proceso de reforma penal. Se ha intentado una serie de proyectos en los últimos años pero la falta de voluntad política ha impedido que se incorporen y actualicen algunas de las instituciones contempladas en el Código.
- A pesar de que el Código de Procedimiento Penal es reciente (2000), sería sumamente útil la adopción de disposiciones que regulen otros mecanismos de cooperación judicial en el propio Código. A modo de ejemplo, los Códigos Procesales de Colombia y Perú contienen secciones

expresas sobre las distintas formas de cooperación que deberían ser incorporadas y no meramente guiadas por tratados internacionales.

- El proyecto de implementación del Estatuto de Roma debería ser retomado por el próximo Congreso. En este caso, sería recomendable hacer una revisión de los capítulos referidos a los crímenes internacionales y principios generales, de modo de precisar su contenido y alcance. En el caso de los mecanismos de cooperación judicial con la CPI, estos se encuentran en concordancia con el Estatuto, pero se debería actualizar lo atinente a los delitos contra la administración de justicia, haciendo un vínculo o extendiendo la figura del funcionario judicial a los representantes de la CPI.

6. Bibliografía

Doctrina

- AMBOS, Kai y Ezequiel MALARINO (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer - Universidad de Gotinga, 2005.
- CASSESE, Antonio: *International Criminal Law*, Nueva York: Oxford University Press, 2003.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 2004, 2.ª ed.
- GUZMÁN, Marco Antonio: *Los derechos humanos, en especial los económicos, sociales y culturales*, Quito: Ed. Universitaria, 2003.
- HERENCIA CARRASCO, Salvador: *La implementación del Estatuto de Roma en la región andina: los casos de Bolivia, Colombia y Perú*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 2005.
- MONTAÑO GALARZA, César: "La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador contra el Acuerdo de la base aérea de Manta", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo I, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, año 11, 2005, pp. 215-244.
- VICIANO PASTOR, Roberto: "El sistema de fuentes del derecho en la Constitución Política de Ecuador", en Santiago ANDRADE UBIDIA y Julio César TRUJILLO (eds.), *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad de Valencia y Corporación Editora Nacional, 2004.
- WERLE, Gerhard: *Principles of International Criminal Law*, La Haya: TMC Asser Press, 2005.

Tratados y resoluciones

Asamblea de Estados partes de la Corte Penal Internacional, Acuerdo de Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional. Adoptado el 9 de septiembre de 2002.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN DOC. A/CONF.183/9. Adoptado por la Conferencia de Plenipotenciarios, el 17 de julio de 1998.

Legislación y proyectos de ley

Congreso de la República. Proyecto de ley sobre delitos contra la humanidad, sometido a consideración del Congreso por la Comisión de la Mujer del Congreso Nacional del Ecuador y por la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH.

Constitución Política de Ecuador.

Código Penal de Ecuador.

Código de Procedimiento Penal de Ecuador.

Código Procesal Penal del Perú, decreto legislativo n.º 957, del 29 de julio de 2004.

Ley n.º 24, de Extradición, publicada en el Registro Oficial n.º 144, del 18 de agosto de 2000.

Proyecto de ley n.º 225 de 2004 (Cámara de Diputados de Colombia), mediante el cual se dictan normas sobre cooperación con la Corte Penal Internacional.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional de Ecuador, resolución n.º 038-2001-TC, del 22 de febrero de 2001.

Sitios de Internet

Comisión Andina de Juristas, <http://www.cajpe.org.pe>.

Fundación Konrad Adenauer y Universidad de Gotinga, Grupo de Estudios sobre la Corte Penal Internacional, http://www.kas.de/proj/home/home/13/4/webseite_id-2262/index.html.

Oficina de Asuntos Jurídicos de la OEA, relativa a los tratados suscritos por sus Estados partes en materia de asistencia judicial mutua en materia penal y extradición, <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/index.html>.

1 • Introducción

El Salvador todavía no es parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI).¹ La posición oficial del gobierno sigue siendo la de procurar la adhesión al Estatuto. Para ello se necesita, como paso inicial, que la Asamblea Legislativa resuelva la consulta que el Ministerio de Relaciones Exteriores le remitió en el 2003, sobre la viabilidad de una sola reforma constitucional para evitar contradicciones con el ECPI. Representantes de ese ministerio, en reuniones con la Comisión de Relaciones Exteriores y con la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa, han recalcado constantemente la importancia de este asunto, pero hasta la fecha no se ha obtenido respuesta.²

Una muestra de que El Salvador mantiene interés en este tema es que todavía se mantiene la Comisión ad hoc creada en 1998 para dar seguimiento a la firma o adhesión al Estatuto de Roma. Esta comisión está integrada por un representante de la Fiscalía General de la República, un representante del Ministerio de Gobernación, dos representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores y dos magistrados de la

¹ El argumento oficial acerca de la falta de adhesión al ECPI es que existen disposiciones del tratado que contradicen normas de la Constitución de la República. Tales contradicciones se encuentran expresadas en el informe sobre El Salvador, publicado en Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnick (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 295.

² Entrevista con la licenciada Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, directora de la Unidad de Asesoría Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, San Salvador, 22 de febrero de 2006.

Corte Suprema de Justicia.³ Sin embargo, no ha logrado reunirse con regularidad en los últimos años.⁴

Otra muestra es que el órgano ejecutivo, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, ha designado a cuatro funcionarios para participar en las asambleas de los Estados partes del Estatuto de Roma o en otras reuniones relacionadas con este tema, para dar seguimiento al desarrollo de la CPI. Estos cuatro funcionarios son la jefa de la Unidad de Asesoría Jurídica, la jefa de Estudios Jurídicos Internacionales, el embajador adjunto de El Salvador ante la ONU y el embajador de El Salvador ante los Países Bajos, en La Haya, Holanda.⁵

Por otra parte, el Estado salvadoreño también ha dado señales contrarias a su posible adhesión al ECPI, tales como la suscripción y ratificación del convenio bilateral con Estados Unidos, tendiente a impedir el traslado de personas a la Corte Penal Internacional o a un tercer Estado que sea parte del Estatuto de Roma.⁶

Consecuentemente, El Salvador no cuenta con una ley ni con un proyecto de ley para la implementación del Estatuto en su legislación interna. En caso de que el país se adhiera al ECPI, no se ha definido todavía si su implementación será por medio de una remisión directa al Estatuto, por medio de una ley especial de implementación o a través de reformas a la legislación interna, aunque según el Ministerio de Relaciones Exteriores desde hace más de dos años se está realizando un estudio comparativo de otras leyes o proyectos de ley de implementación del Estatuto adoptadas por otros Estados, para su posterior implementación en El Salvador, siendo el proyecto de Uruguay⁷ el que más había llamado la atención, aunque todavía sin un resultado final.⁸

En cuanto al cumplimiento de sentencias de tribunales supranacionales, no existe ninguna ley, proyecto o anteproyecto de ley para hacerlas efectivas. Se considera

³ Esos magistrados son el Lic. José Mauricio Néstor Castaneda Soto, presidente de la Sala de lo Penal, y el Dr. Julio Enrique Acosta Baires, miembro de la Sala de lo Constitucional.

⁴ Entrevista con la Lic. Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, cit.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Convenio entre el Gobierno de la República de El Salvador y el Gobierno de los Estados Unidos de América Respecto al Traslado de Personas a la Corte Penal Internacional, decreto legislativo n.º 318, del 29 de abril de 2004, publicado en el Diario Oficial, n.º 94, tomo 363, del 24 de mayo de 2004. Para más detalles sobre este convenio véase el libro *Dificultades jurídicas y políticas...*, o. cit., pp. 300-302.

⁷ Debe aclararse que el proyecto original de Uruguay fue sustituido por otro al que se refiere Pablo Galain Palermo en su informe sobre el Uruguay, publicado en el libro *Dificultades jurídicas y políticas*, o. cit., pp. 401-447. Sin embargo, debido a que no se pudo tener acceso al estudio comparativo realizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, se desconoce cuál es el proyecto utilizado para el mencionado estudio.

⁸ Entrevista con la Lic. Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, cit.

que esto no es necesario porque para cumplir con una sentencia de esa naturaleza se debe ser parte de un tratado internacional que establezca el correspondiente estatuto del tribunal internacional y en ese estatuto se establece el procedimiento para el cumplimiento de las sentencias.⁹ En el caso de El Salvador hay dos ejemplos. El cumplimiento de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia por la disputa limítrofe con Honduras y la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la desaparición forzosa de las hermanas Serrano,¹⁰ aunque en este último existe disconformidad de la parte peticionaria o demandante ante la Corte, como son los familiares de las víctimas y la asociación PROBÚSQUEDA de El Salvador, sobre el cumplimiento efectivo de esa sentencia.

2 ● Asistencia judicial interestatal

2.1. El procedimiento para la extradición de ciudadanos y otros tipos de asistencia judicial previstos en la legislación interna

El Salvador no cuenta con una legislación específica que establezca un procedimiento general a seguir por las autoridades salvadoreñas, para solicitar o para responder a un pedido de extradición o de entrega de una persona reclamada por otro Estado o por un organismo o tribunal supranacional. Tampoco existe legislación referida a los procedimientos generales que se deben desarrollar internamente para solicitar o responder a una petición de asistencia o colaboración judicial de otro Estado o

⁹ *Ibidem*. Según esta funcionaria, miembro del Comité Jurídico Internacional de la OEA, ese comité realizó en el 2005 un estudio regional para determinar si existían o no leyes que establecieran un procedimiento para el cumplimiento de sentencias de tribunales supranacionales en los Estados miembros de la OEA. Como resultado se detectó que solo Perú cuenta con una ley de ese tipo. Luego averiguamos que se refería a la ley 27775, vigente desde el 8 de julio de 2002, que establece el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales. Esa ley, en su artículo 1, declara de interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado peruano por tribunales internacionales constituidos por tratados que han sido ratificados por el Perú. Establece, además, las reglas de ejecución de sentencias supranacionales, según estas contengan condena de pago de suma de dinero por concepto de indemnización por daños y perjuicios a cargo del Estado, condena de pago de suma determinada, condena de pago de suma por determinar, ejecución de medidas provisionales, etcétera. La ley establece también un procedimiento de comunicación de cumplimiento de sentencias a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el cual la Corte Suprema de Justicia informará, por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, a esta corte acerca de las medidas que se hayan adoptado en cumplimiento de la sentencia. Cf. *Cuadernos electrónicos. Derechos humanos y democracia*, disponible en www.portalfio.org/cuadernos.

¹⁰ Entrevista con la Lic. Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, cit.

un tribunal internacional. De igual manera, no existe, como se dijo en el apartado anterior, una ley especial para dar cumplimiento a las sentencias emitidas por tribunales supranacionales.

Sin embargo, sí cuenta, como se verá más adelante, con varios convenios o tratados bilaterales, multilaterales e internacionales sobre extradición o sobre cooperación y asistencia judicial en materia penal, aunque no específicamente sobre los crímenes que son de competencia de la CPI. También es parte de una amplia variedad de tratados internacionales en diversidad de materias —no solo en materia penal— que contienen disposiciones que regulan la extradición y la asistencia judicial recíproca entre Estados partes.

Además, en su ordenamiento jurídico interno sí cuenta con disposiciones que reconocen y regulan la extradición, tal como se expone a continuación.

2.1.1. Disposiciones constitucionales

La Constitución de la República regula la extradición, en los incisos 2.º, 3.º y 4.º del artículo 28 y en la fracción 3.ª del artículo 182, que establece las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia.

El inciso segundo del artículo 28 establece que la extradición será regulada de acuerdo con los tratados internacionales. En cuanto a la extradición de nacionales, el mismo inciso estipula que sólo procederá si el correspondiente tratado expresamente lo establece y ha sido aprobado por el órgano legislativo de los países suscriptores. Además establece que las cláusulas de esos tratados deberán consagrar el principio de reciprocidad y otorgar a los salvadoreños todas las garantías penales y procesales reconocidas por la Constitución salvadoreña.

El inciso tercero del artículo 28 constitucional dispone que la extradición procederá cuando el delito haya sido cometido en la jurisdicción territorial del país solicitante, salvo cuando se trate de los delitos de trascendencia internacional, y no podrá estipularse en ningún caso por delitos políticos, aunque por consecuencia de estos resultaren delitos comunes.

Por último, el inciso cuarto de esta disposición sujeta la ratificación de los tratados en materia de extradición a una mayoría calificada de la Asamblea Legislativa, al proclamar que esa ratificación requerirá los dos tercios de los votos de los diputados electos.

Por su parte, el artículo 182 de la Constitución, en su fracción 3.ª, establece que la autoridad competente para otorgar la extradición es la Corte Suprema de Justicia.

En esta misma disposición se establece que este órgano del Estado tiene la atribución de ordenar el curso de los suplicatorios o comisiones rogatorias que se libren para practicar diligencias fuera del Estado y mandar a cumplimentar los que procedan de otros países, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados. Asimismo, la fracción cuarta del artículo 182 estipula que la Corte Suprema de Justicia tiene la atribución de conceder, conforme a la ley y cuando fuere necesario, el permiso para la ejecución de sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros.

2.1.2. Otras disposiciones legales

El artículo 9 del Código Penal que establece el principio personal o de nacionalidad para la aplicación de la ley penal, en el inciso número tres, dispone que la ley penal salvadoreña se aplicará a los delitos cometidos en el extranjero por salvadoreños cuando se deniegue la extradición solicitada en razón de su nacionalidad.

El artículo 176 del Código de Justicia Militar, establece que, si el procesado estuviere ausente del país y se supiera su paradero, la autoridad juzgadora se dirigirá al Ministerio de Defensa para el efecto de obtener la extradición correspondiente.

Por último, la fracción 17ª, del artículo 51 de la Ley Orgánica Judicial, dispone que una de las atribuciones del pleno de la Corte Suprema de Justicia es la de conceder el exequátur correspondiente a las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros y eficacia territorial a las resoluciones de dichos tribunales en actos de jurisdicción voluntaria. A renglón seguido esta misma disposición establece que no será necesaria la autorización para la ejecución de sentencias de tribunales internacionales creados por convenios obligatorios para El Salvador.

2.2. Convenios internacionales o bilaterales en materia de extradición de los que forma parte El Salvador

Cuatro de los convenios internacionales o bilaterales de extradición suscritos por El Salvador son: 1. la Convención sobre Extradición,¹¹ en adelante Convención

¹¹ Suscrita en Montevideo, Uruguay, en 1933, en el marco de la Séptima Conferencia Internacional Americana; aprobada por el ministro de Relaciones Exteriores el 20 de marzo de 1936 y luego ratificada por decreto legislativo n.º 38, del 23 de abril de 1936, con reserva de que no procederá la extradición si la persona reclamada es un nacional, sea cual fuere el delito por que se le extradita, o de un extranjero, si su extradición obedece a un hecho que revista el carácter de delito político o de delito común conexo.

Interamericana; 2. el Tratado de Extradición entre la República de El Salvador y los Estados Unidos de América,¹² en adelante el tratado con Estados Unidos; 3. el Tratado de Extradición entre la República de El Salvador y el Reino de España,¹³ en adelante el tratado con España; y 4. el Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de El Salvador y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos,¹⁴ en lo sucesivo el tratado con México.

Sus contenidos principales son los siguientes.

2.2.1. Delitos objeto del tratado

En la Convención Interamericana es todo tipo de delito punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido, sancionados con la pena mínima de un año de privación de la libertad (artículo 1, letra *b*); similares disposiciones contienen los tratados con España (artículo 3, párrafo 1) y México (artículo 2, párrafo 1), mientras que en el tratado con Estados Unidos es una larga lista de delitos comunes como el asesinato y diversas modalidades de homicidio, violación, aborto, mutilación y otro tipo de lesiones, hasta delitos más complejos como fraudes bancarios y delitos relativos a la esclavitud y comercio de esclavos (artículo II).

2.2.2. Sujetos incluidos y excluidos de la extradición

En la Convención Interamericana son todos los individuos que estén acusados o hayan sido sentenciados, que se encuentren en el territorio de los Estados partes (artículo 1). Sin embargo, cuando se trate de un nacional del Estado requerido, la extradición podrá o no ser acordada según lo que determine la legislación o las circunstancias del caso, a juicio del Estado requerido (artículo 2); similares disposiciones,

¹² Suscrito en San Salvador el 18 de abril de 1911, aprobado en la misma fecha por el presidente de la República, Manuel Enrique Araujo, y ratificado por la Asamblea Nacional Legislativa el 9 de junio de 1911. El texto puede consultarse en www.asamblea.gob.sv.

¹³ Firmado en Madrid el 10 de marzo de 1997, aprobado por acuerdo n.º 802 del órgano ejecutivo en el ramo de Relaciones Exteriores el 23 de julio de 1997, y ratificado por la Asamblea Legislativa, mediante decreto legislativo n.º 143, del 13 de noviembre de 1997, publicado en el Diario Oficial, n.º 236, tomo 337, del 17 de diciembre de 1997, vigente desde esa última fecha. El texto puede consultarse en www.asamblea.gob.sv.

¹⁴ Suscrito en la ciudad de México el 21 de mayo de 1997, aprobado por acuerdo n.º 1126 del órgano ejecutivo en el ramo de Relaciones Exteriores el 13 de octubre de 1997, y ratificado por la Asamblea Legislativa, mediante decreto legislativo n.º 144, del 13 de noviembre de 1997, publicado en el Diario Oficial, n.º 236, tomo 337, del 17 de diciembre de 1997. Está vigente desde esa última fecha. El texto puede consultarse en www.asamblea.gob.sv.

incluyendo la facultad de no ceder a la extradición de nacionales, se encuentran en el tratado con Estados Unidos (artículos I y VIII), en el tratado con España (artículos 1 y 6) y en el tratado con México (artículos 1 y 5).

2.2.3. Órganos competentes

Para la Convención Interamericana son órganos competentes el respectivo representante diplomático y, a falta de este, los agentes consulares o directamente de gobierno a gobierno (artículo 5). En el tratado con Estados Unidos se dispone algo parecido (artículo XI, párrafo 2.º). En el tratado con España son el Ministerio de Justicia del Reino de España y la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador, quienes se comunicarán entre sí por vía diplomática (artículo 2), mientras que en el tratado con México la Secretaría de Relaciones Exteriores de México es el órgano o autoridad competente para tramitar las solicitudes de extradición presentadas por el gobierno de El Salvador, por conducto del Ministerio de Justicia, y el Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador es el órgano competente para tramitar una solicitud de extradición presentada por el gobierno de México, por conducto de la Procuraduría General de la República (artículo 23).

2.2.4. Garantías de la persona extraditable o extraditada

Los cuatro tratados citados concuerdan en las siguientes garantías:

1. a no ser juzgada o sancionada por delito diferente de aquel por el que fue extraditada, sin el consentimiento del Estado que autorizó la extradición;
2. a que las pruebas aportadas por el Estado requirente sean examinadas por las autoridades judiciales competentes del país requerido antes de autorizar la entrega de la persona acusada;
3. a que cese la detención provisional y ser puesta en libertad si después de transcurridos dos meses el Estado requirente no presenta solicitud formal de extradición acompañada de las pruebas necesarias del delito atribuido.

La Convención Interamericana, además de las anteriores, establece las garantías siguientes:

1. a no ser juzgada o sancionada por delitos políticos o conexos con delitos políticos por el Estado donde fue entregada (artículo 17);
2. a que cese la detención provisional y ser puesta en libertad, si después de transcurridos cuarenta días el Estado requirente no presenta solicitud formal de extradición acompañada de las pruebas necesarias del delito atribuido, si se tratase de países limítrofes (artículo 11);
3. a presentar recursos contra la decisión que otorga la extradición, conforme a la legislación interna del Estado requerido (artículo 8).

Por su parte, el tratado con México, aparte de las garantías comunes, agrega la siguiente:

1. a ser informada de que en caso de que decida someterse voluntariamente a la jurisdicción del Estado requirente y proceder a la extradición simplificada, no será aplicable la regla de especialidad ni la prohibición de reextradición (artículo 14).

2.2.5. Motivos para denegar la extradición (artículo 3)

Los cuatro tratados coinciden en los motivos siguientes:

1. por prescripción de la acción penal o la pena, según las leyes del Estado requirente y del requerido con anterioridad a la detención del individuo inculcado;
2. cuando el individuo inculcado haya cumplido su condena en el país del delito o cuando haya sido amnistiado o indultado;
3. cuando el individuo inculcado haya sido o esté siendo juzgado en el Estado requerido por el hecho que se le imputa y en el cual se funda el pedido de extradición;
4. cuando el individuo inculcado hubiera de comparecer ante tribunal o juzgado de excepción del Estado requirente, no considerándose así a los tribunales del fuero militar;
5. cuando se trate de delito político o de los que le son conexos;
6. cuando se trate de delitos puramente militares o contra la religión.

El tratado con Estados Unidos agrega el motivo siguiente:

1. si la persona acusada es ciudadana del Estado requerido.

El tratado con México agrega:

1. si el delito por el que se pide la extradición está sancionado con pena de muerte en el Estado requirente, a menos que tal Estado garantice suficientemente que dicha pena no será impuesta o que será conmutada por privación de libertad;
2. si la parte requerida tuviere motivos fundados para suponer que la solicitud de extradición fue presentada con la finalidad de perseguir o castigar a la persona reclamada en razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o bien que la situación de aquella puede ser agravada por esos motivos.

El tratado con España clasifica los motivos para denegar la extradición de la manera siguiente:

- a) Motivos para denegar obligatoriamente la extradición
 1. si la persona extraditable está siendo objeto de proceso penal o ha sido juzgada y definitivamente absuelta o condenada en la parte requerida, por la comisión del delito por el cual se solicita la extradición (artículo 5.a);
 2. por prescripción de la pena o cualquier otra causa legal, conforme con la legislación de cualquiera de los Estados partes que haga imposible el procesamiento o sanción de la persona requerida (artículo 5.b);
 3. si el delito por el que se solicita la extradición se considera delito según la legislación militar, pero no según la legislación penal ordinaria (artículo 5.c);
 4. si la persona extraditable ha sido condenada o podría ser juzgada o condenada por un tribunal extraordinario o especial en el Estado requirente (artículo 5.d);
 5. por tratarse de delitos políticos o conexos con delitos políticos (artículo 4, párrafo 1);

6. si la parte requerida tuviere motivos fundados para suponer que la solicitud de extradición fue presentada con la finalidad de perseguir o castigar a la persona reclamada en razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o bien que la situación de aquella puede ser agravada por esos motivos (artículo 4, párrafo 3).

b) Motivos para denegar facultativamente la extradición

Podrá denegarse la extradición cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes (artículo 7):

1. si el delito por el que se solicita la extradición se ha cometido total o parcialmente en el territorio de la parte requerida, según su legislación;
2. si el delito por el que se pide la extradición está sancionado con pena de muerte en el Estado requirente, a menos que tal Estado garantice suficientemente que esa pena no será impuesta o ejecutada;
3. si la persona extraditable ha sido absuelta o condenada definitivamente en un tercer Estado por el mismo delito y, si hubiere sido condenada, haya sido cumplida totalmente la pena impuesta o ya no pueda exigirse su cumplimiento;
4. por razones humanitarias como la edad, la salud, la situación familiar u otras circunstancias similares de la persona extraditable, a juicio del Estado requerido;
5. si el delito por el que se solicita la extradición fue cometido fuera del territorio de ambas partes contratantes y la parte requerida carece de jurisdicción, según su ordenamiento jurídico, para conocer de delitos cometidos fuera de su territorio;
6. si la persona cuya extradición se solicita no ha tenido ni va a tener un proceso penal con las garantías mínimas establecidas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.2.6. Procedimiento de la extradición

El procedimiento establecido en todos los tratados es similar, pero difieren en cuanto a la forma en que se desarrolla en cada uno de ellos, tal como se expone a

continuación. En la Convención Interamericana, el pedido de extradición debe formularse por el respectivo representante diplomático y, a falta de este, por los agentes consulares o directamente de gobierno a gobierno (artículo 5). Será presentado al poder judicial o administrativo del Estado requerido, que deberá resolver de acuerdo con su legislación interior.

En el tratado con Estados Unidos, la solicitud de extradición debe ser presentada por el representante diplomático o funcionario consular superior del Estado requirente. El tratado no especifica ante quién deberá presentarse dicha solicitud, ni detalla tampoco el procedimiento a seguir. Solamente dice que la extradición será efectuada en los Estados Unidos y en la República de El Salvador, respectivamente, conforme a las leyes vigentes que regulan la extradición en el Estado en que ha sido hecha la solicitud de extradición (artículo XI, párrafo 4.º).

En el tratado con España, la solicitud de extradición debe presentarse por escrito y con el contenido siguiente: 1. designación de la autoridad requirente; 2. nombre y apellidos de la persona cuya extradición se solicite, e información sobre su nacionalidad, residencia o paradero y otros datos pertinentes; 3. detalle sobre los hechos cometidos y sus consecuencias; 4. copia del texto o textos legales de la parte requirente que califiquen los hechos como delito y establezcan la pena aplicable; 5. los textos legales aplicables a la prescripción de la acción penal o de la pena (artículo 9, párrafo 1). La solicitud para procesamiento, además de la información anterior, deberá adjuntar una copia de la orden de detención o de arresto expedida por autoridad competente del Estado requirente. La solicitud de extradición para cumplimiento de una sentencia, además del contenido general, deberá adjuntar la copia de la sentencia aplicable al caso que tenga fuerza ejecutoria e información relativa a la persona a la que se haya notificado esa sentencia (artículo 9, párrafos 2 y 3).

El tratado no especifica ante quién deberá presentarse la solicitud, pero se entiende que será ante el órgano competente del Estado requerido por la vía diplomática. Tampoco detalla el procedimiento a seguir. Solamente dice que la parte requerida tramitará la solicitud de extradición de conformidad con el procedimiento establecido en su legislación (artículo 14).

En el tratado con México, la solicitud debe presentarse por escrito, junto con la documentación siguiente: 1. informes exactos sobre descripción, identidad, ubicación y ocupación de la persona reclamada; 2. reseña clara de los hechos que constituyen el delito por el cual se solicita, que contenga las circunstancias

de lugar, tiempo, persona, modo de comisión, la naturaleza del delito y la mención de las disposiciones legales que lo tipifiquen y sancionen; 3. copia certificada de los preceptos legales que indiquen los elementos constitutivos del tipo delictivo y la probable responsabilidad del reclamado, la pena correspondiente al delito y las causas de extinción de la acción penal y de la pena; 4. declaración judicial de la vigencia de la orden de aprehensión o reaprehensión, que especifique si el reclamado no ha interpuesto recurso alguno; 5. auto judicial que realice el cómputo de la prescripción de la acción penal o de la pena y señale la fecha aproximada en que se cumplirá (artículo 9, párrafo 1).

En el caso de una persona que va a ser procesada, debe agregarse copia certificada de la orden de aprehensión o reaprehensión, expedida por las autoridades competentes. En el caso de una persona que va a ser sometida al cumplimiento de una sentencia, copia certificada de la sentencia firme dictada por la autoridad competente y declaración de la autoridad competente del Estado requirente que determine el término de la pena que falta por cumplir (artículo 9, párrafos 2 y 3).

La solicitud deberá presentarse al órgano o autoridad competente del Estado requerido por la vía diplomática. Los procedimientos de extradición serán tramitados conforme a la legislación de la parte requerida (artículo 21).

2.2.7. Procedimiento simplificado

La Convención Interamericana y el tratado con Estados Unidos no admiten el procedimiento simplificado. Los tratados con España y con México sí lo establecen, con algunas leves variantes. En el primero, la parte requerida podrá conceder la extradición una vez que haya recibido una petición de detención preventiva, si la persona reclamada manifiesta expresamente su consentimiento ante la autoridad correspondiente, siempre que esto no lo prohíba la legislación del Estado requerido (artículo 12). En el segundo, la parte requerida queda obligada a entregar a la persona extraditable, sin que se haya cumplido el procedimiento formal de extradición, si esa persona manifiesta su intención de someterse voluntariamente a la jurisdicción del Estado requirente, después de haber sido informada de que la regla de especialidad y la prohibición de reextradición no serían aplicables en ese caso (artículo 14).

2.2.8. *Detención preventiva*

Todos los convenios en materia de extradición incluyen la potestad del Estado requirente de solicitar la detención preventiva de la persona requerida, pero difieren en cuanto al procedimiento, los medios, las condiciones, las instituciones involucradas y otras circunstancias, tal como se expone a continuación.

En la Convención Interamericana, el Estado requirente podrá solicitar, por cualquier medio de comunicación, la detención provisional o preventiva de un individuo siempre que exista al menos una orden de detención dictada en su contra y ofrezca pedir oportunamente la extradición. El Estado requerido ordenará la inmediata detención del inculcado. Si dentro de un plazo máximo de dos meses, contados desde la fecha en que se notificó al Estado requirente el arresto del individuo, no formalizara aquel su pedido de extradición, el detenido será puesto en libertad.

En el tratado con Estados Unidos, los representantes diplomáticos o funcionarios consulares superiores son competentes para pedir y obtener una orden de arresto preventivo contra la persona cuya extradición se pide. En este caso, las autoridades judiciales del Estado requerido son competentes para expedir orden de aprehensión de la persona extraditable, a efecto de que comparezca esa autoridad judicial y proceder al examen de las pruebas aportadas. Si luego de este examen las autoridades judiciales consideran procedente la detención de la persona, deberán comunicarlo a la autoridad competente para que libre orden de entrega de la persona acusada (artículo XI, párrafo III).

También puede solicitarse orden de arresto y detención mediante telégrafo. Si esta solicitud se refiere a una persona que se encuentra en los Estados Unidos, se presentará solicitud jurada conforme la legislación estadounidense, por agentes del gobierno de El Salvador ante un juez o magistrado competente para dar órdenes de arresto en casos de extradición. Cuando la solicitud se refiera a una persona que se encuentra en El Salvador, se presentará ante la Secretaría o Ministerio de Relaciones Exteriores, la cual deberá hacer las gestiones necesarias para asegurar la detención provisional de la persona inculpada (artículo XII).

En el tratado con España, la parte requirente puede solicitar la detención preventiva de la persona reclamada hasta la presentación de la solicitud de extradición, en caso de urgencia. Esta solicitud se transmitirá al órgano competente del Estado requerido por la vía diplomática o por correo o telégrafo a través de la Interpol o por

cualquier otro medio del que quede constancia escrita o que sea aceptado por la parte requerida (artículo 10, párrafo 1).

La solicitud de detención preventiva contendrá la filiación de la persona reclamada con indicación de que se solicitará su extradición; una declaración de que existe alguno de los documentos mencionados en el artículo 9 que permiten la aprehensión de la persona; una declaración de la pena que se puede imponer o se haya impuesto por el delito cometido, incluido el tiempo que reste por cumplir de la pena, y una breve descripción de la conducta constitutiva del presunto delito. La parte requerida resolverá esta petición conforme a su legislación y la comunicará sin demora a la parte requirente (artículo 10, párrafos 2 y 3).

En el tratado con México, en caso de urgencia justificada la parte requirente podrá solicitar por escrito por la vía diplomática, a la parte requerida, la detención provisional de una persona acusada o sentenciada. Esta solicitud deberá contener, entre otros requisitos, los siguientes: 1. informes exactos relativos a la descripción, identificación y localización de la persona; 2. declaración de que la solicitud formal de extradición será formulada posteriormente; 3. reseña clara de los hechos que constituyen el delito por el cual se solicita y la mención de las disposiciones legales que lo tipifiquen y sancionen; 4. declaración de la existencia de la orden de aprehensión o reaprehensión, o bien, de una sentencia firme; 5. la justificación del libramiento de una orden de aprehensión o reaprehensión por las autoridades competentes de la parte requirente.

2.2.9. Solicitudes concurrentes (artículo 7)

El tema de las solicitudes concurrentes es tratado de manera diferente por cada tratado, tal como se explica en lo siguiente.

En la Convención Interamericana, en caso de solicitud de extradición de un individuo por parte de varios Estados con referencia al mismo delito, se dará preferencia al Estado en cuyo territorio este se haya cometido. Si se solicita por hechos diferentes, se dará preferencia al Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el delito que tenga pena mayor, según la ley del Estado requerido.

Si se tratare de hechos diferentes, que el Estado requerido refuta de igual gravedad, la preferencia será determinada por la prioridad del pedido.

En el tratado con Estados Unidos, en caso de solicitudes concurrentes, la persona requerida será entregada al Estado de quien se reciba primero la demanda de extradición

(artículo VII). En el tratado con España, en caso de solicitudes concurrentes, el Estado requerido decidirá a su discreción a cuál de los Estados requirentes concederá la extradición, tomando en cuenta todas las circunstancias, especialmente la gravedad y el lugar de comisión de los delitos, las fechas de las solicitudes respectivas, la existencia de tratados de extradición, la nacionalidad y el lugar habitual de residencia de la persona reclamada, así como la posibilidad de una posterior extradición a otro Estado.

En lo que atañe al tratado con México, en caso de solicitudes concurrentes, el Estado requerido tiene la facultad de decidir a cuál de los Estados requirentes concederá la extradición, pero deberá tomar en cuenta todas las circunstancias relevantes del caso, entre ellas: 1. la gravedad de los delitos a que se refieren las solicitudes, incluyendo las circunstancias de tiempo, lugar, personas y modos de ejecución; 2. el tiempo y lugar de comisión de cada delito, cuando la solicitud esté motivada por el mismo ilícito; 3. la fecha de las solicitudes; 4. la nacionalidad del extraditabile y 5. el lugar habitual de residencia del reclamado.

2.2.10. Principio de especialidad (artículo 17)

Este principio se encuentra contemplado en los cuatro tratados y, en términos generales, consiste en que el Estado que obtiene la extradición se obliga a no detener, procesar ni a sancionar al individuo extraditado por un delito diferente y cometido con anterioridad al pedido de extradición y que no haya sido incluido en él.

Esta es la regla general, pero cada tratado establece excepciones respecto de las cuales sí hay diferencias. En la Convención Interamericana, la excepción es que la persona extraditada haya expresado su consentimiento; en el tratado con Estados Unidos, por consentimiento del Estado que autorizó la extradición.

El tratado con España amplía el principio de especialidad porque obliga al Estado requirente a no autorizar la extradición a un tercer Estado de la persona requerida, ni a someterla a cualquier otra restricción de la libertad personal. Pero establece como excepciones: que la persona extraditada haya tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado requirente y no lo haya hecho en un plazo de cuarenta y cinco días contados desde el momento en que quedó definitivamente libre de responsabilidad penal por el delito por el que fue extraditada, o cuando haya regresado voluntariamente al territorio del Estado requirente después de haberlo abandonado (artículo 17, párrafo 3).

En el tratado con México, las excepciones al principio de especialidad son: que sea consentido por el Estado requerido; que la persona extraditada lo acepte o haya tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado requirente y no lo haya hecho en un plazo de sesenta días contados desde el momento en que quedó definitivamente libre de responsabilidad penal por el delito por el que fue extraditada, o cuando haya regresado voluntariamente al territorio del Estado requirente después de haberlo abandonado (artículo 19).

2.2.11. Procedimiento y lugar de entrega de la persona extraditada (artículo 14)

El tratado con Estados Unidos no establece ni el lugar ni el procedimiento a seguir para la entrega material de la persona extraditada. La Convención Interamericana dispone que la entrega del individuo extraditado al Estado requirente se efectuará en el punto más apropiado de la frontera o en el puerto más adecuado si su traslación hubiera de hacerse por la vía marítima o fluvial. No se detalla el procedimiento de entrega.

Según el tratado con México, la persona extraditable deberá ser entregada en el lugar del territorio de la parte requerida que resulte conveniente para ambas partes. La parte requerida fijará un plazo para que tenga lugar la entrega y el traslado. Si en ese tiempo no se lleva a cabo el traslado, pondrá a la persona en inmediata libertad y podrá denegar la extradición ante una nueva solicitud por el mismo delito, a menos que hubiere existido un motivo razonable para que no se efectuara el traslado. En este caso se fijará un período de menor duración que el anterior.

En el tratado con España se prescribe que se informará a la parte requirente del lugar y fecha de la entrega y de la duración de la detención de la persona reclamada que será entregada. La persona extraditada será trasladada fuera del territorio del Estado requerido, dentro del plazo razonable que este señale y, en el caso de que no sea trasladada, pasados quince días después de vencido ese plazo, el Estado requerido podrá ponerla en libertad y denegar su extradición por el mismo delito. Cuando no se pudiera realizar la entrega o el traslado por razones ajenas a la voluntad de una de las partes, esta lo comunicará a la otra parte y convendrán de mutuo acuerdo en una nueva fecha para la entrega (artículo 15).

2.3. Convenios internacionales o bilaterales sobre asistencia judicial en materia penal

En el ámbito interamericano, El Salvador es parte de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal;¹⁵ en el área centroamericana, forma parte del Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales entre las Repúblicas de El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.¹⁶ En el plano bilateral ha suscrito convenios de este tipo con Perú,¹⁷ España,¹⁸ México,¹⁹ Ecuador²⁰ y Argentina.²¹

El Salvador también forma parte de otros convenios internacionales sobre una diversidad de materias en las que existen disposiciones sobre extradición y cooperación judicial en materia penal, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.²²

¹⁵ Suscrita en Nassau, Bahamas, el 23.5.1992; aprobada por acuerdo ejecutivo en el ramo de Relaciones Exteriores n.º 878, del 5.9.2002; ratificada por decreto legislativo 279, del 25.2.2004, y publicada en el Diario Oficial, n.º 56, tomo 362, del 22.3.2004, vigente desde el 30.3.2004.

¹⁶ Suscrito en Ciudad de Guatemala, Guatemala, el 29.10.1993; aprobado por acuerdo ejecutivo en el ramo de Relaciones Exteriores n.º 166, sin fecha determinada; ratificado por decreto legislativo n.º 88, del 21.7.1994, publicado en el Diario Oficial, n.º 156, tomo 324, del 25.8.1994, vigente desde el 25.8.1994.

¹⁷ Convenio sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República de El Salvador y la República del Perú, suscrito en Lima, el 13.6.1996; aprobado por acuerdo ejecutivo en el ramo de Relaciones Exteriores n.º 1045, del 2.9.1996; ratificado por decreto legislativo n.º 810, del 12.9.1996, publicado en el Diario Oficial, n.º 192, tomo 333, del 14.10.1996; vigente desde el 14.9.1996.

¹⁸ Convenio de Cooperación Judicial en Materia Penal entre la República de El Salvador y el Reino de España, suscrito en Madrid, el 10.3.1997; aprobado por acuerdo ejecutivo en el ramo de Relaciones Exteriores n.º 489, del 15.5.1997; ratificado por decreto legislativo n.º 23, del 12.6.1997, publicado en el Diario Oficial n.º 124, tomo 336, de 7.7.1997; vigente desde el 7.7.1997.

¹⁹ Tratado de Cooperación entre el Gobierno de la República de El Salvador y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal; suscrito en Ciudad de México el 21.5.1997; aprobado por acuerdo ejecutivo en el ramo de Relaciones Exteriores n.º 1032, del 16.9.1997; ratificado por decreto legislativo n.º 103, del 16.10.1997, publicado en el Diario Oficial, n.º 215, tomo 337, del 18.11.1997, vigente desde el 18.11.1997.

²⁰ Convenio sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República de El Salvador y la República de Ecuador; suscrito en San Salvador, el 15.11.1999; aprobado por acuerdo ejecutivo en el ramo de Relaciones Exteriores n.º 314, del 13.3.2002; ratificado por decreto legislativo n.º 802, del 5.4.2002, publicado en el Diario Oficial, n.º 72, tomo 355, del 22.4.2002, vigente desde el 30.4.2002.

²¹ Convenio entre las Repúblicas de El Salvador y Argentina sobre Asistencia Jurídica en Materia Penal, suscrito en San Salvador, el 12.2.2003; aprobado por acuerdo ejecutivo en el ramo de Relaciones Exteriores n.º 221, del 26.6.2003; ratificado por decreto legislativo n.º 61, del 10.7.2003; publicado en el Diario Oficial n.º 148, tomo 360, del 14.8.2003; vigente desde el 22.8.2003.

²² Entre esos otros convenios internacionales están el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, la Convención Interamericana contra el Terrorismo.

2.4 La jurisprudencia relevante en la materia referida a crímenes internacionales

No existe jurisprudencia en materia de extradición, asistencia o cooperación judicial interestatal o entre el Estado salvadoreño y tribunales supranacionales, referida a crímenes que son de competencia de la Corte Penal Internacional.

3 • La cooperación con la Corte Penal Internacional

3.1. Proyectos de implementación o legislación al respecto

Como se expuso en la introducción de este trabajo, El Salvador no es parte del Estatuto de Roma; por consiguiente, no tiene proyecto alguno de implementación de este Estatuto, ni otro proyecto de cooperación con la Corte Penal Internacional.

3.2. Los elementos de una ley de cooperación en el marco del ordenamiento interno

El Salvador no es parte del Estatuto de Roma, pero sí puede llegar a prestar cooperación y asistencia judicial a la Corte Penal Internacional, conforme a lo dispuesto por el artículo 87, párrafo 5, sección *a*, del ECPI, según el cual la CPI puede invitar a cualquier Estado, que no sea parte de tal estatuto, a prestar la asistencia prevista en su parte IX, basada en un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier manera adecuada. Para ello se requerirá de una normativa interna que regule la colaboración y asistencia con la CPI.

Esa normativa interna deberá adecuarse a las disposiciones establecidas en la parte IX ECPI, referidas a la cooperación internacional y la asistencia judicial, pero también podrá tener como fuente algunos de los tratados bilaterales o multilaterales en materia de extradición y en materia de cooperación y asistencia judicial suscritos y ratificados por El Salvador. Algunas de las disposiciones principales de esa futura normativa especial de cooperación con la CPI serían las que se indican a continuación.

3.2.1. Órgano competente

El órgano competente para recibir la solicitud de entrega de una persona que se encuentre en territorio salvadoreño debe ser el Ministerio de Relaciones Exteriores. El motivo para que este sea el órgano competente se encuentra en el artículo 87, inciso 1, letra *a*, ECPI, según el cual esas solicitudes se transmitirán por la vía diplomática. Otro fundamento es la Convención Interamericana sobre Extradición, de la que El Salvador es parte, según la cual el órgano competente es el respectivo representante diplomático y, a falta de este, los agentes consulares o directamente de gobierno a gobierno. El Ministerio de Relaciones Exteriores, a su vez, tendría que remitir la solicitud a la Corte Suprema de Justicia, ya que, conforme al artículo 183 de la Constitución de la República, este órgano de Estado es el competente para conceder la extradición.

3.2.2. Detención y entrega de personas

La solicitud de detención y entrega deberá formularse por escrito o, en caso de urgencia, por cualquier otro medio que permita dejar constancia escrita, tal como lo establece el inciso 2 del artículo 91 ECPI. La solicitud además deberá reunir los requisitos establecidos en el artículo 91, inciso 3, ECPI.

La detención provisional se realizará en la forma y con los requisitos que establece el artículo 92 ECPI; es decir, la CPI, en casos de urgencia, podrá solicitar la detención provisional de la persona buscada hasta que se presente la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen de conformidad con el artículo 91 ECPI. La petición de detención provisional podrá realizarse por cualquier medio que permita dejar constancia escrita y contendrá los requisitos indicados en el artículo 92, inciso 2, ECPI.

El individuo detenido provisionalmente podrá ser puesto en libertad si el Estado requerido no recibiera la solicitud de entrega y los documentos justificantes dentro del plazo de sesenta días establecidos en la regla 88 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

No obstante, se podría proceder a una entrega simplificada, es decir, entregar el detenido a la Corte tan pronto como sea posible, si el detenido expresa su consentimiento con la entrega antes de que se cumpla el mencionado plazo, siempre que lo

permita el derecho interno del Estado requerido, tal como lo dispone el artículo 92, inciso 3, ECPI.

En el caso de que una persona condenada se evada y huya del Estado de ejecución, este podrá, tras consultar a la Corte, pedir al Estado en que se encuentre que lo entregue o podrá pedir a la Corte que solicite la entrega de conformidad con la parte IX del Estatuto, según lo dispuesto en el artículo 111 ECPI.

3.2.3. Garantías del detenido

Las garantías mínimas que debería contener la normativa especial habrían de ser similares a las que establecen los cuatro tratados en materia de extradición de los que El Salvador es parte. Tales garantías deberían ser:

1. principio de especialidad: a no ser juzgada o sancionada por delito diferente de aquel por el que fue extraditada, sin el consentimiento del Estado que autorizó la extradición;
2. garantía de audiencia: a que las pruebas aportadas por la CPI sean examinadas en audiencia previa por las autoridades judiciales competentes del país requerido, antes de autorizar la entrega de la persona acusada;
3. límite temporal de la detención provisional: a que cese la detención provisional y ser puesto en libertad si después de transcurridos sesenta días el Estado requirente no presenta solicitud formal de extradición acompañada de las pruebas necesarias del delito atribuido.

Acerca del principio de especialidad, deberá tomarse en cuenta que este se encuentra bastante mermado por lo dispuesto en el artículo 101, párrafo 1, ECPI, según el cual quien haya sido entregado a la Corte no será procesado, castigado o detenido por una conducta anterior a su entrega, a menos que esta constituya la base del delito por el cual haya sido entregado. Además, la Corte podrá pedir al Estado que hizo la entrega que la dispense del cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo 1, ante lo cual los Estados partes estarán facultados para dar esa dispensa a la Corte y procurarán hacerlo.

3.2.4. Entrega de personas

El procedimiento de entrega sería tal como se ha expuesto en párrafos precedentes; es decir, la CPI deberá presentar solicitud escrita ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador; el que trasladará la solicitud a la Corte Suprema de Justicia, y este organismo deberá realizar una audiencia con la presencia de la persona cuya entrega se solicita, en la cual hará una revisión de la documentación y las pruebas presentadas con las que se sustenta el pedido de entrega. Este procedimiento no sería necesario en caso de procedimiento simplificado; es decir, si la persona cuya entrega se solicita expresa libremente su consentimiento, siempre y cuando haya sido informada previamente de las consecuencias de ello, tal como lo establece el artículo 92, inciso 3, parte 2, ECPI.

En cuanto a la entrega material del individuo extraditado a la CPI, se podría establecer una disposición similar a la de la Convención Interamericana en materia de Extradición. De este modo, la entrega a la CPI se efectuará en el punto más apropiado de la frontera o en el aeropuerto más adecuado si su traslación hubiera de hacerse por la vía aérea.

En el caso de solicitud concurrente, es decir, que además de la solicitud de la CPI, el Estado salvadoreño reciba solicitud de cualquier otro Estado relativa a la extradición de la misma persona por la misma conducta que constituya la base del crimen en razón del cual la Corte pide la entrega; pero también cuando se pida la extradición de la misma persona por una conducta distinta de la que constituye el crimen en razón del cual la Corte pide la entrega, se deberán aplicar las disposiciones establecidas en el artículo 90 ECPI.

3.2.5. Traslado del detenido o tránsito de la persona que se entrega

Para la autorización del tránsito por territorio salvadoreño de una persona que otro Estado entregue a la CPI, la ley especial de cooperación deberá adoptar las disposiciones establecidas en el artículo 89, inciso 3, ECPI, incluyendo, como lo sugiere José Luis Guzmán en su informe sobre Chile, una disposición que establezca la posibilidad de una detención provisional u otra medida cautelar en caso de un aterrizaje forzoso de la aeronave en que se conduzca el individuo u otra circunstancia que interrumpa el tránsito de la persona entregada si el traslado se hiciera por transporte

terrestre u otro medio de transporte. También se podría adoptar la propuesta de Juan Luis Modolell González, en su informe sobre Venezuela, en el sentido de incluir una disposición similar a la prevista en el artículo 375 de la Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), suscrita por El Salvador, según la cual el tránsito de la persona solicitada, en este caso por la CPI, y sus custodios, “se permitirá mediante la exhibición del ejemplar original o de una copia auténtica del documento que concede la extradición” (en este caso, la entrega a la CPI). De esta manera, el procedimiento de tránsito podría ser más ágil.

3.2.6. Ejecución de las sentencias y órdenes de la CPI

En cuanto a la pena privativa de libertad, en teoría, El Salvador podría ser incluido para la ejecución de esta, siempre que haya manifestado a la CPI su voluntad de recibir personas condenadas, conforme lo dispone el artículo 103, inciso 1, letra *a*, del Estatuto. Sin embargo, en la práctica, considero no conveniente que en este país se ejecute ese tipo de pena, porque es dudoso que las condiciones de reclusión en El Salvador se ajusten a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos, tal como lo establece el artículo 106, inciso 2, dado que el sistema penitenciario salvadoreño adolece de una permanente crisis expresada en la sobrepoblación carcelaria, criminalidad e inseguridad interna, asistencia médica precaria, ausencia o debilidad de programas de reinserción y otras condiciones deplorables.

En consecuencia, tampoco puede cumplir órdenes de reducción de la pena de reclusión, establecida en el artículo 110 ECPI, ni con el traslado de la persona condenada una vez cumplida la pena en los términos que lo establece el artículo 107 del mismo Estatuto.

Lo que sí puede ser incluido en una ley de cooperación es la ejecución de penas de multa y órdenes de decomiso, en la forma que lo establece el artículo 109 ECPI; así como las órdenes de reparación a favor de las víctimas, en los términos establecidos por el inciso 5 del artículo 75 del Estatuto, con relación al artículo 109 ECPI. Incluso se podría cumplir con órdenes de indemnización de una persona condenada por error judicial, siempre que la pena no haya sido de reclusión, como deja entrever el inciso 2 del artículo 85 ECPI.

3.2.7. *Otras formas de asistencia*

Las otras modalidades de cooperación y asistencia con la CPI, que no consistan en detención y entrega de personas, tales como identificación de personas y objetos, práctica de pruebas, realización de interrogatorios, notificación de documentos, colaboración en la comparecencia de testigos, realización de inspecciones oculares y exámenes de cadáveres, práctica de allanamientos y decomisos, transmisión de registros y documentos, preservación de pruebas, protección de testigos, identificación e inmovilización del producto y bienes del crimen, etcétera, establecidos en los artículos 93 y 99 ECPI, podrían ser incluidas en una ley especial de cooperación y asistencia, siempre que se cumplan las disposiciones generales de la legislación nacional e internacional, principalmente que sean ejecutadas por la Fiscalía General de la República, así como la respectiva autorización judicial previa, en el caso de que consistan en diligencias que podrían menoscabar derechos y garantías constitucionales o establecidas en tratados internacionales.

Esa ley especial debería incluir no solo las diligencias o formas de asistencia judicial detalladas por el ECPI, sino ampliarlas a otras que son permitidas por el ordenamiento jurídico interno y por la legislación internacional. Pero no se debería proceder como indica el artículo 93, inciso 1, letra *l*, que dice: “Cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido destinada a facilitar la investigación y enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte”, porque, a la inversa del principio de legalidad que establece que ninguna persona está obligada a privarse de lo que la ley no prohíbe, las funciones y competencias de los órganos de gobierno se sujetan al principio de reserva de ley, según el cual los gobernantes sólo tienen las atribuciones y competencias establecidas por la Constitución y las leyes, tal como lo establece el artículo 86, inciso 1, de la Constitución de la República de El Salvador.

3.2.8. *Procedimientos de consulta ante la CPI*

El artículo 97 ECPI establece que el Estado parte que reciba una solicitud celebrará sin dilación consultas con la Corte si considera que la solicitud le plantea problemas que puedan obstaculizar o impedir su cumplimiento, y entre otros problemas plantea: a) que la información fuese insuficiente para cumplir la solicitud; b) que, en el caso de una

solicitud de entrega, la persona no pudiera ser localizada, pese a los intentos efectuados, o que en la investigación realizada se hubiere determinado claramente que la persona en el Estado de detención no es la indicada en la solicitud; o c) que el cumplimiento de la solicitud en su forma actual obligare al Estado requerido a no cumplir una obligación preexistente en virtud de un tratado con otro Estado.

Para que se cumpla con la celeridad de la consulta a la CPI, indicada en ese artículo, la normativa o ley especial de cooperación y asistencia con la CPI debería establecer que esas consultas las realice directamente la Corte Suprema de Justicia, basada en la información que al respecto le comunique la Fiscalía General de la República o un juzgado competente; no obstante, la Corte Suprema tendrá que enviar copia de esa consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores.

3.2.9. Actuación de funcionarios de la CPI en territorio nacional

De conformidad con el artículo 4, inciso 2, ECPI, la Corte Penal Internacional podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado. A partir de esta disposición, así como del artículo 87, inciso 5, letra *a*, la normativa especial de cooperación con la CPI debería permitir que funcionarios de esa corte realicen prácticas de prueba en forma autónoma, interrogatorios, inspecciones, etcétera, en territorio salvadoreño, aun sin que dicho Estado sea parte del ECPI.

3.2.10. Solicitudes del Estado a la CPI

La normativa o ley especial de cooperación y asistencia judicial con la CPI debería hacer remisión a los artículos 93, inciso 10, y 96, inciso 4, del Estatuto, para la regulación de las posibles solicitudes del Estado salvadoreño a la CPI, aunque no sea un Estado parte. Es decir, si se diera el caso de que El Salvador tuviera a su cargo una investigación o un proceso penal por crímenes en que la CPI fuera competente, la Fiscalía General de la República o el tribunal competente podrían solicitar la colaboración de la Corte, siempre que se trate de las formas de cooperación establecidas en el artículo 93, inciso 1, ECPI y que se cumplan los requisitos indicados en el artículo 96, inciso 2, de ese estatuto.

4. Protección penal de la administración de justicia de la Corte

4.1. Delitos contra la administración de justicia en la legislación interna similares o equiparables a los enunciados en los artículos 70 y 71 ECPI

El título XV de la parte especial del Código Penal (CP) de El Salvador establece los delitos relativos a la administración de justicia. Algunos de ellos son similares o equiparables a determinados delitos establecidos en el artículo 70 del Estatuto de Roma. Tales delitos son:

1. falso testimonio: se encuentra suficientemente tipificado en el artículo 305, párrafo 1, del CP de El Salvador;²³
2. presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o falsificadas: está tipificado en el artículo 305, párrafo 2, del CP salvadoreño, aunque no es tan extenso como lo establece el ECPI, porque se refiere solamente a declaraciones falsas de peritos, intérpretes, traductores y asesores, ante autoridad competente;²⁴
3. corromper a un testigo:²⁵ se encuentra en el artículo 307 bajo la figura de soborno, que en la legislación salvadoreña es más amplia porque se refiere no solo al testigo, sino que se extiende a jurado, abogado, asesor, perito, intérprete o traductor;²⁶
4. destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba: se encuentra tipificado en el artículo 306 como fraude procesal;²⁷

²³ “El que en declaración como testigo ante autoridad competente afirmare una falsedad, negare o callare, en todo o en parte, lo que supiere acerca de los hechos y circunstancias sobre los cuales fuere interrogado, será sancionado con prisión de dos a cinco años.”

²⁴ En la misma sanción incurrirán los peritos, intérpretes, traductores y asesores que actuando como tales ante autoridad, afirmaren una falsedad u omitieren la verdad en sus manifestaciones.

²⁵ No se encuentran tipificados en el Código Penal salvadoreño los delitos de obstrucción o interferencia de la comparecencia o declaración de un testigo, ni tampoco tomar represalias por su declaración.

²⁶ “El que diere, ofreciere o prometiére dinero o cualquier otra ventaja a testigo, jurado, abogado, asesor, perito, intérprete o traductor, con el objeto de lograr una afirmación falsa, o una negación u ocultación de la verdad, en todo o en parte, en una actuación judicial que hubiere de servir en diligencia o proceso, aunque la oferta o promesa no hubiere sido aceptada, será sancionado con prisión de dos a cinco años.”

²⁷ “El que en el curso de un proceso penal o inmediatamente antes de iniciarse, alterare artificiosamente el estado de los lugares o la posición o condición de las personas, de las cosas o de los cadáveres con el fin de engañar en el acto de la inspección o reconstrucción judicial, o suprimiere o alterare en todo o en parte lo que acreditare la realidad o verdad de lo que se pretendiere conocer, investigar o probar, para inducir a error en una actuación o decisión judicial o de la Fiscalía General de la República, será sancionado con prisión de dos a diez años.”

5. solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales: puede asimilarse al delito de prevaricato, establecido en el artículo 310 CP.²⁸

En cuanto a la penalización establecida para estos delitos, son más duras las penas previstas en el CP de El Salvador; primero, porque ninguno de ellos está sancionado con multa, como sí lo están en el ECPI; segundo porque la privación de libertad prevista para la mayoría de estos delitos es igual o mayor que el máximo previsto en el Estatuto de Roma. Así, para el falso testimonio y otras formas de falsedad de pruebas, la sanción es de dos a cinco años de prisión. Igual sanción recae para el delito de soborno. Para el fraude procesal, la pena es de dos a diez años de prisión y para el prevaricato, de tres a seis años de prisión e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo.

Los demás delitos establecidos en el artículo 70 del Estatuto de Roma y las faltas de conducta ante la Corte referidos en el artículo 71 no cuentan con delitos similares o equiparables en la legislación salvadoreña, por lo que esos delitos o faltas tendrían que incorporarse al Código Penal salvadoreño.

4.2. Proyectos de implementación o la ley de implementación o cómo podría ser llevada a cabo una implementación al respecto

No existe un proyecto de ley de implementación de los delitos contra la administración de justicia referidos al funcionamiento de la Corte Penal Internacional. A mi criterio, la mejor forma de implementación de estas disposiciones debería hacerse mediante reformas específicas al Código Penal y al Código Procesal Penal, ya que el artículo 70, párrafo 4, fracción *a*, ECPI, obliga a los Estados partes a extender sus leyes penales internas en lo referido a los delitos contra la administración de justicia estipulados en esa norma, con el objeto de que la CPI pueda encomendar la persecución de estos hechos a un Estado parte, más aun si se toma en cuenta que esta es la única obligación directa de implementación contenida en el Estatuto de Roma. Aunque también podría hacerse como parte de una ley o normativa para la implementación

²⁸ “El juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo.”

del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, tal como lo ha hecho Alemania.²⁹

5. Conclusiones

El Estado salvadoreño se encuentra en deuda con su población y con la humanidad en general, al no ser parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional. El conflicto armado concluido hace más de catorce años, las sistemáticas violaciones a los derechos humanos que se cometieron durante ese período, y la impunidad de los perpetradores de uno y otro bando se siguen utilizando como fantasmas que asustan a quienes cuentan con el poder de decisión política pero temen, por falta de conocimiento real o fingido, que al ser parte de esta Corte Penal Internacional se puedan juzgar los crímenes cometidos durante ese conflicto.

El gobierno actual mantiene una posición ambivalente. Por una parte, cuando se le cuestiona sobre este tema sostiene que su posición oficial es la de procurar la adhesión al Estatuto y que para ello solamente está a la espera de una consulta remitida hace tres años a la Asamblea Legislativa, para superar las contradicciones de algunas disposiciones del ECPI con la Constitución salvadoreña. De esta manera, la falta de voluntad para formar parte del Estatuto es desplazada desde el Ejecutivo hacia el Poder Legislativo. Por otra parte, no da muestras de una promoción efectiva a favor del ECPI, pero sí toma decisiones que son contrarias o por lo menos contraproducentes a este, como la firma del tratado bilateral con Estados Unidos para evitar el traslado de los nacionales de ese país a la Corte Penal Internacional o a un Estado parte del Estatuto de Roma.

Hay algunas señales positivas, como es la designación de un equipo relevante de funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores para dar seguimiento a la labor de la Comisión ad hoc creada en 1998 y para participar como observadores en las Asambleas de los Estados partes del ECPI, así como también la existencia de un equipo de estudio, dentro de ese ministerio, sobre las leyes u otras alternativas de implementación del Estatuto, todo con miras a estar preparados para una futura adhesión del país al ECPI.

²⁹ Cf. Kai Ambos, *La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania*, traducción del alemán de Pablo Galain Palermo y Oliver Büchl (versión inédita).

Ese importante propósito de crear previamente condiciones favorables para la posible entrada en vigencia del Estatuto de Roma se ve impedido por la falta de respuesta por parte del Legislativo a la consulta del Ejecutivo sobre la viabilidad de una sola reforma constitucional que indique que no se considerarán inconstitucionales las diferencias normativas entre el Estatuto y la Constitución salvadoreña.

Esa falta de respuesta del Legislativo, y su consecuente incertidumbre sobre las posibles inconstitucionalidades, se esgrime como la razón que impide, entre otras cosas, preparar procedimientos, proyectos de ley u otros mecanismos que permitan la colaboración con la CPI, aun sin ser parte del Estatuto de Roma, tal como está previsto en el artículo 87 ECPI, porque se teme que cualquier proyecto o medida de preparación pueda ser calificado de inconstitucional.

El Salvador no es parte del Estatuto de Roma; sin embargo, de conformidad con el artículo 87, párrafo 5, sección *a*, del Estatuto, esto no impide la posibilidad de que el Estado salvadoreño pueda colaborar con la Corte Penal Internacional, siempre que aceptara una invitación o exhortación de la Corte a prestar la asistencia prevista en la parte IX ECPI, mediante un arreglo especial, un acuerdo con la CPI u otra modalidad permitida por el derecho internacional. Asimismo, tarde o temprano El Salvador puede llegar a superar las objeciones al Estatuto de Roma y adherirse a él. En ambas circunstancias, requerirá de una normativa interna para prestar la debida cooperación a la Corte Penal Internacional. Esa normativa interna podría tener como base la parte IX ECPI, las Reglas de Procedimiento y Prueba de este, y algunos instrumentos internacionales o bilaterales vigentes de los que El Salvador es parte, tal como se expuso en párrafos anteriores.

Tampoco se cuenta con una ley o proyecto de ley de implementación de los delitos contra la administración de justicia referidos al funcionamiento de la Corte Penal Internacional. Para ello, El Salvador tendría dos opciones: reformas específicas al Código Penal y al Código Procesal Penal o hacerlo como parte de una ley para la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, tal como lo ha hecho Alemania. Lo que sí está claro es que en esto, una vez ratificado o adherido el Estatuto, no existe una opción cero, puesto que el artículo 70, párrafo 4, sección *a*, ECPI, obliga a los Estados partes a extender sus leyes penales internas en lo referido a los delitos contra la administración de justicia, estipulados en esa norma, y esta es la única obligación directa de implementación contenida en el Estatuto de Roma.

1 ● Proceso de ratificación e implementación del Estatuto de Roma en España

El 4 de octubre de 2000, la Ley Orgánica 6/2000, por la que se autoriza al gobierno español el Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI/Corte), fue aprobada de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Española (CE).¹ Días después, el 25 de octubre de 2000, el instrumento de ratificación del ER fue depositado con el secretario general de las Naciones Unidas, con lo que España pasó a convertirse en el Estado miembro número veintidós del ER.²

El artículo 96 CE establece un sistema monista en relación con la recepción en el ordenamiento jurídico español de los tratados internacionales concluidos por España,

* Las opiniones expresadas en este artículo pertenecen al autor y no reflejan necesariamente aquellas de la Corte Penal Internacional, de las Naciones Unidas o del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, o del gobierno español.

¹ J. A. Yáñez Barnuevo y A. Roldán, "Spain and the Rome Statute of the International Criminal Court", en C. Kress, F. Lattanzi (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders: General Aspects and Constitutional Issues*, Ripa di Fagnano – Alto Baden Baden, vol. I, 2003, pp. 201-203.

² El instrumento de ratificación contenía la siguiente declaración a los efectos del artículo 103.1.b ER, la cual había sido autorizada por la disposición adicional de la Ley Orgánica 6/2000: "España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española".

Además, en el momento de depositar el instrumento de ratificación, España realizó también la siguiente declaración adicional: "En relación con el párrafo 1º del artículo 87 del Estatuto, el Reino de España declara que, sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Asuntos Exteriores, el Ministerio de Justicia será la autoridad competente para tramitar las solicitudes de cooperación que formule la Corte y aquellas que se dirigieren a la Corte. En relación con el párrafo 2 del artículo 87 del Estatuto, el Reino de España declara que las solicitudes de cooperación que le dirija la Corte y los documentos que las justifiquen deberán estar redactados en español o acompañados de una traducción al español".

que solo requiere la publicación del tratado de que se trate en el Boletín Oficial del Estado. El ER fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 27 de mayo de 2002,³ de manera que a partir de su entrada en vigor el 1.º de julio de 2002 ha formado parte en su integridad del ordenamiento jurídico español y las autoridades administrativas y judiciales españolas han estado obligadas a utilizar aquellas disposiciones del ER que son lo suficientemente específicas como para ser aplicadas directamente (disposiciones autoejecutivas). Además, debido al lugar de privilegio que, conforme al artículo 96 CE, las disposiciones recogidas en los tratados internacionales de los que España es parte ocupan en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico español, ninguna ley posterior puede derogar, modificar o suspender disposición alguna del ER a no ser que España lo denuncie previamente, de acuerdo con lo dispuesto en las cláusulas finales del propio ER.⁴

Ciertos instrumentos legislativos suplementarios del ER, y en particular las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) y el Acuerdo de Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional (APIC), son también relevantes en relación con el procedimiento que los Estados partes han de seguir en cumplimiento de sus obligaciones de cooperación con la Corte.

Las RPP entraron en vigor tras su adopción por unanimidad por la Asamblea de los Estados partes celebrada en Nueva York entre el 3 y el 10 de septiembre de 2002.⁵ Sin embargo, a pesar de que la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 18/2003 de 10 de diciembre de 2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (LOCCPI) afirma con buen sentido que “las Reglas de Procedimiento y Prueba así como sus enmiendas se publicarán en el ‘Boletín Oficial del Estado’”, dicha publicación no se ha producido todavía a la fecha de conclusión del presente artículo. Por lo tanto, de acuerdo con la legislación española, las RPP no forman parte todavía del ordenamiento jurídico español y las autoridades administrativas y judiciales españolas no se encuentran obligadas a aplicar directamente sus disposiciones autoejecutivas.

El 21 de abril de 2003, España firmó el APIC, que había sido elaborado entre 1999 y 2002 por la Comisión Preparatoria y que se abrió a la firma de los Estados el

³ Artículo 126.1 ER.

⁴ A. Yáñez Barnuevo y A. Roldán, *supra* nota 1, p. 203.

⁵ El artículo 51 ER requiere una mayoría de dos tercios.

10 de septiembre de 2002. Sin embargo, a pesar de su entrada en vigor el 22 de julio de 2004,⁶ España no lo ha ratificado todavía.

Conviene también subrayar que la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de 2003, que modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, implementa las disposiciones del ER relativas a los delitos y a los principios generales de derecho penal recogidos en el ER.

Por su parte, la LOCCPI regula los órganos competentes y el procedimiento a seguir en materia de cooperación entre España y la Corte,⁷ y reafirma la siguiente jerarquía normativa:⁸ i) el ER;⁹ ii) sus instrumentos legislativos suplementarios, y en particular las RPP;¹⁰ iii) los acuerdos específicos de cooperación que España pueda firmar con la Corte en materias tales como la ejecución de sentencias;¹¹ iv) la LOCCPI; y v) las leyes orgánicas y procesales de aplicación general en el ordenamiento jurídico español.¹²

La LOCCPI sigue en la medida de lo posible la estructura de las leyes orgánicas 15/1994 de 1.º de junio de 1994 y 4/1998 de 1.º de julio de 1998 de cooperación con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).¹³ Además, en su redacción, el legislador español ha intentado evitar repeticiones, teniendo en cuenta la naturaleza autoejecutiva de numerosas disposiciones recogidas en el ER y en las RPP.¹⁴

⁶ Conforme al artículo 35.1 APIC, el APIC entró en vigor treinta días después de que Canadá depositó su instrumento de ratificación con el secretario general de las Naciones Unidas, el 22 junio de 2004.

⁷ Artículo 1 LOCCPI.

⁸ Ídem.

⁹ Tras la ratificación por España del ER, su entrada en vigor y su publicación en el Boletín Oficial del Estado, aquellas disposiciones en materia de cooperación entre España y la Corte cuyo contenido es lo suficientemente específico (disposiciones autoejecutivas) son directamente aplicables por los órganos judiciales y administrativos españoles. De ahí que el artículo 1 LOCCPI afirme que, de acuerdo con la CE, las disposiciones autoejecutivas contenidas en el ER en materia de cooperación constituyen la primera fuente normativa en la regulación del régimen de cooperación de España con la Corte.

¹⁰ Los instrumentos legislativos que suplementen el ER en materia de cooperación de España con la Corte, y en particular las RPP, constituirán una vez publicados en el BOE, la segunda fuente normativa del régimen de cooperación de España con la Corte.

¹¹ Estos acuerdos solo se incorporarán al ordenamiento jurídico español tras su ratificación por España, su entrada en vigor y su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

¹² Artículo 1 LOCCPI.

¹³ Preámbulo LOCCPI. Véase también J. A. Yáñez Barnuevo, A. Roldán, o. cit., *supra* nota 1, p. 205.

¹⁴ Sin embargo, una parte de la doctrina española sostiene que hubiera sido preferible elaborar un texto comprensivo que hubiese integrado todas las disposiciones que los órganos nacionales competentes deben tener en cuenta al ejecutar las solicitudes de cooperación de la Corte. En opinión de estos autores, esta última opción presenta importantes ventajas debido a: i) la complejidad del régimen de cooperación previsto en el ER y en las RPP; ii) el número de disposiciones autoejecutivas existentes en ambos textos; iii) el hecho de que las RPP no han sido publicadas todavía en el Boletín Oficial del Estado; iv) la multiplicidad de fuentes que hay que tener en consideración para la interpretación y aplicación de la LOCCPI; y v) la falta de costumbre de las autoridades judiciales y administrativas españolas a la hora de aplicar la normativa derivada de los tratados internacionales,

2. Remisión de situaciones y comunicaciones a la Corte y principio de complementariedad

2.1. La inversión del principio de complementariedad en relación con los delitos recogidos en el ER presuntamente cometidos por no españoles fuera de territorio español

El funcionamiento práctico del principio de complementariedad fue una de las cuestiones que acapararon mayor atención durante el proceso parlamentario en España que concluyó con la aprobación de la LOCCPI. El debate parlamentario tuvo siempre como referente la interpretación que el Tribunal Supremo español había realizado en sus sentencias más recientes del artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1.º de julio, del Poder Judicial (LOPJ),¹⁵ que recoge el principio de justicia universal.¹⁶

particularmente en material procesal penal. Véase a este respecto, L. Bujosa Vadell, *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, La Ley, 2006 (en prensa), sección 1, pp. 36 y 37.

¹⁵ A pesar de las interpretaciones más amplias previamente adoptadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (véase por ejemplo los autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre de 1998), la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003 (STS de 20 de mayo de 2003) introduce el criterio de la necesidad de la intervención de los órganos de la jurisdicción española como presupuesto para la actuación con base en el principio de justicia universal. Conforme a este presupuesto, el querellante debe mostrar la existencia de indicios serios y razonables de que los hechos incluidos en su querrela no han sido perseguidos penalmente de manera efectiva con anterioridad al momento de presentación de la querrela por los órganos competentes del Estado territorial. Además, las razones a que esta situación se haya podido deber no tienen relevancia alguna cara a la concurrencia de dicho presupuesto. Véase la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 712/2003, de 20 de mayo de 2003, fundamento jurídico sexto.

El querellante, sin embargo, no necesita ir más allá de mostrar indicios serios y razonables, sin que, por lo tanto, le sea exigible (tal y como la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 (STS de 25 de febrero de 2003) parecía requerir en un primer momento a través del llamado principio de subsidiariedad de la jurisdicción española) el tener que convencer al órgano competente de la jurisdicción española de la inactividad o de la ineficacia de las actuaciones desarrolladas en el Estado territorial. A juicio de la STS de 20 de mayo de 2003, esta última exigencia supondría imponer al querellante una carga insuperable en la fase inicial de las actuaciones, lo que resultaría en que los órganos jurisdiccionales españoles se verían impedidos de hecho de actuar con base en el principio de justicia universal. Además, la STS de 20 de mayo de 2003 se aparta también de la STS de 25 de febrero de 2003, en cuanto considera contrario a la propia naturaleza del principio de justicia universal la exigencia de la concurrencia de uno de los dos siguientes criterios alternativos para que los órganos jurisdiccionales españoles puedan actuar con base en el principio de justicia universal: i) que la persona imputada se encuentre en territorio español y España decida no extraditarla a ninguno de los Estados que de acuerdo con el tratado correspondiente podrían ejercer su jurisdicción sobre los delitos que se le imputan; o b) que haya una conexión entre los hechos imputados y los intereses nacionales españoles. Véase, a este respecto, el fundamento jurídico sexto de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 712/2003 de 20 de mayo de 2003, en relación con el fundamento jurídico sexto de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 327/2003, de 25 de febrero de 2003.

Con posterioridad al debate parlamentario que concluyó con la aprobación de la LOCCPI, la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 ha rechazado la doctrina contenida en la STS de 25 de febrero de 2003, tanto en lo que se refiere al alcance de la prueba de la inactividad o ineficacia de las actuaciones desarrolladas en el Estado territorial, como en lo que se refiere a la imposibilidad de actuar con base en el principio de justicia universal a falta de un segundo vínculo de conexión entre los hechos o la persona imputada y la jurisdicción española (ya sea la custodia de la persona, ya sea la afectación de los intereses nacionales españoles). Además, en opinión del autor, el Tribunal Constitucional ha reafirmado de

El debate parlamentario se centró en el artículo 7.2 del proyecto de LOCCPI que instruía a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a los departamentos ministeriales para que se abstuviesen de actuar cuando les fuera comunicada la *notitia criminis* o cuando se les presentara una petición administrativa en relación con delitos previstos en el ER cometidos por no españoles fuera de España. El órgano afectado debería, por lo tanto, limitarse a informar a las personas físicas o jurídicas que hubieren presentado la denuncia o solicitud de la posibilidad de presentarla directamente ante la Fiscalía de la Corte, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13.c y 15 ER. Además, el artículo 7.2 del proyecto de LOCCPI prohibía también a los órganos judiciales y a los miembros del Ministerio Fiscal que actuasen de oficio cuando tuvieran conocimiento de la posible comisión de alguno de los delitos previstos en el ER por no españoles fuera de territorio español.¹⁷

Durante el debate parlamentario, algunos apuntaron que este proyecto restringía el alcance del principio de justicia universal tal y como se recoge en el artículo 23.4 LOPJ, puesto que impediría su aplicación en relación con los delitos previstos en el ER. Como resultado, paradójicamente, la creación de la Corte supondría el principio del fin del principio de justicia universal en España.¹⁸

Otros, apoyados por una parte importante de la doctrina,¹⁹ afirmaron que esta propuesta no se encontraba en línea con el objeto y la finalidad de la creación de una

manera implícita el criterio de la necesidad de la intervención de los órganos de la jurisdicción española como presupuesto para la actuación con base en el principio de justicia universal. Véase sentencia del Tribunal Constitucional 230/2005, de 26 de septiembre de 2005, fundamentos jurídicos 6 a 9.

¹⁶ El artículo 23.4 LOPJ dispone lo siguiente:

“Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los relativos a la prostitución.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

¹⁷ El proyecto de LOCCPI preveía, sin embargo, una excepción en la aplicación de su artículo 7.2 cuando pudiese afectar: i) a la jurisdicción de los órganos de la jurisdicción militar española sobre acciones u omisiones cometidas por las tropas nacionales fuera de España; o ii) al ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los órganos judiciales españoles que acompañan a las tropas españolas fuera de España. Esta excepción fue finalmente incluida en el párrafo segundo de la tercera disposición adicional de la LOCCPI.

¹⁸ Enmienda núm. 1 a la LOCCPI, presentada por B. Lasagabáster del Grupo Parlamentario Mixto.

¹⁹ Véanse entre otros, L. Bujosa Vadell, I., o. cit., *supra* nota 14, sección 2.5, pp. 97-102; M. P. Pozo Serrano, “Medidas nacionales adoptadas para la ratificación y la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Un balance provisional”, en *Anuario de Derecho Internacional*, 2003, pp. 299-346 y 345; y J. Pueyo Losa, “Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional”, en Álvarez González, Remacha y Tejada (coords.), *Cooperación jurídica internacional*, Madrid, 2001, pp. 141-203 y 145.

Corte Penal Internacional informada por el principio de complementariedad. Para quienes se encontraban en este segundo grupo, la Corte no sustituye a ninguno de los mecanismos existentes (ya sean de carácter nacional o internacional) para luchar contra la impunidad en relación con los delitos que más gravemente menoscaban los valores superiores de la comunidad internacional. Por el contrario, la Corte constituye un mecanismo adicional que incentiva a las jurisdicciones nacionales para que los mecanismos existentes para la investigación y enjuiciamiento de este tipo de delitos en el nivel nacional sean más efectivos. Por ello, la Corte solo actúa directamente cuando las jurisdicciones nacionales, a pesar de los incentivos recogidos en el ER, permanecen inactivas o no tienen la disposición o la capacidad para afrontar la lucha contra la impunidad. De esta manera, la creación de la Corte no podía ser utilizada como una excusa para limitar el alcance de algunos de los mecanismos existentes en la ley española para la investigación y enjuiciamiento de los delitos previstos en el ER. Más bien al contrario, la creación de la Corte debería promover su ejercicio más efectivo.

Sin embargo, la gran mayoría de los parlamentarios españoles, junto con una parte de la doctrina,²⁰ entendían que la primacía formal de la jurisdicción española tal y como se deriva del principio de complementariedad se encuentra limitada a los delitos cometidos en el territorio español o por españoles en el extranjero.²¹ Como resultado, el artículo 7.2 del proyecto de LOCCPI fue aprobado con la inclusión de un párrafo adicional que permitía a los órganos judiciales competentes y al Ministerio Fiscal adoptar las medidas cautelares urgentísimas que fueran necesarias para, entre otras cosas, evitar la pérdida de la prueba.

Además, se introdujo el artículo 7.3 LOCCPI para permitir que las denuncias o solicitudes inicialmente presentadas ante los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal o los departamentos ministeriales españoles puedan ser nuevamente presentadas ante estos y, esta vez sí, tramitadas cuando la Corte se abstenga de actuar, ya sea porque la Fiscalía decida no iniciar una investigación sobre la situación a la que refieren las denuncias o solicitudes de que se trate o porque se produce una declaración de inadmisibilidad. Con ello se aseguraba la posibilidad de aplicar el principio de justicia

²⁰ A. Sánchez Legido, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Valencia, 2004, p. 394; y F. Lattanzi, "Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des états", en *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, pp. 425-444 y pp. 430-431.

²¹ L. Bujosa Vadell, o. cit., *supra* nota 14, sección 2.5, p. 100.

universal en relación con delitos previstos en el ER, si bien solo después de que la Corte hubiera decidido abstenerse.

A pesar de las mejoras resultantes del debate parlamentario, y al margen de ciertos problemas técnicos apuntados por Bujosa Vadell,²² el autor tiende a compartir la posición de aquellos que consideran que los párrafos segundo y tercero del artículo 7 LOCCPI invierten el contenido de la relación entre la Corte y las jurisdicciones nacionales, tal y como se define por el principio de complementariedad. En opinión del autor, la prohibición de actuar impuesta a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a los departamentos ministeriales, así como la obligación de informar a los denunciantes o solicitantes de la posibilidad de transmitir la *notitia criminis* a la Fiscalía de la Corte, tiene su origen en una visión de la Corte como sustituto de la jurisdicción española en la persecución penal de los delitos cometidos por no españoles fuera de España.²³

Además, el artículo 7.2 LOCCPI parece haber sido redactado en el entendimiento de que, conforme al ER, la Corte puede abrir directamente una investigación sobre un caso concreto (es decir, contra un individuo determinado en relación con uno o varios incidentes específicos). Sin embargo, esta presunción no se corresponde con la distinción entre situaciones y casos recogida en el ER, ni con el hecho de que situaciones de crisis (y no casos) sean el objeto del proceso de activación y de la fase de investigación de una situación que antecede al inicio del proceso penal ante la Corte mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia.²⁴ Como resultado, es más que probable que el siguiente escenario se produzca:

1. una primera denuncia o solicitud administrativa será presentada ante los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal o los departamentos ministeriales españoles;
2. el órgano ante el que se presenta la denuncia o solicitud informará al denunciante o solicitante de la posibilidad de comunicar la *notitia criminis* ante la Fiscalía de la Corte;

²² *Ibidem*, pp. 96-98.

²³ Incluso si el legislador español ha basado su elección en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español que establece la necesidad de intervención de la jurisdicción española como presupuesto para la aplicación del principio de justicia universal, el legislador español no parece haber dado la importancia suficiente a la distinción entre lo que constituye, por un lado, una jurisdicción de *ultima ratio* como aquella de la Corte y, por otro lado, el principio de que las jurisdicciones nacionales de los Estados en cuyo territorio se cometen los crímenes más graves para la comunidad internacional tienen una responsabilidad primaria en su investigación y enjuiciamiento.

²⁴ H. Olásulo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, Valencia, 2003, pp. 105 y ss.

3. el denunciante o solicitante enviará una nueva denuncia a la Fiscalía de la Corte conforme al artículo 15.1 ER;
4. la Fiscalía de la Corte, conforme al artículo 15.2 ER, procederá durante meses o incluso años al examen preliminar de la situación de crisis en el contexto de la cual se hayan cometido los hechos denunciados;
5. tras el examen preliminar de la situación en su conjunto, la Fiscalía de la Corte, dada la limitación de recursos materiales y a no ser que la gravedad de los delitos cometidos de manera sistemática o generalizada en la situación de que se trate así lo requiera, decidirá no solicitar la autorización de la SCP para iniciar una investigación sobre dicha situación;
6. la Fiscalía de la Corte procederá, conforme al artículo 15.6 ER, a informar al denunciante o solicitante de su decisión de no pedir la autorización de la SCP para iniciar una investigación sobre la situación de que se trate; y
7. el denunciante o solicitante no tendrá más remedio que acudir de nuevo, años más tarde, a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal o a los departamentos ministeriales españoles, que en esta ocasión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.3 ER, sí podrán proceder a tramitar la denuncia o la solicitud y, por lo tanto, a investigar los hechos denunciados.

En consecuencia, en opinión del autor, la inversión del principio de complementariedad y la falta de cuidado en ajustar la LOCCPI a la distinción entre situaciones y casos provocará que sean los mismos órganos judiciales españoles (o el Ministerio Fiscal) que tuvieron que abstenerse al recibir la primera denuncia los que en última instancia deberán investigar y enjuiciar los hechos imputados en aplicación del principio de justicia universal previsto en el artículo 23.4 LOPJ. Ni que decir tiene que esta regulación pone gravemente en peligro la eficacia de los sumarios instruidos años después de la presentación por primera vez de la denuncia.

Pero todavía son más graves aquellos casos en los que órganos judiciales españoles o el Ministerio Fiscal tienen conocimiento de oficio de la presunta comisión por no españoles fuera del territorio español de delitos previstos en el ER. En estos casos, el artículo 7.2 LOCCPI les prohíbe practicar de oficio con base en el principio de justicia universal las diligencias de investigación necesarias para la comprobación del carácter delictivo de los hechos y la determinación de sus presuntos responsables.

Además, en tanto en cuanto la LOCCPI no legitima a los órganos judiciales españoles ni al Ministerio Fiscal a transmitir a la Fiscalía de la Corte la *notitia criminis* de estos delitos, aquellos deberán permanecer impasibles ante el conocimiento de tales delitos. Y esto a pesar de que, según lo previsto en los artículos 105 y 299 y siguientes, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (LECrim), el principio de legalidad, y no el de oportunidad (ya sea esta pura o reglada), es el que informa la práctica de diligencias de investigación.

2.2. Remisión de una situación de crisis a la Fiscalía de la Corte por el Estado español y solicitud de revisión de la decisión de la Fiscalía de la Corte de no proceder a su investigación

El preámbulo de la LOCCPI señala que uno de sus objetivos es regular de manera particularmente cuidadosa el procedimiento para la remisión por las autoridades españolas de situaciones de crisis a la Corte conforme a los artículos 13.a y 14 ER.

El artículo 7.1 LOCCPI regula esta materia mediante la atribución al gobierno español (acuerdo del Consejo de Ministros), en cuanto órgano constitucionalmente responsable de la política exterior española,²⁵ de la potestad última para decidir sobre la remisión de una situación de crisis a la Corte, de manera que puedan valorarse adecuadamente las implicaciones que en la política exterior del Estado pueda tener esa remisión.

La competencia para proponer ante el Consejo de Ministros la remisión de una situación a la Corte se atribuye conjuntamente a los ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores. El mismo procedimiento debe ser seguido en caso de que se pretenda solicitar a la SCP, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53.3.a ER, que revise la decisión de la Fiscalía de la Corte de no proceder a la investigación de una situación remitida por España o de poner fin a la investigación de dicha situación sin proceder a enjuiciamiento alguno.²⁶

Un sector de la doctrina española ha mostrado su preocupación con el artículo 7.1 LOCCPI puesto que deja exclusivamente en manos del Ejecutivo la propuesta y decisión sobre la remisión de situaciones de crisis a la Corte y sobre la presentación de

²⁵ Art. 97 CE.

²⁶ Art. 7.1 LOCCPI.

solicitudes de revisión de las decisiones de la Fiscalía de la Corte de no investigar o de finalizar una investigación sin iniciar enjuiciamiento alguno.²⁷

En opinión del autor, el proceso debiera haber incluido también el dictamen consultivo del Consejo General del Poder Judicial para así dar entrada a otras consideraciones al margen de las meramente políticas, puesto que algunos de los presupuestos para la activación de la jurisdicción latente de la Corte con respecto a una determinada situación de crisis consisten en la existencia de indicios razonables de criminalidad y en la admisibilidad de esa situación.²⁸

Sin embargo, parece adecuado que el legislador haya optado por atribuir al Consejo de Ministros la decisión última sobre la remisión de una situación de crisis a la Corte. Así, en primer lugar, conforme a los artículos 13.a y 14 ER, el objeto de la remisión son situaciones de crisis definidas por criterios territoriales, temporales o personales.²⁹ En segundo lugar, la remisión de una situación automáticamente inicia el procedimiento de activación para determinar si se activa o no la jurisdicción latente de la Corte en relación con la situación de crisis remitida y, por lo tanto, si la Corte inicia o no una investigación sobre delitos presuntamente cometidos en esta.³⁰ Finalmente, mediante la remisión prevista en los artículos 13.a y 14 ER, el Estado español se convertiría en parte activa del proceso de activación ante la Corte, y los Estados afectados por el conflicto o situación remitida por España se convertirían muy probablemente en partes pasivas de ese proceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18.2 ER. Como resultado, en opinión del autor, la remisión de una situación conforme a los artículos 13.a y 14 ER tiene mayores implicaciones para la política exterior española que las que hipotéticamente podría tener la transmisión a la Corte de una denuncia en su sentido tradicional.

²⁷ Véase entre otros L. Bujosa Vadell, o. cit., *supra* nota 14, sección 4.3, pp. 183-184.

²⁸ H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 40 y 41.

²⁹ H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde investigar?...*, o. cit., *supra* nota 24, p. 106.

³⁰ *Ibidem*, pp. 107 y 391-403.

3. Cuestiones generales sobre el régimen de cooperación de España con la Corte

Varias son las cuestiones de carácter general que suscita el régimen de cooperación de España con la Corte. Entre ellas conviene subrayar en primer lugar la relativa al impacto de este régimen en la distinción en el ordenamiento jurídico español entre la jurisdicción militar y la jurisdicción ordinaria.³¹ El párrafo primero de la disposición adicional primera de la LOCCPI regula esta cuestión al establecer que, cuando de acuerdo con lo previsto en las leyes españolas de aplicación general,³² la ejecución de una solicitud de cooperación de la Corte corresponda a la jurisdicción militar, las referencias contenidas en la LOCCPI al Juzgado Central de Instrucción, a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al Ministerio Fiscal y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se entenderán realizadas al Juzgado Togado Militar Central Decano, al Tribunal Militar Central, al Fiscal Jurídico Militar y al Juez Togado Militar de Vigilancia Penitenciaria. Igualmente, si bien la LOCCPI no lo recoge expresamente, la ejecución de esas solicitudes de cooperación, en tanto en cuanto no se encuentre expresamente regulada por LOCCPI, se llevará a cabo conforme a lo previsto en las normas procesales de la jurisdicción militar, y en particular en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril de 1989, sobre el proceso penal en la jurisdicción militar.

Por otra parte, la LOCCPI convierte al Ministerio de Justicia en el órgano de relación entre la Corte y las autoridades judiciales y el Ministerio Público español. Por lo tanto, todas las peticiones de cooperación de la Corte deberán dirigirse al Ministerio de Justicia.³³ La designación del Ministerio de Justicia como órgano de

³¹ Artículo 117.5 CE.

³² Principalmente la Ley Orgánica 4/1987, de 15 julio de 1987, sobre la competencia y organización de la jurisdicción militar.

³³ Artículo 6.1 LOCCPI, que elabora la declaración realizada por España conforme al artículo 87.1 ER al depositar su instrumento de ratificación. Este modelo sigue el recogido en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Cooperación con el TPIY y en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Cooperación con el TPIR.

Sin embargo, el artículo 6 LOCCPI deja abierta la posibilidad de que el Ministerio de Asuntos Exteriores pueda actuar como órgano de relación en el marco de las consultas que puedan efectuarse con la Corte sobre cuestiones que puedan afectar a la política exterior española. Así, si bien el Ministerio de Justicia se configura como el órgano competente para mantener consultas con la Corte, aquel, antes de comenzar cualquier consulta con la Corte, debe informar al Ministerio de Asuntos Exteriores del contenido de dichas consultas. Además, si este último considera que las consultas incluyen aspectos que afectan a la política exterior española, el propio Ministerio de Asuntos Exteriores se convierte en el órgano competente para llevar a cabo esas consultas con la CPI. Por otra parte, el artículo 6.2 LOCCPI exige también que cuando las consultas puedan afectar a asuntos de competencia de otros Ministerios se asegure una adecuada coordinación con estos últimos en el marco del proceso de consulta con la Corte. En este sentido, esa disposición se refiere expresamente a la coordinación entre los ministerios de Justicia, de Asuntos Exteriores, de Defensa y de Interior.

relación con la Corte constituye un paso adelante en relación con el conducto diplomático previsto en el artículo 10 de la Ley de Extradición Pasiva de 1985 (LEP). Sin embargo, no permite la relación directa entre las autoridades judiciales españolas y la Corte tal y como ocurre en relación entre aquellas y las autoridades judiciales europeas en la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega. Así, conforme a este último modelo, la Audiencia Nacional, en lugar del Ministerio de Justicia, se configura como el órgano de relación con las autoridades judiciales europeas de que se trate.³⁴

Aunque, como el Consejo de Estado español ha señalado, la Corte actúa en un contexto internacional más amplio con connotaciones significativamente diferentes de aquel en el que se emiten y ejecutan las órdenes de arresto y entrega europeas,³⁵ era de esperar que la LOCCPI hubiera apostado por un sistema de cooperación más integrado que hubiera permitido una relación directa entre la Corte y los órganos judiciales españoles. Esta expectativa, que al final no se ha visto cumplida, tenía su fundamento en la aspiración de universalidad del ER, la limitación de la jurisdicción de la Corte a los delitos que más gravemente afectan a los valores superiores de la comunidad internacional y la complejidad procesal del ER.³⁶

Finalmente, con respecto a la cuestión de los idiomas, valga señalar que todas las solicitudes de cooperación de la Corte, y su correspondiente documentación suplementaria, deben redactarse en español o, al menos, deben acompañarse de una copia en español.³⁷

³⁴ Artículo 2 de la Ley Orgánica 3/2003, de 14 de marzo de 2003, sobre la orden de detención y entrega europea.

³⁵ Consejo de Estado, dictamen 639/2003, de 12 de junio de 2003, pp. 10-11.

³⁶ En el mismo sentido, L. Bujosa Vadell, o. cit., *supra* nota 14, sección 3.3.2, pp. 122-125.

³⁷ Véase la declaración hecha por España conforme al artículo 87.2 ER en el momento de depositar su instrumento de ratificación.

4 • Detención y entrega

4.1. Detención de personas buscadas por la Corte

4.1.1. Ejecución de las órdenes de detención emitidas por la Corte

Cualquier solicitud de cooperación de la Corte para la detención y entrega de una persona, o para su detención provisional, debe incluir la información y documentación requerida por los artículos 89, 91 y 92 ER³⁸ y debe dirigirse al Ministerio de Justicia.³⁹ La LOCCPI no establece el procedimiento a seguir una vez que el Ministerio de Justicia recibe una solicitud de este tipo. Surge de esta manera la cuestión de si debería enviarse al juez central de instrucción a los efectos de que dicte una orden de detención contra la persona contra la que se dirige la solicitud de la Corte o si, por el contrario, debería enviarse directamente al Ministerio de Interior para que la Policía proceda a la detención lo antes posible.

En opinión del autor, el envío de la solicitud de la Corte al Juez Central de Instrucción incrementaría las garantías en su ejecución para la persona buscada. Sin embargo, es preciso tener también en consideración argumentos como los dados por Bujosa Vadell,⁴⁰ quien subraya que toda solicitud de la Corte debe fundamentarse en una orden de detención dictada por la Sala competente de la Corte y que, por lo tanto, sería conveniente enviar directamente la solicitud al Ministerio del Interior para evitar la fuga de la persona buscada.

La autoridad que lleva a cabo la detención debe comunicar este hecho inmediatamente al Ministerio de Justicia y al juez central de instrucción.⁴¹ Además, el artículo 11.1 *in fine* LOCCPI, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59.2 ER, impone a la autoridad que efectúa la detención el deber de poner a la persona buscada a disposición del Juez Central de Instrucción sin retraso y nunca más tarde de las 72 horas siguientes.⁴²

³⁸ La LOCCPI no añade nada respecto de la información y documentación requerida por los artículos 89, 91 y 92 ER.

³⁹ Finalmente, en relación con la entrega de personas para la ejecución de penas privativas de libertad, las continuas referencias de los artículos 15 y 17 LOCCPI a los requisitos previstos en los artículos 91.2 o 91.3 ER dejan claro que el procedimiento de entrega arriba descrito es también aplicable a las solicitudes de detención y entrega de personas que hayan sido previamente condenadas por la Corte.

⁴⁰ L. Bujosa Vadell, o. cit., *supra* nota 14, sección 5.2.2.E, p. 297.

⁴¹ Art. 11.1 LOCCPI.

⁴² En cuanto *lex specialis*, el artículo 11.1 LOCCPI hace inaplicable la extensión de 48 horas prevista en el artículo 520 bis LECr. Como la detención se habrá ejecutado sobre la base de una orden de detención de la Corte que describa los delitos

Desde el momento en que la persona buscada es arrestada, los derechos y garantías procesales previstos en el artículo 55 ER y en la regla 117 RPP son plenamente aplicables. Conforme al artículo 89.1 ER, tales derechos y garantías serán completados por aquellos previstos en el artículo 520 LECr, que también son aplicables desde el momento en que se efectúa la detención. Además, la autoridad que realiza la detención debe informar inmediatamente a la persona buscada de los delitos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos recogidos en las disposiciones arriba mencionadas.⁴³

En consecuencia, si la persona buscada así lo solicita, le será permitido ponerse en contacto con un abogado de su propia elección a los efectos de que se persone en el lugar donde se encuentra detenido tan pronto como sea posible.⁴⁴ Además, si la persona buscada no se pone en contacto con un abogado de su elección, la autoridad que efectúa la detención solicitará al Colegio de Abogados del lugar donde se encuentra la persona buscada que designe abogado para que se persone en el lugar de detención en un plazo de ocho horas.⁴⁵

imputados al detenido, la autoridad que la efectúe no tendrá que practicar, en principio, diligencia preliminar de investigación alguna, por lo que el traslado a Madrid es la única razón que puede provocar un cierto retraso en la puesta de la persona buscada a disposición del Juez Central de Instrucción (lo que en todo caso debería ser inferior a 72 horas). En este sentido hay que señalar que, conforme al artículo 306 LECr, al margen de las diligencias preliminares que pueda practicar la autoridad que efectúa el arresto de acuerdo con lo previsto en el art. 17 CE, el órgano competente para practicar las diligencias de investigación tendientes a la averiguación del delito y de sus presuntos responsables es el juez de instrucción competente. Por lo tanto, en el supuesto en que la Corte hubiese acompañado su solicitud de detención y entrega con alguna otra solicitud adicional de cooperación (como, por ejemplo, la toma de declaración a la persona detenida), el órgano competente para ejecutar la misma sería el Juez Central de Instrucción en cuanto que órgano judicial competente para adoptar las decisiones previstas en el artículo 59.2 ER (artículos 11 y 20.1 LOCCPI) y a cuya disposición deberá ponerse inmediatamente la persona detenida. En el mismo sentido, L. Bujosa Vadell, o. cit., *supra* nota 14, sección 5.2.2.E, p. 298.

⁴³ Art. 520.2 LECr.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Ídem. Surge la cuestión de si el abogado elegido por la persona buscada para que la represente en las actuaciones nacionales de entrega debe estar incluido en la lista de abogados de la Corte prevista en las normas 69 y 70 del Reglamento de la Corte (para lo que debería cumplir con los requisitos previstos en la regla 22 RPP), o si, por el contrario, es suficiente con que el abogado en cuestión cumpla con los requisitos exigidos por la legislación española para su admisión al Colegio de Abogados de que se trate. Del mismo modo, surge la cuestión de si las autoridades que efectúan la detención deben solicitar la designación de dicho abogado al Colegio de Abogados de España que corresponda o si, por el contrario, deberán comunicarse urgentemente con el Ministerio de Justicia a los efectos de que este último transmita a la Corte la necesidad de enviar al lugar de detención tan pronto como sea posible un abogado de la lista de abogados de guardia prevista en la norma 73 del Reglamento de la Corte. En opinión del autor, existen un buen número de razones que exigen que los requisitos previstos en la regla 22 RPP y en la norma 67 del Reglamento de la Corte no se apliquen durante las actuaciones nacionales de entrega y que, por lo tanto, sea el Colegio de Abogados de que se trate quien proceda a la designación del abogado que asista de oficio a la persona buscada durante dichas actuaciones. Entre estas razones destaca el hecho de que tales actuaciones son reguladas por la legislación nacional española, y en particular la LOCCPI y la LECr. Además, el art. 58.1 ER impide al Juez Central de Instrucción revisar desde un punto de vista material la decisión de la SCP de dictar la orden de detención.

Por otra parte, el artículo 520 LECr impone a la autoridad que efectúa la detención el deber de informar inmediatamente a la persona buscada de los derechos que le corresponden conforme al artículo 55.2.c ER y la regla 117.2 y 117.3 RPP. Entre estos merece particular atención el derecho de la persona buscada a nombrar abogado de su propia elección, o a solicitar de la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) el nombramiento de abogado que le asista en las actuaciones que puedan desarrollarse ante la Corte (en particular, la tramitación del recurso contra la orden de detención dictada por la Corte), de manera simultánea a las actuaciones nacionales de entrega. En este sentido, no se puede olvidar que el principal interés de la persona buscada es privar de efecto a la orden de arresto dictada por la Corte con el fin de evitar que las autoridades nacionales españolas procedan a su entrega a la Corte.⁴⁶

Una vez que la persona buscada es puesta a disposición del Juez Central de Instrucción, la comparecencia inicial ante este último debe producirse en un plazo de 72 horas.⁴⁷ En esta comparecencia inicial, la presencia del abogado de la persona buscada, así como del Ministerio Fiscal en cuanto órgano constitucionalmente encargado de la defensa de la legalidad conforme al artículo 125 CE, son obligatorias.⁴⁸ Durante la comparecencia inicial, el Juez Central de Instrucción, tras asegurarse de que la orden de detención dictada por la Corte se dirige contra la persona buscada y de que la detención se ha producido conforme al procedimiento previsto y con pleno respeto de los derechos de la persona buscada,⁴⁹ informará a esta última del contenido de la orden de detención y de su derecho a solicitar la libertad provisional en tanto en cuanto se tramita el procedimiento para su entrega a la Corte.⁵⁰ El Juez Central de Instrucción se asegurará a su vez de que la persona buscada es conocedora de su derecho a solicitar a la SCP: i) la asignación de abogado de oficio en las actuaciones

⁴⁶ Lógicamente, el abogado que asista a la persona buscada ante la Corte deberá cumplir con los requisitos impuestos por la regla 22 RPE y la norma 67 del Reglamento de la Corte. Como resultado, puede perfectamente ocurrir que la persona buscada deba de ser informada de su derecho a nombrar, o a solicitar que se le nombre de oficio, hasta dos abogados distintos, cada uno de ellos para que le represente en uno de los dos procedimientos que se puedan desarrollar simultáneamente. Además, el Ministerio de Justicia o el Juez Central de Instrucción, después de haber sido informados por la persona buscada, transmitirán tan rápido como sea posible a la SCP la petición de que se le nombre abogado de oficio en relación con las actuaciones ante la Corte.

⁴⁷ Artículo 11.2 LOCCPI.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ La LOCCPI no contiene ninguna disposición relativa al procedimiento de compensación a resultas de detenciones ilícitas de conformidad con lo previsto en el artículo 85 ER. Las peticiones de cooperación para la ejecución de sentencias indemnizatorias dictadas por la Corte se llevarán a cabo conforme al procedimiento previsto en los artículos 22.7 y 23.3 LOCCPI.

⁵⁰ Artículos 59.2 ER y 11.2 LOCCPI.

ante la Corte; y ii) la revocación de la orden de detención dictada por la Corte.⁵¹ Por último, al final de la comparecencia inicial el Juez Central de Instrucción ordenará la prisión provisional de la persona buscada con independencia de que esta haya solicitado la libertad provisional.⁵²

4.1.2. Libertad provisional

La persona buscada puede solicitar la libertad provisional mientras se decide su entrega a la Corte durante la primera comparecencia ante el Juez Central de Instrucción⁵³ o en la audiencia que tendrá lugar en los diez días siguientes.⁵⁴ En tanto en cuanto solicita y se resuelve su petición de libertad provisional, la persona buscada permanecerá en prisión.

El artículo 12.1 LOCCPI solo regula el procedimiento a seguir si la persona buscada requiere la libertad provisional en la comparecencia inicial ante el Juez Central de Instrucción. Sin embargo, en opinión del autor, el mismo procedimiento deberá seguirse si la solicitud se realiza en la audiencia posterior.⁵⁵ Conforme a este procedimiento, el Juez Central de Instrucción debe escuchar tanto a la persona buscada como al Ministerio Fiscal sobre la petición de libertad provisional de la primera.⁵⁶ A continuación, el artículo 12.1 LOCCPI impone al Juez Central de Instrucción la obligación de ordenar la prisión provisional de la persona buscada hasta que la SCP envíe su recomendación sobre dicha petición o el periodo de tiempo dado por el Juez Central de Instrucción a la SCP (que no puede ser en ningún caso inferior a veinte días) expire.⁵⁷

⁵¹ L. Bujosa Vadell, o. cit., *supra* nota 14, sección 5.2.2.3, p. 301.

⁵² Artículos 497 LECr y 12.1 OLCCPI.

⁵³ Artículo 12.1 LOCCPI.

⁵⁴ Artículo 15.1 LOCCPI.

⁵⁵ En este último supuesto, y teniendo en cuenta que la LOCCPI establece un plazo mínimo de veintinueve días para que la SCP envíe sus observaciones sobre la solicitud de libertad provisional, puede ocurrir que las actuaciones de entrega concluyan antes de que se tome una decisión sobre la solicitud de libertad provisional. Este no será el caso, sin embargo, cuando la persona buscada se oponga a la entrega debido a la eficacia de cosa juzgada de un auto de sobreseimiento libre o de una sentencia absolutoria dictada por los órganos jurisdiccionales españoles.

⁵⁶ El Ministerio Fiscal no participará en cuanto órgano que sostiene la acusación penal sino en cuanto órgano encargado de la defensa de la legalidad conforme al artículo 125 CE.

⁵⁷ El Juez Central de Instrucción comunicará inmediatamente la petición al Ministerio de Justicia para que este último solicite a la SCP que emita su recomendación dentro del plazo de tiempo establecido por el primero.

Tras la recepción de la recomendación de la SCP⁵⁸ o la expiración del plazo de tiempo dado al efecto,⁵⁹ el Juez Central de Instrucción decidirá sobre la existencia de circunstancias excepcionales y urgentes que justifiquen la concesión de la libertad provisional conforme a los artículos 59.4 ER y 12.2 LOCCPI. Si la libertad provisional es otorgada, el Juez Central de Instrucción impondrá las condiciones necesarias para asegurar que España puede cumplir posteriormente con su obligación de entregar a la persona buscada a la Corte. En este sentido, el artículo 12.2 LOCCPI enfatiza que el Juez Central de Instrucción deberá adoptar, en particular, aquellas medidas recomendadas por la SCP. Sin embargo, la adopción de tales medidas solo será posible si estas son previstas por la legislación española, y en la actualidad esta legislación no incluye varias de las medidas previstas en la regla 119 RPP para situaciones de libertad provisional concedida por la Corte conforme al artículo 60.2 ER.⁶⁰

⁵⁸ La LOCCPI no prevé que la persona buscada o el Ministerio Fiscal sean escuchados por el Juez Central de Instrucción en relación con las observaciones presentadas por la SCP. Por lo tanto, solo podrán presentar sus observaciones sobre dichas recomendaciones si la decisión del Juez Central de Instrucción es apelada de acuerdo con lo previsto en el artículo 17.1 LOCCPI.

⁵⁹ Surge la cuestión de lo que el Juez Central de Instrucción debería hacer si la SCP no presenta sus recomendaciones en el plazo dado al efecto por aquel. En este sentido, conviene señalar que el artículo 59.4 ER impone en la autoridad nacional competente (el Juez Central de Instrucción, en el caso de España) el deber de dar plena consideración a las recomendaciones hechas por la SCP. Además, esta disposición ni prevé la posibilidad de que el órgano nacional competente pueda establecer un plazo para la presentación de tales observaciones por la SCP, ni prevé sanción alguna en caso de incumplimiento de la SCP con ese plazo. A diferencia del artículo 59.4 ER, la regla 117.4 RPP impone a la SCP la obligación de enviar sus observaciones dentro del plazo establecido por el Estado de detención. Sin embargo, esta regla no prevé sanción alguna en caso de que la SCP se retrase en el envío de sus observaciones. Por lo tanto, parece que la autoridad nacional competente tendrá que tener en consideración las recomendaciones de la SCP incluso si estas son presentadas tras la expiración del plazo dado al efecto. Sin embargo, como para entonces el Juez Central de Instrucción habrá probablemente decidido ya sobre la petición de libertad provisional, las recomendaciones de la SCP deberán ser tomadas en consideración en el marco de la apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional contra la decisión del Juez Central de Instrucción o de una revisión posterior de la situación en la que se encuentra la persona buscada, conforme a lo previsto en el artículo 539 LECr.

⁶⁰ Véase L. Bujosa Vadell, o. cit., *supra* nota 14, sección 5.2.2.E, p. 310. En cualquier caso, si la libertad provisional es concedida, el Juez Central de Instrucción informará al Ministerio de Justicia que a su vez informará a la SCP. Con posterioridad, la SCP será informada, a petición de esta, de la situación en que se encuentre la persona buscada (véanse artículos 59.6 ER y 12.4 LOCCPI).

Si bien el ER y las RPP no dicen nada al respecto, y aunque España se encuentra solo obligada a respetar el derecho a un recurso de apelación contra sentencias condenatorias (artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el legislador español, a la vista de la importancia concedida por la legislación española a la libertad provisional, ha previsto un recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional contra la decisión del Juez Central de Instrucción (artículo 17.1 LOCCPI). Este recurso de apelación se rige por el régimen del artículo 766 LECr para apelaciones contra resoluciones adoptadas en el marco del procedimiento abreviado (artículo 17.1 LOCCPI). Por lo tanto, la persona buscada, o el Ministerio Público actuando como defensor de la legalidad, tendrá cinco días para presentar su escrito de apelación ante el Juez Central de Instrucción y otros cinco días para responder a ese recurso. En los dos días siguientes se enviarán las actuaciones relativas a la mencionada apelación a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que resolverá en los cinco días siguientes, a no ser que decida convocar una audiencia (que será obligatoria si la persona buscada así lo solicita en aquellos casos en los que la decisión apelada haya rechazado conceder la libertad provisional) en un plazo de diez días (artículos 17.1 LOCCPI y 766 LECr). La decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional será firme (artículo 17.3 LOCCPI).

En opinión del autor, la situación de la persona buscada puede ser revisada con posterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 539 LECr. En este sentido, conviene no olvidar que existen varios motivos por los que las actuaciones de entrega pueden retrasarse. Entre ellos se pueden mencionar la oposición a la entrega con base en la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones

4.1.3. *Detención provisional mientras se recibe una solicitud formal de detención y entrega*

En casos urgentes, la Corte puede solicitar la detención provisional de la persona buscada mientras se envía una solicitud formal de entrega que incluya la documentación precisada por el artículo 91.2 o 91.3 ER.⁶¹ Esa petición debe contener: i) la información necesaria para identificar a la persona buscada; ii) la descripción de los delitos por los que se requiere su detención provisional, así como una breve relación de los fundamentos de hecho; iii) la declaración de la existencia de una orden de detención o de una sentencia condenatoria dictada por la Corte contra la persona buscada; y iv) la declaración de que una solicitud formal de entrega se realizará en los sesenta días siguientes.⁶²

Como se prevé en los artículos 11, 12 y 17.1 LOCCPI, las solicitudes de detención provisional serán ejecutadas de la misma manera que las solicitudes de detención y entrega en lo que se refiere a la determinación inicial por el Juez Central de instrucción y, en apelación, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de la situación de la persona buscada.⁶³ Sin embargo, el Juez Central de Instrucción no comenzará con el procedimiento de entrega previsto en el artículo 15 LOCCPI hasta que la Corte haya realizado la petición formal de entrega y haya enviado la documentación requerida por el artículo 91.2 o 91.3 ER.⁶⁴

nacionales cuando no exista una declaración previa de admisibilidad emitida por la Corte, los supuestos en los que la Corte no haya decidido aún sobre la impugnación de la admisibilidad del caso, la apertura de investigaciones o enjuiciamientos en el nivel nacional sobre el caso de que se trate, o el retraso en la transmisión de la solicitud de entrega o de la documentación suplementaria en los supuestos de detención provisional. De esta manera, el órgano judicial competente para conocer del procedimiento de entrega a la Corte puede *ex officio* o a solicitud de la persona buscada, y tras haber solicitado la recomendación de la SCP según lo dispuesto en el artículo 12.1 LOCCPI, decretar la libertad provisional o reducir las condiciones bajo las que esta se concede (artículo 539 LECr). Por otra parte, el órgano judicial competente podrá solo incrementar las condiciones de la libertad provisional o revocar esta última y decretar la prisión provisional a petición del Ministerio Público en cuanto defensor de la legalidad y tras haber escuchado a la persona buscada en audiencia pública (artículo 539 LECr).

⁶¹ Artículo 92.1 ER.

⁶² Artículo 92.2 ER y regla 188 RPP.

⁶³ Durante la comparecencia inicial, el Juez Central de Instrucción se asegurará de que la petición de detención provisional se refiere a la persona que se encuentra ante él y le informará de su derecho a solicitar la libertad provisional. Asimismo, le informará de su derecho a impugnar en cualquier momento conforme a la regla 188 RPP (incluso con anterioridad a que la Corte emita su solicitud formal de entrega) ante la SCP la orden de detención emitida por la Corte (artículo 12.1 LOCCPI).

⁶⁴ Si durante los sesenta días siguientes a la detención, la Corte no envía la documentación necesaria y la persona buscada se encuentra todavía en prisión, el Juez de Instrucción puede *ex officio* ordenar la libertad provisional con la imposición de las condiciones necesarias para asegurar que España puede posteriormente cumplir con su obligación de entregar a la persona buscada a la Corte (artículo 12.3 LOCCPI). A pesar del retraso de la Corte en enviar la documentación adicional necesaria, estas condiciones pueden mantenerse hasta por 180 días (artículo 12.3 LOCCPI).

Solo si durante la comparecencia inicial, o en los quince días siguientes, la persona buscada consiente libremente ser entregada a la Corte, el Juez Central de Instrucción autorizará esta entrega (denominada “entrega simplificada”) sin necesidad de ningún tipo de documentación adicional.⁶⁵

4.2. Procedimiento de entrega

La regulación contenida en la LOCCPI sobre el procedimiento de entrega tiene tres características principales: i) se elimina la fase gubernamental prevista en la LEP de 1985, de manera que el procedimiento de entrega a la Corte está compuesto por una única fase de carácter judicial; ii) se prevé, salvo en circunstancias excepcionales y urgentes, la prisión provisional de la persona buscada; y iii) se limitan de manera significativa los motivos para rechazar la solicitud de entrega de la Corte.⁶⁶

El comienzo del procedimiento de entrega depende de la recepción por la Secretaría del Juzgado Central de Instrucción competente de todos los documentos

Una vez que la documentación necesaria haya sido recibida, la situación de la persona buscada será revisada y su libertad provisional solo podrá ser extendida si, como se prevé en los artículos 59.4 ER y 12.2 LOCCPI, existen circunstancias excepcionales y urgentes que justifiquen la extensión de esa medida (artículos 12.3 LOCCPI y 539 LECr). En este momento, el Juez Central de Instrucción iniciará también el procedimiento de entrega mediante la convocatoria de la audiencia prevista en el artículo 15.1 LOCCPI.

⁶⁵ Artículo 13.1 y 13.2 LOCCPI y regla 189 RPP. El artículo 13 LOCCPI regula la llamada entrega simplificada. El Juez Central de Instrucción debe abordar esta cuestión durante la comparecencia inicial de la persona buscada (artículo 13.1 LOCCPI). Durante la comparecencia, el juez informará a la persona buscada de las consecuencias de dar su consentimiento a la entrega a la Corte, de la posibilidad de consentir durante los quince días siguientes a la comparecencia inicial (artículo 13.1 y 13.3 LOCCPI) y de la irrevocabilidad del consentimiento dado libre y conscientemente (artículo 13.1 y 13.4 LOCCPI). Inmediatamente después, el juez preguntará a la persona buscada si consiente en ser entregado a la Corte (artículo 13.1 LOCCPI).

El artículo 13.2 LOCCPI prohíbe el consentimiento parcial. Por lo tanto, el consentimiento de la persona buscada solo es válido si cubre como mínimo todos los hechos recogidos en la solicitud de entrega de la Corte. El consentimiento puede también extenderse a otros hechos no contenidos en esa solicitud que se prevé surgirán en el marco de las actuaciones ante la Corte (artículo 13.1 LOCCPI). Ahora bien, si la persona buscada no consiente su entrega por estos hechos adicionales, su consentimiento será en todo caso válido sin perjuicio de la posterior aplicación del principio de especialidad recogido en los artículos 101.2 ER y 19 LOCCPI (artículo 13.1 LOCCPI). En este sentido, hay que señalar que, conforme al artículo 101.2 ER, la Corte debe obtener primero el consentimiento de España antes de proceder al enjuiciamiento de la persona buscada por hechos anteriores a su entrega que no constituyan el fundamento fáctico de los delitos por los que dicha persona fue entregada por España a la Corte. Al mismo tiempo, España deberá tratar de dar su consentimiento a este respecto si así lo solicita la Corte (artículo 101.2 ER). Desde una perspectiva procesal, si la Corte requiere de España dicho consentimiento (artículo 101.2 ER y regla 197 RPP), el Ministerio de Justicia solicitará a la Corte que le envíe las observaciones de la persona entregada (artículo 19.1 LOCCPI). Estas observaciones y la solicitud de la Corte serán enviadas al Juez Central de Instrucción, o a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional si nos encontramos ante un supuesto de solicitudes concurrentes, que decidirá sobre la base de los criterios establecidos en el artículo 101.2 LOCCPI.

En cualquier caso, si el Juez Central de Instrucción considera que el consentimiento dado por la persona buscada es libre y con conocimiento de sus consecuencias, autorizará la entrega a la Corte sin necesidad de continuar con el procedimiento de entrega ni de esperar a que llegue la documentación adicional prevista en el artículo 91 ER (artículo 13.1 LOCCPI). El Ministerio de Justicia informará a la Corte de esta circunstancia y transmitirá al Juez Central de Instrucción y al Ministerio del Interior las instrucciones operativas que lleguen de la Corte para hacer efectiva la entrega (artículo 13.2 LOCCPI).

⁶⁶ Preámbulo de la LOCCPI.

previstos en el artículo 91.2 o 91.3 ER.⁶⁷ La única excepción son los supuestos de entrega simplificada donde la persona buscada consiente, de manera libre e informada, que se lleve a cabo su entrega a la Corte.⁶⁸ Dentro de los diez días siguientes a la recepción de esa documentación, el Juez Central de Instrucción convocará una audiencia en la que deberán estar presentes la persona buscada con su abogado, así como el Ministerio Público en cuanto defensor de la legalidad,⁶⁹ y en la que podrá también participar un representante de la Fiscalía de la Corte.⁷⁰

En la audiencia, la persona buscada puede oponerse a la entrega solamente con base en los siguientes motivos: i) error de identidad puesto que no se trata de la persona contra la que se dirige la orden de detención dictada por la Corte; ii) ausencia de alguno de los documentos requeridos por el artículo 91.2 o 91.3 ER; y iii) la eficacia de cosa juzgada producida por sentencia o auto de sobreseimiento firme dictado por los órganos judiciales españoles.⁷¹

⁶⁷ Artículo 15.1 LOCCPI.

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ La última frase del artículo 15.1 LOCCPI parece haber sido redactada sobre la premisa de que la Fiscalía de la Corte es el órgano encargado de transmitir las solicitudes de detención y entrega. Sin embargo, esta premisa es equivocada en cuanto que el ER y las RPP prevén que el órgano competente a este respecto es la SCP. Esto ha sido ratificado por la decisión de la SCP I de 10 de febrero de 2006. La versión pública de esta decisión se encuentra en el anexo I a la decisión de la SCP I, de 24 de febrero de 2006, titulada "Decision concerning Pre Trial Chamber's I Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dilo". Véanse en particular los párrafos 103-129 de dicho anexo I.

⁷¹ Artículo 15.1 y 15.2 LOCCPI. En este sentido hay que señalar que los artículos 15.1, 15.2 y 17.2 LOCCPI, interpretados a la luz del preámbulo de la LOCCPI, podrían ser vistos como demasiado restrictivos al no incluir entre los motivos que la persona buscada puede oponer a la entrega el hecho de que los órganos judiciales españoles se encuentren conociendo del asunto (litispendencia). Sin embargo, en opinión del autor, el Ministerio Fiscal, en cuanto órgano constitucionalmente encargado de defender la legalidad, deberá plantear la cuestión ante el Juez Central de Instrucción. Además, si después de haber obtenido la información adicional necesaria se confirma la existencia de dicha circunstancia, nada en la LOCCPI impediría al Juez Central de Instrucción suspender el procedimiento de entrega hasta que la Corte le informe sobre la existencia de una decisión que declare la admisibilidad del caso.

De todas formas, la limitación de los motivos de oposición a la entrega a los tres arriba mencionados constituye, sin duda, una de las características más sobresalientes de la LOCCPI, particularmente a la luz de la competencia de la Corte en la interpretación del alcance de las disposiciones del ER. A ello hay que añadir que el artículo 21.3 LOCCPI preve un régimen más favorable en relación con el previsto en artículo 89.3 LOCCPI, al afirmar que cualquier persona en tránsito en España por razón de su comparecencia ante la Corte disfrutará de inmunidad.

A este respecto conviene señalar que, tal y como se recoge en los artículos 86 y 89 ER, los Estados partes están obligados a ejecutar las solicitudes de entrega de acuerdo con lo previsto en la parte IX ER y de conformidad con los procedimientos recogidos en su legislación nacional. Además, el artículo 88 ER impone a los Estados partes la obligación de que su legislación interna prevea los procedimientos necesarios para poder ejecutar las solicitudes de cooperación emitidas por la Corte. Por otra parte, el ER no establece una lista de motivos que los Estados partes puedan alegar para rechazar la ejecución de las solicitudes de entrega de la Corte. De hecho, el ER no recoge expresamente ni tan siquiera la propia noción de rechazo a la ejecución de una solicitud de entrega de la Corte porque el ER asume que cualquier problema que pueda surgir al respecto será resuelto a través del proceso de consultas entre la Corte y el Estado requerido previsto en el artículo 97 ER.

Sin embargo, a lo largo del ER se pueden encontrar ciertas disposiciones que permiten de manera indirecta rechazar (artículo 98 ER) o retrasar (artículos 94 y 95 ER) la ejecución de las solicitudes de entrega de la Corte. Surge, por lo tanto, la cuestión de si la referencia a la ejecución de una solicitud de entrega conforme a los procedimientos recogidos en la legislación nacional puede ser interpretada de manera que extienda los motivos por los que los Estados partes pueden rechazar o retrasar la ejecución

Si no se opone la excepción de cosa juzgada, el Juez Central de Instrucción decidirá sobre la solicitud de entrega en un plazo de tres días,⁷² a menos que sea

de esas solicitudes, particularmente si se tiene en cuenta que el artículo 91.1.c ER requiere que las solicitudes de entrega contengan “los documentos, las declaraciones o la información que sean necesarios para cumplir los requisitos de procedimiento del Estado requerido relativos a la entrega; sin embargo, esos requisitos no podrán ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición conforme a tratados o acuerdos celebrados por el Estado requerido y otros Estados y, de ser posible, serán menos onerosos, habida cuenta del carácter específico de la Corte”.

La redacción del artículo 15.1 LOCCPI, que permite a la persona buscada oponerse a la entrega por el incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 91.2 o 91.3 ER, no es completamente clara a este respecto. Como el artículo 91.2 ER podría ser entendido como referido a los requisitos aplicables en caso de solicitudes de extradición presentadas por terceros, se podría pensar *prima facie* que el legislador español ha introducido por la puerta de atrás de la LOCCPI los numerosos motivos de oposición recogidos en la legislación española de extradición pasiva, entre los que se incluyen: i) los motivos relativos a la persona buscada como la minoría de edad, la concurrencia de circunstancias que excluyan su responsabilidad penal, la nacionalidad española; ii) la naturaleza política, militar o fiscal de los delitos por los que se solicita la extradición; iii) la no consideración como delito en la legislación española de las acciones u omisiones por las que se solicita la extradición; iv) la expiración del plazo de prescripción previsto en la legislación española para el delito o la pena objeto de la solicitud de extradición; v) la concesión por las autoridades españolas de una amnistía o de un perdón administrativo con respecto a los hechos contenidos en la solicitud de extradición; vi) la insuficiente gravedad de los delitos por los que se solicita la extradición o la inconstitucionalidad de la pena prevista para esos delitos en el ordenamiento jurídico del Estado solicitante; y vii) motivos procesales como la inexistencia en el ordenamiento jurídico español del criterio para el ejercicio de su jurisdicción alegado por el Estado solicitante, la condena en ausencia de la persona buscada, la litispendencia resultante de actuaciones desarrolladas por órganos de la jurisdicción española o la cosa juzgada resultante de resoluciones firmes dictadas por estos últimos órganos. Ahora bien, como resultado de la publicación del ER en el Boletín Oficial del Estado y la aprobación de la legislación interna que lo desarrolla, algunos de los motivos de oposición arriba mencionados han sido expresamente declarados inaplicables a las solicitudes de entrega emitidas por la Corte. Además, en opinión del autor, cualquier incertidumbre que haya podido generarse por la ambigua redacción del artículo 15.1 LOCCPI debería ser resuelta mediante la interpretación de esta disposición a la luz del preámbulo de la LOCCPI, que subraya como una de las principales características del procedimiento de entrega la limitación de los motivos de oposición a esta.

Por otra parte, la LOCCPI muestra una tendencia inequívoca a reducir en la medida de lo posible las consecuencias negativas que puedan derivarse de otros posibles obstáculos a la entrega. Así, conforme a los artículos 15.1, 15.2 y 17.2 LOCCPI, la existencia de impugnaciones de admisibilidad pendientes ante la Corte no causan la suspensión automática del procedimiento de entrega. Por su parte, el artículo 16.1 LOCCPI establece que en los supuestos de solicitudes de entrega o de extradición concurrentes presentadas por la Corte y por terceros Estados, incluidas aquellas derivadas de órdenes europeas de detención y entrega, el Juez Central de Instrucción tramitará conjuntamente ambas solicitudes. Una vez recibida la documentación necesaria, las solicitudes serán enviadas a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que inicialmente decidirá la cuestión de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 90 ER. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que el Estado que presenta la solicitud de extradición concurrente es un Estado no parte del ER, que no tiene un tratado de extradición con España, el artículo 16.2 LOCCPI prevé un régimen más favorable a la ejecución de la solicitud de entrega de la Corte que el previsto en el artículo 90 ER. En estos supuestos, España dará preferencia a la solicitud de la Corte con independencia de si la Corte se ha pronunciado ya sobre la admisibilidad del caso. Además, conforme a lo previsto en el artículo 17.3 LOCCPI, el Ministerio de Justicia deberá informar a la Corte si España deniega la solicitud de extradición de un tercer Estado después de que la Corte haya declarado la inadmisibilidad del caso.

En relación con las posibles inmunidades derivadas del derecho internacional o de los tratados internacionales suscritos por España conforme al artículo 98 ER, y a diferencia de lo que ocurre en relación con otras formas de cooperación (artículo 20 LOCCPI), la estricta limitación en los artículos 15 y 17 LOCCPI de los motivos de oposición a la ejecución de las solicitudes de entrega de la Corte tiene como consecuencia que esas inmunidades no constituyan en principio un obstáculo para la entrega (véase también el preámbulo de la LOCCPI).

Finalmente, los artículos 89.4 y 94.1 ER y la regla 183 RPP regulan supuestos de actuaciones nacionales simultáneas a aquellas de la Corte con respecto a delitos distintos. Conforme a estas disposiciones, España se encuentra obligada a entregar la persona buscada a la Corte, si bien puede celebrar consultas con esta última en relación con la modalidad y momento de la entrega. En este sentido, el artículo 11.3 LOCCPI prevé que en el caso específico de que la persona buscada se encuentre sirviendo en España sentencia condenatoria impuesta por los órganos judiciales españoles o de un tercer Estado, las autoridades penitenciarias informarán al Juez Central de Instrucción y al Ministerio de Justicia de la fecha de puesta en libertad, que será comunicada por este último a la Corte. Además, como resultado de las consultas arriba referidas, y a los efectos de evitar cualquier interferencia en las investigaciones y enjuiciamientos que estén llevando a cabo las autoridades nacionales, España

necesario obtener información adicional.⁷³ Si por el contrario se opone la excepción de cosa juzgada, el Juez Central de Instrucción suspenderá las actuaciones de entrega mientras el Ministerio de Justicia consulta con la Corte sobre la existencia de alguna decisión declarando la admisibilidad del caso.⁷⁴ Si la Corte ha declarado ya la admisibilidad del caso, el Juez Central de Instrucción levantará la suspensión del procedimiento de entrega. Si, por el contrario, la Corte no ha declarado todavía la admisibilidad del caso, la suspensión de las actuaciones continuará hasta que la Corte —*ex officio*,⁷⁵ a petición de la Fiscalía,⁷⁶ de la persona buscada⁷⁷ o de España—⁷⁸ determine la admisibilidad del caso.⁷⁹

En el supuesto de que se rechace la solicitud de entrega, la persona buscada será liberada inmediatamente y el Ministerio de Justicia informará al respecto a la Corte.⁸⁰ Por su parte, si se concede la solicitud de entrega, el Ministerio de Justicia pedirá instrucciones a la Corte en relación con los aspectos operativos de la entrega, las que serán enviadas al Juez Central de Instrucción y al Ministerio del Interior tan pronto como sean recibidas.⁸¹

puede retrasar la ejecución de la solicitud de entrega durante el tiempo acordado con la Corte. La LOCCPI no regula, sin embargo, el problema que surgiría si España y la Corte no son capaces de llegar a un acuerdo.

La regla 183 RPP también indica que las consultas arriba mencionadas pueden resultar en la entrega temporal a la Corte de la persona buscada. Sin embargo, el artículo 18.1 LOCCPI condiciona esta posibilidad a la falta de oposición del órgano judicial nacional que esté llevando a cabo las actuaciones nacionales o que dictó sentencia condenatoria contra la persona buscada. Solo en caso de que no se produzca esa oposición, el Ministerio de Justicia podrá celebrar consultas con la Corte para ver si es posible alcanzar un acuerdo sobre las condiciones de la entrega provisional y del posterior regreso a España de la persona buscada. En cualquier caso, el tiempo que la persona buscada pase en prisión en la Corte será computado como tiempo de prisión a los efectos de la ejecución de la pena impuesta por los órganos judiciales españoles.

⁷² Artículo 15.3 LOCCPI.

⁷³ Artículo 15.2 LOCCPI *in fine*.

⁷⁴ Artículo 15.2 LOCCPI.

⁷⁵ Artículo 19.1 ER.

⁷⁶ Artículo 19.3 ER.

⁷⁷ Artículo 19.2.a ER.

⁷⁸ Artículos 19.2.b ER y 9.1 LOCCPI.

⁷⁹ La LOCCPI no aborda la relación entre la oposición de la persona buscada basada en la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones nacionales y las potenciales impugnaciones de la admisibilidad del caso realizados por el gobierno español como resultado de esa alegación. En este sentido, es importante tener en cuenta que mientras el artículo 15.2 LOCCPI solo requiere la mera oposición de la persona buscada para que el procedimiento de entrega sea suspendido, la impugnación de la admisibilidad del caso por España requiere, conforme al artículo 9 LOCCPI, la previa declaración del órgano judicial competente de que ha dictado resolución firme en el caso de que se trate.

⁸⁰ Artículo 17.6 LOCCPI. La decisión del Juez Central de Instrucción puede ser apelada ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (artículo 17.2 LOCCPI). Incluso si el Juez Central de Instrucción decide rechazar la ejecución de la solicitud de entrega, puede extender la prisión provisional de la persona buscada hasta que su resolución sea firme (artículo 15.4 LOCCPI). La apelación será presentada y tramitada de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 790 LECr para apelaciones contra sentencias en el procedimiento abreviado. Sin embargo, el artículo 17.3 LOCCPI limita los motivos de apelación a la infracción de las normas y garantías procesales y a la inexistencia en la solicitud de la Corte de alguno de los requisitos previstos en los artículos 89.2 y 91.2 o 91.3 ER. La decisión de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional será final y no puede ser impugnada (artículo 17.3 LOCCPI).

⁸¹ Artículo 17.5 LOCCPI.

5 • Otras formas de cooperación distintas de la detención y la entrega o de la detención provisional

5.1. Procedimiento de ejecución de las solicitudes de cooperación de la Corte

Las solicitudes de cooperación para la práctica de diligencias distintas de la detención y la entrega, o de la detención provisional, deben ser enviadas por la Corte al Ministerio de Justicia español en cuanto órgano de relación entre aquella y las autoridades judiciales y fiscales españolas.⁸² Las solicitudes, que se presentarán por escrito y en casos urgentes pueden ser realizadas a través de cualquier medio que deje constancia escrita, deberán describir el tipo de diligencia solicitada (incluyendo los fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen la solicitud) y la finalidad de esta. Asimismo, deberá incluir la mayor información posible sobre la localización o identificación de la persona, el lugar o los bienes que deban ser encontrados, identificados o registrados, una breve descripción de los hechos que dan lugar a la solicitud, la descripción de cualquier particularidad procedimental que haya de seguirse en la práctica de la diligencia solicitada (así como las razones para esta) y cualquier otra información que pueda ser necesaria para la práctica de la diligencia solicitada.⁸³

Una vez recibida, el Ministerio de Justicia transmitirá la solicitud al órgano competente para su ejecución e informará a la Corte sobre cuál es este órgano.⁸⁴ A diferencia de las solicitudes de detención y entrega, o de detención provisional, cuya ejecución es atribuida al Juez Central de Instrucción,⁸⁵ la LOCCPI no prevé cuál es el órgano competente para ejecutar las solicitudes de cooperación de la Corte conforme al artículo 93 ER. Por lo tanto, será necesario recurrir a las leyes nacionales de aplicación general para determinar el órgano competente para su ejecución. Así, conforme

⁸² Artículo 20.1 LOCCPI. En opinión del autor, el legislador español debería haber optado por una mayor integración en el sistema de cooperación de España con la Corte mediante el establecimiento de un sistema más directo de comunicación entre la Corte y las autoridades judiciales españolas a través de la configuración del Juzgado Central de Instrucción como órgano de relación entre aquellas y la Corte. La adopción de esta medida hubiera sido particularmente deseable en relación con aquellas solicitudes de cooperación distintas de la detención y entrega y de la entrega provisional que deban ser ejecutadas por órganos judiciales españoles (particularmente si se tiene en cuenta que para su ejecución será con frecuencia necesario solicitar información adicional a la Corte).

⁸³ Artículo 96 LOCCPI.

⁸⁴ De acuerdo con lo previsto en el artículo 87.3 y 87.4 ER, España tiene la obligación de asegurar la confidencialidad de las solicitudes de cooperación y de documentación adjunta en estas, y de manejar la información de la manera requerida por la Corte para proteger la seguridad y bienestar de las víctimas, los potenciales testigos y sus familias.

⁸⁵ Artículos 11 a 15 LOCCPI.

a los artículos 303 y 306 LECr, el Juez de Instrucción del territorio donde la diligencia solicitada deba practicarse será normalmente el órgano competente para ejecutar la solicitud de cooperación de la Corte (si bien, dependiendo de la naturaleza de la medida de cooperación solicitada, puede darse el caso de que otras autoridades nacionales sean las competentes).

Del mismo modo, debido a la limitada regulación recogida en la LOCCPI,⁸⁶ las solicitudes de cooperación distintas de la detención y entrega y de la detención provisional serán ejecutadas de acuerdo con lo establecido en las leyes nacionales de aplicación general en España, y en particular en la LECr. Además, y en tanto en cuanto no se encuentre prohibido por tales leyes nacionales, el Juez de Instrucción o autoridad nacional competente las ejecutarán en la manera especificada en la solicitud de que se trate, “incluidos los procedimientos indicados en ella y la autorización a las personas especificadas en ella para estar presentes y prestar asistencia en el trámite”.⁸⁷ En consecuencia, el Juez Central de Instrucción o la autoridad nacional competente tendrá la complicada tarea de interpretar las normas autoejecutivas del ER y de las RPP junto con un buen número de disposiciones de las leyes nacionales de aplicación general en España (y en particular la LECr). Solo entonces podrá decidir si la ejecución de la solicitud de la Corte en la manera especificada en esta es compatible con este cuerpo normativo.⁸⁸

Al margen de cuestiones relativas a asuntos de seguridad nacional (artículo 20.2 LOCCPI) o que afecten a la política exterior española (artículo 6.2 LOCCPI), donde las consultas con la Corte serán realizadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores, el Ministerio de Justicia en coordinación con los demás ministerios afectados por la cuestión de que se trate consultará con la Corte para superar cualquier problema que surja de la ejecución de la petición de cooperación.⁸⁹

Una vez que la solicitud haya sido ejecutada por el Juez de Instrucción o autoridad nacional competente, el Ministerio de Justicia será informado y recibirá la documentación en la que conste su práctica y las pruebas que se hayan obtenido como

⁸⁶ La LOCCPI solo dedica los artículos 20 y 21 a regular los aspectos orgánicos y procedimentales de la ejecución de las solicitudes de cooperación de la Corte distintas de la detención y entrega y de la entrega provisional.

⁸⁷ Artículo 99.1 ER.

⁸⁸ En el mismo sentido, L. Bujosa Vadell, o. cit., *supra* nota 14, sección 1, p. 37. Conforme al artículo 6.1 LOCCPI, cualquier información adicional solicitada por el Juez de Instrucción o la autoridad nacional competente deberá ser dirigida a la Corte a través del Ministerio de Justicia.

⁸⁹ Artículos 6.2, 20.3 y 20.4 LOCCPI.

resultado de esta.⁹⁰ El Ministerio de Justicia realizará las gestiones necesarias para que se comuniquen a la Corte de acuerdo con lo previsto en el artículo 99.3 ER.⁹¹ Los documentos y pruebas adquiridas en la práctica de la diligencia solicitada serán transmitidos al Ministerio de Justicia en su lenguaje y forma originales.⁹² El Ministerio, si así lo solicita la Corte, enviará urgentemente los documentos y pruebas obtenidos en respuesta a la solicitud.⁹³

5.2. Regulación de las formas de cooperación previstas en el artículo 93.1.a-k ER

El artículo 21 LOCCPI solo regula ciertos aspectos de la ejecución de las solicitudes de cooperación de la Corte previstas en el artículo 93.1.a-k ER. El primer párrafo del artículo 21.1 LOCCPI se refiere a la solicitud de toma de declaración o de prestación de testimonio por testigos y peritos ante el órgano judicial español competente. Esta disposición señala que los testigos y los peritos tendrán las mismas obligaciones y responsabilidades que tendrían de haber sido llamados a declarar en relación con un sumario tramitado en España. En consecuencia, el deber de presentarse a declarar o a prestar testimonio y las sanciones que en caso de incumplimiento prevé la legislación española⁹⁴ serán plenamente aplicables. Además, la toma de declaración o la prestación de testimonio por el testigo o perito de que se trate ante el Juez de Instrucción del lugar de residencia del testigo o perito en cuestión se llevará a cabo conforme a la regulación prevista en los artículos 410 a 485 y 701 a 731 LECr.⁹⁵

El segundo párrafo del artículo 21.1 LOCCPI, que regula la ejecución de las solicitudes de cooperación que consistan en facilitar la comparecencia de testigos y peritos ante la Corte, prevé que esta comparecencia será voluntaria.⁹⁶ De carácter

⁹⁰ Ídem.

⁹¹ Ídem.

⁹² Artículo 99.3 ER.

⁹³ Artículo 99.2 ER.

⁹⁴ Estas sanciones se recogen en los artículos 410 *et seq* y 455 *et seq* LECr.

⁹⁵ Aunque el artículo 21 LOCCPI guarda silencio en este punto, no hay problema para aplicar por analogía lo dispuesto en el artículo 14 LOCCPI en relación con el órgano judicial español competente para ejecutar una solicitud de citación a comparecer ante la Corte.

⁹⁶ En opinión del autor, si bien el artículo 93.1.e ER se refiere expresamente a facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte, el artículo 93.1.f ER podría ofrecer la base jurídica necesaria para solicitar la asistencia de un Estado parte para compeler a un testigo a comparecer ante la Corte, siempre y cuando tal medida no se encuentre prohibida por la legislación nacional del Estado requerido. Este hubiera sido en principio el caso de España, si bien el artículo 21.1 LOCCPI cierra esta posibilidad al afirmar el carácter voluntario de la comparecencia de testigos y peritos ante la Corte. Esta regulación contrasta con la contenida en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica de Cooperación con el TPIY y el artículo 7.1 de la Ley Orgánica de Cooperación con el

igualmente voluntario será la comparecencia ante la Corte para prestar testimonio de las personas que se encuentren en prisión en España por razones distintas al cumplimiento de la condena impuesta por aquella.⁹⁷ En este caso, al margen del consentimiento libre de la persona en prisión, es también necesario que el órgano judicial competente no se oponga a la entrega temporal a la Corte.⁹⁸ Una vez que esta condición se cumpla, el Ministerio de Justicia acordará con la Corte las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la entrega temporal.⁹⁹

Como resultado, tal como ha señalado Bujosa Vadell, si la declaración o el testimonio tiene que ser prestado en España ante el Juez de Instrucción competente, los testigos y los peritos pueden verse compelidos a testificar, lo que no ocurrirá si el testimonio debe prestarse en La Haya.¹⁰⁰ En este último supuesto, la Corte solo puede valerse de su capacidad de persuasión para que testigos y peritos comparezcan para testificar. Para ello la Corte puede, por un lado, ofrecer las garantías contra la detención y el enjuiciamiento previstas en el artículo 93.2 LECr, y, por otro lado, enviar instrucciones u ofrecer las garantías contra la autoincriminación recogidas en la regla 74 RPP.¹⁰¹

El legislador español ha mostrado su intención de facilitar la comparecencia voluntaria de testigos y peritos ante la Corte mediante la asunción unilateral de dos tipos de obligaciones: i) el deber del Ministerio de Justicia de solicitar información a la Corte sobre las garantías ofrecidas al testigo o perito en cuestión;¹⁰² y ii) el deber del Ministerio de Justicia de anticipar los gastos relacionados con la comparecencia de testigos y peritos ante la Corte.¹⁰³ Además, el juez de instrucción competente tendrá que asegurarse de que el testigo en cuestión entiende toda instrucción o garantía contra la autoincriminación que haya sido enviada u ofrecida por la Corte.¹⁰⁴

TPIR, en los que se establece que testigos y peritos tienen el mismo deber de comparecer ante esos tribunales internacionales que ante los tribunales españoles.

⁹⁷ Artículos 93.7.a ER y 21.2 LOCCPI. La única excepción a la comparecencia voluntaria de testigos y expertos ante la Corte son los supuestos en los que el testigo o experto en cuestión se encuentre cumpliendo condena impuesta por la Corte en España (artículo 21.1 *in fine* LOCCPI). Esto se debe a que esas personas continúan bajo la jurisdicción de la Corte a pesar de encontrarse cumpliendo condena en España. En este tipo de supuestos, el artículo 21.1 LOCCPI prevé que la entrega temporal a la Corte se producirá en las condiciones que España y la Corte acuerden.

⁹⁸ Artículo 21.2 LOCCPI.

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ L. Bujosa Vadell, o. cit., *supra* nota 14, sección 6.2.2, p. 345.

¹⁰¹ En este sentido, el artículo 21.4 LOCCPI impone al Ministerio de Justicia, en coordinación con los ministerios, comunidades autónomas y entidades locales afectadas por el asunto de que se trate, la obligación de solicitar a la Corte, tal y como prevé el artículo 68.5 ER, la protección de los agentes y funcionarios españoles que sean llamados a comparecer ante esta.

¹⁰² Artículo 21.1 LOCCPI.

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ Ídem.

Finalmente, el artículo 21.5 LOCCPI desarrolla la regulación relativa a la asistencia en materia de protección de víctimas y testigos prevista en el artículo 93.1.f ER. En este sentido, hay que subrayar que la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre de 1993, sobre la protección de testigos y peritos en causas penales contiene un buen número de medidas de protección que podrían ser aplicables durante la ejecución por los órganos judiciales españoles de ciertas solicitudes de cooperación de la Corte. Además, el artículo 21.5 LOCCPI atribuye al Ministerio de Justicia, en coordinación con el Ministerio de Interior, las comunidades autónomas y las entidades locales, el poder para llegar a un acuerdo con la Secretaría de la Corte sobre la recolocación temporal dentro de España de víctimas traumatizadas o de testigos que puedan encontrarse en peligro como resultado de su testimonio.

5.3. Motivos de oposición a la ejecución de solicitudes de cooperación distintas de la detención y entrega

Aunque la LOCCPI limita estrictamente los motivos de oposición a la ejecución de una solicitud de entrega de la Corte, la LOCCPI no hace lo mismo en relación con otro tipo de solicitudes de cooperación. De hecho, el artículo 20 LOCCPI regula ciertos aspectos institucionales y procesales que se aplican cuando tales motivos de oposición concurren. Además, otras leyes nacionales de aplicación general son relevantes para determinar cuáles autoridades españolas son competentes para consentir en la revelación de información o de documentos transmitidos confidencialmente por España a un tercer Estado o para levantar la inmunidad diplomática de personas y bienes.

Una cuestión particularmente importante es aquella relativa a la diferencia entre los motivos de oposición recogidos en los artículos 93.3 y 91.1.l ER. El primero se refiere al supuesto de que la petición de cooperación sea contraria a un principio legal fundamental del ordenamiento jurídico nacional. Por su parte, el artículo 91.1.l ER, desarrollado por el artículo 20.1 LOCCPI, prevé que, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico español, los órganos judiciales españoles y otras autoridades competentes ejecutarán aquellas solicitudes de cooperación dirigidas a facilitar las actuaciones ante la Corte que no se encuentren expresamente previstas en el artículo 93.1.a-k ER.

Con respecto al primer motivo de oposición, y considerando que la LOCCPI no puede ser interpretada de manera que extienda los motivos de oposición a las

solicitudes de cooperación de la Corte,¹⁰⁵ el autor considera que el artículo 20 LOCCPI deberá ser interpretado como refiriéndose a cualquier “principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general” en el ordenamiento jurídico español.¹⁰⁶ Aunque el significado preciso de esta expresión tendrá que ser determinado por la jurisprudencia de la Corte, se puede asumir que los principios constitucionales tal y como han sido elaborados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional formarán parte de esta categoría.

Este motivo de oposición puede ser particularmente importante cuando la solicitud de asistencia de la Corte incluya medidas limitativas de derechos fundamentales, tales como la ejecución de órdenes de entrada y registro en edificios o lugares cerrados que tengan la condición de domicilios privados.¹⁰⁷ Tal y como establecen los artículos 550 y 558 de la LECr, la ejecución de estas órdenes de entrada y registro en ausencia del consentimiento del propietario requiere la emisión por el juez de instrucción competente de un auto motivado¹⁰⁸ que especifique el lugar que debe ser registrado.¹⁰⁹ Además, este auto debe respetar los requisitos derivados del principio constitucional de proporcionalidad que es aplicable a todas las diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales.¹¹⁰

En relación con la cláusula residual de cooperación prevista en el artículo 93.1.1.º ER, el alcance del motivo de oposición a la cooperación previsto en el artículo 20.1 LOCCPI no se refiere a las reglas y principios constitucionales españoles sino a otras

¹⁰⁵ Artículo 96.1 CE.

¹⁰⁶ Artículo 93.3 ER.

¹⁰⁷ Artículo 93.1.b y k ER.

¹⁰⁸ Véase la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español de 17 de abril de 1995.

¹⁰⁹ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional español 37/1989.

¹¹⁰ De acuerdo con el principio de proporcionalidad, la práctica de diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales solo puede ser autorizada por el órgano español competente si existen motivos razonables para creer que esas diligencias permitirán el descubrimiento o la verificación de hechos o circunstancias importantes para el caso de que se trate, que no podrían ser obtenidas mediante la práctica de otras diligencias de investigación menos intrusivas. Véase la sentencia del Tribunal Constitucional español 85/1994. Véanse también a este respecto V. Gimeno Sendra, V. Moreno Catena y V. Cortés Domínguez, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1997, 2.ª ed., p. 438; y A. De la Oliva Santos, S. Aragonés Martínez, R. Hinojosa Segovia, J. Muerza Esparza y J. A. Tomé García, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1999, p. 376.

La LOCCPI no se pronuncia sobre si la orden de entrada y de registro requerida por los artículos 550 y 558 LECr tiene que ser dictada por la Corte y adjuntada junto con la solicitud de entrega y de registro (de manera que el Juez de Instrucción del lugar donde debe ejecutarse se limite a verificar que aquella se ajusta al principio de proporcionalidad), o si, por el contrario, la Corte debería únicamente apoyar su solicitud con la documentación necesaria para convencer al Juez de Instrucción competente de la necesidad de dictar una orden de entrada y de registro porque se cumplen los requisitos exigidos por los artículos 550 y 558 LECr y por el principio de proporcionalidad. Aunque los apartados 2.º e y 3.º del artículo 96 ER, que en la actualidad forma parte del ordenamiento jurídico español, parecen apuntar hacia la primera opción, hubiera sido preferible la regulación de esta materia con mayor detalle, sobre todo a la luz del papel de asesoría que ha sido atribuido al Ministerio de Justicia (artículo 20.1 y 20.3 LOCCPI).

reglas y principios contenidos en las leyes orgánicas, procesales y administrativas de aplicación general en España.

En cuanto a la información que podría afectar a la seguridad nacional, España, de conformidad con el artículo 93.4 ER, puede rechazar la transmisión de la información y de los documentos solicitados por la Corte que no puedan ser entregados o revelados sin perjudicar a los intereses de la seguridad nacional.¹¹¹ En principio, cualquier cuestión que haya sido declarada clasificada de acuerdo con la ley 9/1968, de 5 de abril de 1968, que regula los secretos oficiales,¹¹² tras su modificación por la ley 48/1978, de 7 de octubre de 1978, entraría en esta categoría.¹¹³ Sin embargo, antes de denegar cualquier solicitud de cooperación de la Corte, España tiene la obligación de celebrar consultas con esta, para buscar una solución satisfactoria del problema para ambas partes.¹¹⁴ Si, tras adoptar todos los pasos razonables, esas consultas no produjeran el resultado esperado porque la información o los documentos solicitados no pueden ser transmitidos a la Corte bajo condición alguna, el Ministerio de Justicia informará a la Corte que España no puede ejecutar su solicitud de cooperación.¹¹⁵

Con respecto a la información recibida de manera confidencial de un tercer Estado o de una organización intergubernamental o internacional, si, después de

¹¹¹ El artículo 20.2 LOCCPI parece referirse a los intereses de la defensa nacional además de a los intereses de la seguridad nacional. Sin embargo, como ya se ha señalado, el artículo 96.1 CE prohíbe la interpretación de la LOCCPI de manera que extienda los motivos de oposición a las solicitudes de cooperación de la Corte previstos en el ER. Por lo tanto, el autor considera que la referencia a los intereses de la defensa y seguridad nacionales prevista en el artículo 29.2 LOCCPI debería ser interpretada a la luz de los artículos 72 y 93.4 ER como referida exclusivamente a los intereses de la seguridad nacional.

¹¹² La Ley de Secretos Oficiales fue desarrollada por el decreto 242/1969, de 20 de febrero de 1969.

¹¹³ Véanse también, entre otras, la ley 11/2002, de 6 de mayo de 2002, que regula el Centro Nacional de Inteligencia, y el real decreto 327/2004, de 27 de febrero de 2004, que modifica el régimen jurídico de su personal.

¹¹⁴ Artículos 72.5 ER y 20.2 y 20.4 LOCCPI. Por lo tanto, el Ministerio de Justicia en coordinación con el Ministerio de Asuntos Exteriores, así como con los ministerios de Justicia, Defensa e Interior y cualquier otro competente, celebrará consultas con la Corte si una vez que ha transmitido la solicitud de cooperación de la Corte al órgano judicial o autoridad nacional competente es informado de que la transmisión de la información o de los documentos solicitados puede afectar a los intereses de la seguridad nacional española. Tales consultas se dirigirán a resolver el problema mediante la modificación o la clarificación de la solicitud de cooperación de la Corte, el acuerdo sobre las condiciones bajo las que se puede enviar a la Corte la información solicitada (por ejemplo, la presentación de resúmenes o exposiciones, restricciones a la divulgación, la utilización de procedimientos a puerta cerrada o *ex parte*, u otras medidas de protección permitidas con arreglo al ER o a las RPP), o la retirada de la solicitud debido a la relativa escasa relevancia de la información solicitada o al hecho de que pueda obtenerse de otra fuente.

¹¹⁵ Artículos 72.6 y 93.4 ER y artículo 20.4 LOCCPI. Si bien la LOCCPI no aborda esta cuestión, el artículo 20 LOCCPI será también aplicable en relación con las consultas celebradas entre España y la Corte conforme al artículo 72 ER cuando:

- i) una persona a quien se haya solicitado información o pruebas se niegue a presentarlas o haya requerido un pronunciamiento de España porque su divulgación afectaría a los intereses de la seguridad nacional española y España confirme que, a su juicio, esa divulgación afectaría a dichos intereses; o
- ii) España tenga conocimiento de que información o documentos suyos están siendo divulgados o pueden serlo en cualquier fase del procedimiento y estima que esa divulgación afectaría a sus intereses de seguridad nacional.

transmitir la solicitud de la Corte al órgano judicial o autoridad competente para su ejecución, el Ministerio de Justicia es informado de que los documentos o la información solicitada por la Corte fueron transmitidos a España de manera confidencial, el Ministerio de Justicia informará al Ministerio de Asuntos Exteriores, y este último, en coordinación con los ministerios de Justicia, Defensa e Interior, y los otros ministerios competentes, consultará con la entidad que suministró originalmente la información o los documentos solicitados.¹¹⁶ El Ministerio de Justicia informará a la Corte del resultado de dicha consultas.¹¹⁷

En cuanto a las inmunidades de personas y bienes de terceros Estados, el artículo 20.3 LOCCPI prevé que el Ministerio de Justicia informe a la Corte de cualquier problema que pueda surgir en la ejecución de una solicitud de cooperación, lo que, en opinión del autor, incluye también los supuestos de inmunidad de las personas y bienes sobre los que ha de recaer la diligencia solicitada.¹¹⁸ En estos casos, el Ministerio de Justicia proveerá a la Corte de cualquier información relevante que pueda facilitar que aquella asegure la cooperación del tercer Estado afectado mediante su consentimiento a levantar la inmunidad.¹¹⁹

¹¹⁶ Artículo 20.2 LOCCPI.

¹¹⁷ Aunque las consultas serán realizadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores, el artículo 20.2 LOCCPI no le atribuye la competencia para informar de su resultado a la Corte. Por lo tanto, será el Ministerio de Justicia, en cuanto órgano de relación con la Corte, el que en principio, de acuerdo con el artículo 6 LOCCPI, informará a la Corte del resultado de esas consultas. Como establece el artículo 73 ER, si el autor es un Estado parte y consiente la divulgación, el Ministerio de Justicia transmitirá los documentos o información de que se trate a la Corte. Si, por otra parte, el autor es un Estado parte que se compromete a resolver la cuestión con la Corte siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 72 ER, el Ministerio de Justicia informará a este respecto a la Corte. Cuando el autor sea un Estado no parte pero consienta la divulgación, el Ministerio de Justicia transmitirá la información o los documentos solicitados a la Corte. Finalmente, cuando el autor sea un Estado no parte que no consienta en la divulgación, el Ministerio de Justicia informará a la Corte de que España no puede proporcionar la información o los documentos solicitados debido a sus obligaciones de confidencialidad.

La LOCCPI no regula, sin embargo, el procedimiento a seguir cuando un tercer Estado solicite el consentimiento de España para divulgar a la Corte información o documentos transmitidos por España bajo condición de confidencialidad. Si bien en principio, y a menos que la información o documentos en cuestión hayan sido declarados como “clasificados” porque afectan a los intereses de la seguridad nacional, España tiene la obligación conforme al artículo 73 ER de dar el consentimiento para su divulgación.

¹¹⁸ El artículo 20.3 desarrolla el artículo 98 ER y la regla 195.1 RPP.

¹¹⁹ De acuerdo con el artículo 98 ER, España puede rechazar la ejecución de solicitud de cooperación de la Corte si: i) esa ejecución le obligaría a actuar de forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática una persona o de un bien de un tercer Estado; y ii) la Corte no ha obtenido antes de realizar su solicitud “la cooperación de ese tercer Estado para renunciar a la inmunidad”. A diferencia del artículo 73 ER, el artículo 98.1 ER no requiere que España busque el consentimiento del tercer Estado afectado, sino que por el contrario será la Corte quien deba obtener la cooperación de ese Estado.

Por otra parte, la solicitud de la Corte para que España renuncie a su inmunidad tendrá que ser tratada como si fuera una solicitud de cooperación del artículo 93.1.1 ER. Por lo tanto, España tendrá la obligación de renunciar a su inmunidad a menos que la legislación nacional lo prohíba expresamente. Tal y como establece el artículo 20.3 LOCCPI, corresponderá al Ministerio de Justicia informar a la Corte sobre la existencia de cualquier problema para ejecutar esta solicitud de cooperación. Sin embargo, cualquier consulta adicional entre España y la Corte será llevada a cabo por el Ministerio de Asuntos Exteriores en cuanto que el asunto afectará a la política exterior española (artículo 6.2 LOCCPI).

En relación con la información, bienes o personas que se encuentran sujetas al control de un tercer Estado o de una organización internacional por razón de un tratado internacional, el artículo 20.5 LOCCPI, siguiendo lo dispuesto en el artículo 93.9.b ER, prevé que cuando la solicitud de la Corte se refiera a tal tipo de información, bienes o personas, el Ministerio de Justicia informará a la Corte al respecto a los efectos de que esta última pueda dirigirse al Estado u organización de que se trate.

Por otra parte, el Ministerio de Justicia informará a la Corte de la decisión de España de retrasar la ejecución de una solicitud de cooperación de la Corte debido a la existencia de una impugnación de la admisibilidad del caso pendiente ante la Corte.¹²⁰ Además, cuando la ejecución de una solicitud de cooperación de la Corte pueda interferir con una investigación o enjuiciamiento nacional en curso en un caso distinto, el Ministerio de Justicia consultará con la Corte para ver si es posible practicar la diligencia solicitada de manera inmediata bajo ciertas condiciones.¹²¹ Si las consultas son infructuosas, el Ministerio de Justicia celebrará consultas adicionales con la Corte para ver si es posible llegar a un acuerdo sobre el retraso en la práctica de la diligencia solicitada.¹²² Sin embargo, la LOCCPI no aborda el problema que podría plantearse si estas segundas consultas tampoco llegan a buen término.¹²³

En caso de solicitudes concurrentes de la Corte y de un tercer Estado para la práctica de diligencias distintas de la detención y entrega, España, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93.9.a ER, se esforzará en ejecutar ambas solicitudes. Sin embargo, si existiesen problemas para poder cumplir con ambas, el Ministerio de Justicia consultará a la Corte y al tercer Estado requirente a los efectos de retrasar la ejecución o de imponer condiciones a la ejecución de una u otra solicitud.¹²⁴ Si estas consultas fueran infructuosas, el problema presentado por las solicitudes concurrentes se resolverá de acuerdo con los principios mencionados para la resolución de solicitudes concurrentes de entrega y extradición.¹²⁵

Finalmente, la LOCCPI no aborda expresamente la práctica por la Corte de diligencias de investigación directamente en territorio español. Por lo tanto, la Corte

¹²⁰ Artículos 95 ER y 20.3 RPP.

¹²¹ Artículos 94.1 ER y 20.4 LOCCPI.

¹²² Ídem.

¹²³ En todo caso, las peticiones de preservación de prueba realizadas por la Fiscalía de la Corte a España conforme al artículo 94.2 ER serán procesadas como si se tratase de solicitudes emitidas conforme al artículo 93.1.j ER.

¹²⁴ Artículos 93.9.a ER y 20.5 LOCCPI.

¹²⁵ Artículo 93.9.a.i ER.

puede solo actuar de esta manera en aquellos supuestos previstos, y bajo las condiciones estipuladas, en los artículos 57.3.e y 99.4 ER. Por otra parte, en tanto en cuanto no esté prohibido por la legislación española, España permitirá que durante la práctica de las diligencias solicitadas por la Corte se encuentren presentes aquellas personas especificadas en las solicitudes de cooperación de la Corte.¹²⁶

6. Cooperación en la ejecución de sentencias dictadas por la Corte

6.1. Ejecución de penas privativas de libertad

El artículo 25.1 CE prevé que toda sentencia de privación de libertad debe estar dirigida a la reeducación y a la resocialización de la persona condenada. A pesar de que el Consejo de Estado ha afirmado la constitucionalidad de la pena de privación de libertad prevista en el artículo 77.1.b ER acompañada del mecanismo de revisión previsto en el artículo 110.e ER,¹²⁷ España, a los efectos de eliminar cualquier posible problema constitucional en esta materia, realizó la siguiente declaración en el momento de ratificar el ER de acuerdo con lo previsto en el artículo 103.1.b ER:¹²⁸ “España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la Legislación española”.

Si la Presidencia de la Corte designa a España como Estado de ejecución,¹²⁹ el Ministerio de Justicia, después de realizar las consultas necesarias, informará a la Corte de las condiciones bajo las cuales España estaría dispuesta a aceptar tal

¹²⁶ Artículo 99.1 ER. Si la Corte propone a España celebrar una audiencia, realizar una o varias sesiones del juicio oral o llevar a cabo ciertas actividades procesales como la lectura de la sentencia en territorio español, el Ministerio de Justicia, tras consultar con el Ministerio de Asuntos Exteriores, el Ministerio de Interior y otras autoridades nacionales competentes, comunicará a la Corte la aceptación o rechazo de la propuesta de la Corte. En el primer supuesto, los aspectos operativos serán posteriormente regulados por un acuerdo específico concluido a tales efectos entre España y la Corte (artículo 25 LOCCPI).

¹²⁷ J. A. Yáñez Barnuevo y A. Roldán, o. cit., *supra* nota 1, p. 214.

¹²⁸ Además, el artículo 22.1 LOCCPI se refiere a la conclusión *eventual* de un acuerdo bilateral con la Corte que, conforme a lo dispuesto en la regla 200.5 RPP, se dirigirá a “establecer un marco para la recepción de los reclusos que haya condenado”.

¹²⁹ Artículo 103 ER y reglas 200 a 203 RPP.

designación.¹³⁰ Además, a pesar de que esta obligación no se recoge en el ER ni en las RPP; el artículo 22.1 LOCCPI impone de manera unilateral en el Ministerio de Justicia el deber de informar a la Corte de los motivos que pueden dificultar la aceptación de la designación por aquella como Estado de ejecución. De esta manera, el legislador español pretende evitar toda negativa injustificada del Ministerio de Justicia.¹³¹

En cuanto a la distribución de competencias entre las autoridades nacionales y la Corte durante el periodo de ejecución de la pena, las autoridades españolas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 105.1 y 110.1 ER, se encuentran vinculadas por la pena impuesta por la Corte y, por lo tanto, ni la pueden modificar, ni pueden poner en libertad a la persona condenada antes de que expire el término de su condena. Además, solo la Corte tiene el derecho de decidir sobre las peticiones de apelación o revisión de la condena¹³² o de reducción de la pena.¹³³

El artículo 108.1 ER requiere la aprobación por la Corte, a petición de España, a los efectos de enjuiciar, castigar o extraditar a un tercer Estado a una persona que se encuentre cumpliendo en España condena impuesta por la Corte por hechos anteriores a su entrega a España. El artículo 22.4 LOCCPI elabora esta disposición mediante: i) la determinación del órgano nacional competente para transmitir al Ministerio de Justicia la documentación necesaria; y ii) la previsión de la suspensión de las actuaciones hasta que la Corte decida sobre solicitud del Ministerio de Justicia.

Como dispone el artículo 104.1 ER y la regla 209 RPP, la Presidencia de la Corte (actuando de oficio o a petición de la persona condenada o de la Fiscalía) puede cambiar en cualquier momento la designación del Estado de ejecución de la pena. En este supuesto, la regla 210.1.a RPP deja en manos de la Presidencia la decisión sobre si procede o no solicitar las observaciones de las autoridades españolas, mientras que el artículo 22.2 LOCCPI impone en el Ministerio de Justicia el deber de realizar las observaciones pertinentes.

¹³⁰ Art. 22.1 LOCCPI.

¹³¹ Si las condiciones exigidas por España son aceptadas, la Secretaría de la Corte, previa consulta con el Ministerio de Justicia y las autoridades del país sede, se asegurará de que la entrega a España de la persona condenada se realice de manera adecuada. A su vez, el Ministerio de Justicia transmitirá al Ministerio del Interior toda la información necesaria en relación con la entrega. Se informará también al Juez de Vigilancia Penitenciaria de la llegada de la persona condenada, con veinticuatro horas de adelanto, para permitir que se realicen las tareas necesarias en la prisión que haya sido designada para que cumpla condena (artículo 22.1 LOCCPI).

¹³² Artículo 105.2 ER.

¹³³ Artículo 110.2 ER. En este sentido, el artículo 22.5 LOCCPI prevé que cuando la Sala de Apelaciones de la Corte convoque una audiencia sobre la posible reducción de la pena, el Ministerio de Justicia decidirá sobre su participación en esa audiencia, de acuerdo con lo previsto en la regla 224 RPP.

En el supuesto de fuga de la persona condenada de una prisión española, el artículo 22.6 LOCCPI impone al Ministerio de Justicia la obligación de informar urgentemente al secretario de la Corte y de consultar con la Corte a los efectos de decidir si sería conveniente que España solicitase la extradición del fugado al Estado en que se encuentre o si sería mejor que la Corte solicitase a ese Estado su entrega.

Finalmente, en relación con las medidas que las autoridades nacionales pueden adoptar mientras la persona condenada por la Corte cumple condena en España, tal y como se prevé en el artículo 106.1 ER, las condiciones de detención serán aquellas previstas en la legislación española (en particular, en la Ley Orgánica 1/1979, de 25 de septiembre de 1979, que adopta la Ley General Penitenciaria) y, por lo tanto, no serán más o menos favorables que las que correspondan a presos condenados por delitos similares en España.

El artículo 106 ER impone, sin embargo, un estándar mínimo objetivo consistente en “las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos” y atribuye a la Corte una función supervisora de la ejecución de penas privativas de libertad. En el cumplimiento de esta función, la comunicación “irrestringida y confidencial” entre la persona condenada y la Corte¹³⁴ y las medidas previstas en la regla 211 RPP juegan un papel esencial. En este sentido, el artículo 22.3 LOCCPI se dirige a facilitar el cumplimiento eficaz de esta función supervisora mediante la imposición al Juez Central de Instrucción y al Ministerio del Interior de la obligación de dar el mayor apoyo posible a los jueces y personal de la Corte que vayan a España a supervisar la ejecución de las penas privativas de libertad.

Por último, la LOCCPI no aborda la cuestión de la aplicación de los beneficios penitenciarios recogidos en la legislación española que puedan suponer algún tipo de actividad fuera de la prisión. Ahora bien, en tanto en cuanto respeten los estándares internacionalmente reconocidos, las personas condenadas por la Corte se podrán beneficiar de los mismos beneficios y programas que los presos condenados por delitos similares en España.¹³⁵

¹³⁴ Artículo 106.3 ER.

¹³⁵ Artículo 106 ER y Regla 211.2 RPP. El Ministerio de Justicia deberá comunicar las cuestiones relativas a la aplicación de los beneficios penitenciarios previstos en la legislación española a la Presidencia de la Corte junto con cualquier otra información u observación relevante a los efectos de que la Corte pueda ejercitar su función supervisora (regla 211.2 RPP).

6.2. Ejecución de multas, decomisos y órdenes de reparación

El procedimiento para ejecutar las penas de multa y de decomiso y las órdenes de reparación es el mismo, a pesar de que los artículos 22.7 y 23.3 LOCCPI lo tratan de manera separada. Una vez que el Ministerio de Justicia recibe una solicitud de ejecución, transmitirá al Fiscal General del Estado la documentación pertinente para que pueda solicitar al órgano judicial competente la ejecución de la decisión de la Corte. Posteriormente, el órgano judicial competente tendrá que poner a la disposición del Ministerio de Justicia los bienes, activos y dinero obtenidos a través del procedimiento de ejecución para que este último los entregue a la Corte.

7. Conclusión

El legislador español ha mostrado su empeño en cumplir con las obligaciones que le impone el ER en un buen número de disposiciones de la LOCCPI, en las que incluso asume obligaciones adicionales de manera unilateral. Destaca en este sentido la regulación del procedimiento de entrega a la Corte, en el que no solo se ha eliminado la fase gubernativa prevista en la LEP de 1985 sino que además se han limitado estrictamente los motivos de oposición a la ejecución de la solicitud de la Corte.

Además, la LOCCPI establece un régimen muy favorable para la ejecución de las solicitudes de entrega cuando estas sean concurrentes con las peticiones de extradición de terceros Estados con los que España no tiene un tratado de extradición, concede inmunidad general a toda persona que se encuentre en tránsito en España a los efectos de comparecer ante la Corte y autoimpone a la autoridades españolas un buen número de obligaciones que no se recogen en el ER en materia de ejecución de sentencias, como, por ejemplo, la obligación del Ministerio de Justicia de justificar el rechazo de la designación de España como Estado de ejecución de la pena privativa de libertad.

Sin embargo, al mismo tiempo existen ciertos aspectos de la regulación contenida en la LOCCPI que se apartan llamativamente de esta tendencia. Entre ellos merecen destacarse la configuración del Ministerio de Justicia como el órgano de

relación entre la Corte y las autoridades judiciales y fiscales españoles, y la falta de una regulación comprehensiva del procedimiento de ejecución de las solicitudes de cooperación de la Corte distintas de la detención y entrega de personas o de la detención provisional (lo que a buen seguro originará retrasos en la ejecución de este tipo de solicitudes de cooperación e impondrá en el Juez de Instrucción o autoridad nacional competente una tarea interpretativa nada despreciable). Pero, sin duda, lo que constituye una mayor fuente de preocupación es la inversión del principio de complementariedad de la Corte en el artículo 7.2 y 7.3 LOCCPI en relación con los delitos cometidos por no españoles fuera de España.¹³⁶

¹³⁶ Aunque quede fuera del ámbito de este artículo, conviene, al menos, mencionar los problemas derivados de la falta de distinción entre las nociones de *situación* y *caso* en la regulación de las impugnaciones de admisibilidad y la eficacia de cosa juzgada contenida en los artículos 8, 9 y 10 LOCCPI. Véanse a este respecto H. Olásolo, "Spain", en F. Lattanz y K. Kress, *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. II, Nomos/II Sirente, 2005, pp. 345-380, pp. 352-354; y H. Olásolo, "Reflexiones sobre la necesidad de ajustar las legislaciones nacionales de cooperación con la Corte al marco procesal del Estatuto de Roma. Especial referencia al modelo español", en *Casación Penal*, Buenos Aires, octubre 2006 (en prensa).

1. Introducción

A título preliminar, antes de comenzar el examen de las cuestiones específicas de cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional, es necesario ofrecer un cuadro general sobre la situación de la implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional² en Italia.

Italia ha tenido, como es conocido, un rol muy activo e importante durante la etapa de preparación y adopción del ECPI. También su ratificación ha ocurrido en tiempos muy breves, a través de la ley n.º 232 del 12 de julio de 1999.³

Sin embargo, a más de siete años de esta ratificación⁴ la adaptación de la legislación italiana al ECPI sigue siendo una materia pendiente.⁵ Varios proyectos han sido presentados desde entonces al Parlamento, pero ninguno ha logrado discusión parlamentaria.

¹ Traducción de Ezequiel Malarino (Universidad de Buenos Aires).

² Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

³ Ley 232 de Ratificación y ejecución del Estatuto institutivo de la CPI de 12 de julio de 1999. Según esta ley, el ECPI no es *self-executing*. Por otra parte, en Italia no se han presentado objeciones en cuanto a la pérdida de soberanía que implica la actuación de la CPI, dado que el artículo 11 de la Carta Constitucional permite las "limitaciones de soberanía" que sean necesarias a un "ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones". Además, esta norma establece el deber del Estado italiano de promover y favorecer "las organizaciones internacionales dirigidas a tal fin". Cf. sobre el tema R. Bellelli, "Come adattare l'ordinamento giuridico italiano allo Statuto della Corte dell'Aja" en *Diritto penale e processo*, n.º 10/2003, p. 1299.

⁴ Y a más de tres años de la posición conjunta del 16 de junio de 2003 (444/2003/PESC) del Consejo de la Unión Europea que insta a los Estados a fomentar y apoyar ampliamente el funcionamiento de la CPI.

⁵ Este no parece ser un fenómeno exclusivamente italiano. Acerca de la brecha entre la ratificación y la implementación concreta en la mayoría de los países latinoamericanos cf. tan solo K. Ambos y E. Malarino, "Persecución penal de crímenes

El primer proyecto de implementación, mencionado a veces como “Proyecto de Código Penal Internacional”,⁶ fue elaborado y presentado a la Cámara de Diputados el 9 de mayo de 2002 por algunos diputados de la oposición de aquel entonces.⁷ Se trataba de un proyecto de implementación completo, que contenía tanto disposiciones de derecho sustancial (crímenes internacionales, delitos contra la administración de justicia de la CPI, etcétera), como normas de procedimiento (cooperación internacional con la CPI). Un proyecto de idéntico contenido fue presentado ante el Senado el 24 de julio de 2002.⁸ Ninguno de ellos fue incluido en el orden del día de tratamiento parlamentario.

Un nuevo intento por implementar el ECPI se produjo en el año 2005 con la presentación al Parlamento de dos nuevos proyectos prácticamente idénticos. El 28 de julio de 2005 un grupo de senadores presentó ante el Senado un proyecto de implementación⁹ y, pocos días más tarde, el 3 de agosto de 2005, un diputado hizo lo propio ante la Cámara de Diputados.¹⁰ También estos proyectos prevén una implementación completa del ECPI. En algunos aspectos, tales como la regulación de las reglas de jurisdicción y competencia, de los crímenes internacionales y de los delitos contra la administración de justicia de la CPI, son sustancialmente similares a los proyectos de 2003.¹¹ En cuanto a las normas para posibilitar la cooperación con la CPI, ellos siguen más bien el proyecto presentado por la Comisión Conforti instituida por el Ministerio de Justicia y a la que a continuación nos referiremos. Tampoco estos proyectos han sido discutidos por el Parlamento.

Además de estas iniciativas parlamentarias, desde 1998 y aun antes de la aprobación del ECPI, han actuado en Italia diversas comisiones ministeriales destinadas a

internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares”, en Ambos y Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo Fundación Konrad Adenauer-Instituto Max Planck, septiembre de 2003, pp. 585 y ss. De todos modos, en los últimos tiempos algunos de los países latinoamericanos han conseguido aprobar una legislación de implementación.

⁶ En verdad, el proyecto contiene también disposiciones de derecho procesal penal.

⁷ Proyecto de ley n.º 2724 que contiene normas para la adaptación del ordenamiento interno al Estatuto de la Corte Penal Internacional, presentado el 9 de mayo de 2002 a iniciativa de los diputados Kessler, Violante, Calzolaio, Finocchiaro, Melandri, Minniti, Buemi, Carboni.

⁸ Proyecto de ley n.º 1638, que contiene normas para la adaptación del ordenamiento interno al Estatuto de la Corte Penal Internacional, presentado el 24 de julio de 2002 por los senadores Iovene, De Zulueta, Battisti, Bedin, Boco, Bonfietti, Chiusoli, Coviello, Di Siena, Donati, Falomi, Flammia, Liguori, Longhi, Pasquini, Peterlini, Pizzinato, Ripamonti y Zancan.

⁹ Proyecto de ley n.º 3574 de actuación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, presentado el 28 de julio de 2005 por los senadores Pianetta, Piccioni, Bianconi, Boldi, Minardo, Sodano Calogero, Cozzolino, Federici y Forlani.

¹⁰ Proyecto de ley n.º 6050 (legislatura XIV) sobre disposiciones para la actuación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, presentado el 3 de agosto de 2005 por el diputado Malgieri.

¹¹ La diferencia más importante, al respecto, es la falta de regulación en el PS 2005 y en el PCD 2005 de los crímenes de guerra, contenidos en cambio en el PS 2003 y en el PCD 2003.

estudiar la adaptación del ordenamiento italiano al ECPI y a elaborar proyectos concretos de implementación.¹² Aquí interesa hacer referencia únicamente a la propuesta de implementación elaborada por la Comisión de Estudio para la Actuación del Estatuto que crea la Corte Penal internacional, instituida por el Ministerio de Justicia.¹³ Esta comisión, conocida comúnmente con el nombre de Comisión Conforti en razón de haber sido presidida por el profesor Benedetto Conforti, ha presentado al Ministerio de Justicia en el año 2003 dos proyectos de implementación: uno referido a las reglas de cooperación internacional y el otro concerniente a la implementación en materia de derecho penal sustancial; este proyecto, sin embargo, no contiene delitos contra la administración de justicia de la CPI. Estas propuestas no se tradujeron en un proyecto de ley con trámite parlamentario.

Como se ha comentado, ninguna de las iniciativas mencionadas ha sido discutida en el Parlamento y todas ellas se refieren a la anterior legislatura. El nuevo gobierno, que ha ascendido al poder en las últimas elecciones nacionales de abril de 2006, no ha dado hasta el momento señales claras acerca de cómo se comportará en relación con estos proyectos y en general respecto de la implementación del ECPI.

Esta contribución se ocupará de analizar especialmente los proyectos más recientes presentados al Senado y a la Cámara de Diputados en el año 2005. Dado que estos proyectos se basan en amplia medida, en cuanto a las normas de cooperación y asistencia judicial y a la ejecución de las decisiones de la CPI, en el proyecto elaborado por la Comisión Conforti y, en cuanto a los delitos contra la administración de justicia de la CPI, en los proyectos presentados al Parlamento en el año 2003, también estos textos serán considerados.

¹² Para mayores detalles sobre estas comisiones, cf. el Informe de Amnesty International de 2005 sobre la implementación del ECPI en Italia, en [http://web.amnesty.org/library/pdf/EUR300092005ITALIAN/\\$File/EUR3000905.pdf](http://web.amnesty.org/library/pdf/EUR300092005ITALIAN/$File/EUR3000905.pdf) y también R. Bellelli, "Come adattare l'ordinamento giuridico italiano allo Statuto della Corte dell'Aja", en *Dir. pen. e proc.*, 2003, pp. 1302 y ss.

¹³ La comisión fue creada por decreto ministerial del 27 de junio de 2002.

2. Asistencia judicial interestatal: normativa nacional y europea

Antes de analizar las regulaciones de los proyectos presentados al Senado y a la Cámara de Diputados en el año 2005, es preciso sintetizar brevemente la normativa italiana común en materia de cooperación y asistencia judicial interestatal. Esta referencia a la disciplina común es especialmente útil en el caso italiano, pues los proyectos que aquí se expondrán remiten a ella en varias oportunidades. En primer lugar se expondrá la normativa concerniente a la extradición (activa y pasiva), luego a las rogatorias (activas y pasivas) y finalmente se harán unas breves referencias a la orden de arresto europea y a la normativa italiana de implementación de esta orden.

2.1. Extradición

El cuadro normativo general se compone de un complejo de disposiciones con fuerza y naturaleza heterogénea: ante todo deben mencionarse las disposiciones de la Constitución (artículos 10 y 26). En segundo lugar, las normas del Código Procesal Penal (artículos 696 a 722) y del Código Penal (artículo 13). En tercer lugar, las normas del derecho internacional convencional o general que, en caso de que existan, desplazan a la ley ordinaria (artículo 696 CPP).¹⁴ Aquí se expondrá únicamente la disciplina de la ley ordinaria aplicable en el caso de que no existan convenciones internacionales o normas del derecho internacional general que regulen el caso o de que estas normas internacionales no dispongan diversamente.

El CPP regula dos tipos de extradición. La extradición pasiva que tiene por objeto la entrega desde Italia a un Estado extranjero de una persona para la ejecución de una sentencia de condena dictada por una autoridad extranjera o para la ejecución

¹⁴ Sin embargo, es preciso señalar que la cláusula de prioridad de las normas internacionales sancionada por el artículo 696 CPP no agota las disposiciones que regulan las relaciones entre normativa internacional y nacional, pues el artículo 705, apartado 2 CPP declara inaplicables las normas internacionales que se opongan a los principios fundamentales del ordenamiento. Sobre el carácter supletorio de las normas del CPP y CP en materia de cooperación judicial y específicamente sobre el artículo 696 CPP como norma que resuelve preventivamente posibles antinomias entre la ley ordinaria y la praxis internacional cf. Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padua, 2006, pp. 983-984. Para los textos de las convenciones firmadas por Italia se remite a: www.giustizia.it. Sobre la extradición en general cf. Conso-Grevi, o. cit., pp. 983 y ss.; Giarda-Spangher, artículos 697 y ss., *Codice di procedura penale commentato*, Ipsa, 2001, pp. 2142 y ss.; Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Padua, 2000, pp. 777 y ss.; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Turín, 2006, pp. 827 y ss.

de otra providencia restrictiva de la libertad (artículos 697 y siguientes CPP) y la extradición activa que tiene por objeto que un Estado extranjero entregue a Italia a una persona (artículos 720 y siguientes CPP). En lo sucesivo expondremos los requisitos y procedimientos de ambos tipos de extradición y luego señalaremos muy brevemente los casos más importantes de extradición referidos a hechos de derecho penal internacional.

2.1.1. Extradición hacia el extranjero (pasiva)

En cuanto concierne a la extradición pasiva deben identificarse, en primer lugar, los requisitos para su concesión y, luego, el procedimiento que ha de seguir el Estado italiano.

Para la concesión de la extradición son necesarias las siguientes condiciones: que el hecho por el cual se solicita la extradición constituya delito tanto para la ley italiana como para la ley extranjera (requisito de la doble punibilidad);¹⁵ que el hecho por el cual se solicita la extradición no sea un delito político;¹⁶ que no existan razones para creer que la persona requerida será sometida a actos discriminatorios o de persecución;¹⁷ que el hecho por el cual se solicita la extradición no sea sancionado por la ley del Estado requirente con la pena de muerte;¹⁸ que existan graves indicios de culpabilidad o haya sido pronunciada en el extranjero una sentencia de condena irrevocable contra la persona requerida;¹⁹ que por el mismo delito por el cual se solicita la extradición no exista un procedimiento en curso, ni haya habido una sentencia irrevocable de condena en Italia;²⁰ que no sea de temer que la persona requerida será sometida a un procedimiento que no asegure el respeto de los derechos fundamentales o que la sentencia condenatoria para cuyo cumplimiento se solicita la extradición haya respetado estos derechos fundamentales.²¹

¹⁵ Artículo 13 CP.

¹⁶ Artículo 698, apartado 1 CPP. Esta disposición se funda en el artículo 10 de la Constitución, cuyo último párrafo dispone: "No es admisible la extradición del extranjero por delitos políticos". Sin embargo, la ley del 21 de julio de 1967 "Sobre la revisión constitucional para la extradición de los delitos de genocidio" ha excluido que el genocidio pueda ser considerado delito político.

¹⁷ Artículo 698, apartado 1 CPP, en donde se prevén cuáles son tales actos.

¹⁸ Artículo 698, apartado 2 CPP según la decisión de la Corte Constitucional n.º 223 del 27 de junio de 1996. Esta decisión ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 698, apartado 2 CPP en la parte que permitía la extradición si el Estado requirente daba seguridades de que no se iba a aplicar la pena de muerte o que no se iba a ejecutar la pena de muerte ya impuesta.

¹⁹ Artículo 705, apartado 1 CPP.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Artículo 705, apartado 2 CPP.

Además de ello, la concesión de la extradición está siempre subordinada a la condición de que la persona extraditada no sea sometida a una restricción de la libertad en ejecución de una pena o medida de seguridad, ni sometida a otra medida restrictiva de la libertad personal por un hecho anterior a la entrega diverso de aquel por el cual la extradición ha sido concedida, ni que sea entregada a otro Estado.²² Rige, por lo tanto, el principio de especialidad.

El procedimiento de extradición pasiva tiene una estructura mixta: se compone de una fase ante la autoridad judicial y de una fase ante la autoridad administrativa. La decisión final, como se verá, compete al ministro de Justicia. En la etapa judicial la autoridad competente es la Corte de Apelaciones del distrito en donde la persona requerida tiene la residencia, la morada o el domicilio en el momento en el cual la solicitud de extradición llega al ministro de Justicia, o bien la Corte de Apelaciones que ha ordenado el arresto provisorio previsto en el artículo 715 CPP o convalidado el arresto previsto en el artículo 716 CPP.²³ Si la competencia no puede determinarse con base en estos criterios, será competente la Corte de Apelaciones de Roma.²⁴ En la etapa administrativa la autoridad competente es el ministro de Justicia.²⁵

El procedimiento de extradición comienza con la recepción de la solicitud por parte del ministro de Justicia. Luego de recibida la solicitud, el ministro debe analizar si la rechaza o si le da curso, caso en el cual debe transmitirla con los documentos anexos al procurador general ante la Corte de Apelaciones competente.²⁶ En el caso de que se presenten varias solicitudes sobre una misma persona, el ministro de Justicia debe establecer el orden de prioridad.²⁷ Recibida la solicitud, el procurador debe disponer la comparecencia de la persona para proceder a su identificación y para obtener su eventual consentimiento a ser extraditada.²⁸ En tal ocasión, la persona requerida es informada de que tiene derecho a nombrar un defensor de confianza,

²² Artículo 699, apartado 1 CPP. Esta inmunidad cesa, sin embargo, si la persona extraditada, habiendo tenido posibilidad, no ha dejado el territorio del Estado al cual ha sido entregada dentro de los 45 días de su liberación definitiva o cuando, habiéndolo dejado, reingresa voluntariamente (artículo 699, apartado 2 CPP). Sobre la cláusula de especialidad cf. Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, o. cit., pp. 989 y ss. Sobre las diferentes interpretaciones acerca del alcance del principio de especialidad en el viejo y en el nuevo CPP cf. G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, o. cit., p. 828.

²³ Artículo 701, apartado 4 CPP.

²⁴ Artículo 701, apartado 4 CPP.

²⁵ Artículo 697 CPP.

²⁶ Artículo 703, apartado 1 CPP.

²⁷ Artículo 697, apartado 2 CPP.

²⁸ Artículo 703, apartado 2 CPP.

pero que en todo caso será asistida por un defensor de oficio.²⁹ Dentro de los tres meses de la recepción de la solicitud, el procurador debe presentar la requisitoria a la Corte de Apelaciones.³⁰ La Corte de Apelaciones celebrará una audiencia de la cual deberá notificar al procurador general, a la persona requerida, a su defensor y eventualmente al representante del Estado requirente.³¹ Luego de celebrada la audiencia y escuchadas las partes, la Corte de Apelaciones dictará sentencia.³² La decisión deberá tener en cuenta los requisitos arriba mencionados para la procedencia de la extradición y es impugnabile ante la Corte de Casación por la persona interesada, por su defensor, por el procurador general y por el representante del Estado extranjero.³³ Si la decisión es contraria a la extradición, la Corte debe revocar las medidas cautelares eventualmente dictadas.³⁴ En este caso, se admite una renovación de la solicitud solo si esta se basa en elementos que no habían sido valorados anteriormente.³⁵ Si la decisión es favorable, la Corte dispone el encarcelamiento preventivo de la persona si existe un pedido del ministro de Justicia en tal sentido.³⁶

Luego de la decisión judicial favorable o luego de haberse obtenido el consentimiento de la persona requerida para su extradición, se abre la fase administrativa. Sin embargo, ni la decisión judicial favorable, ni el consentimiento de la persona requerida vinculan al ministro de Justicia.³⁷ Dentro de los cuarenta y cinco días de la recepción del acta en donde consta el consentimiento de la persona requerida a ser extraditada o del depósito de la sentencia de la Corte de Casación o del agotamiento del plazo para impugnar la decisión de la Corte de Apelaciones, el ministro de Justicia debe decidir.³⁸ Vencido ese plazo sin que el ministro hubiera decidido, la persona, si se encuentra detenida, será puesta en libertad.³⁹ La decisión en sentido positivo o negativo debe ser comunicada inmediatamente al Estado extranjero.⁴⁰ Si la extradición

²⁹ *Ibidem*. Si la persona ya se encuentra arrestada en virtud de una medida de detención provisional de acuerdo con los artículos 715 y 716 CPP, tales recaudos serán cumplidos por la Corte de Apelaciones en una audiencia celebrada a tal efecto (artículo 717 CPP).

³⁰ Artículo 703, apartado 4 CPP.

³¹ Artículo 704, apartado 1 CPP.

³² Artículo 704, apartado 2 CPP.

³³ Artículo 706, apartado 1 CPP.

³⁴ Artículo 704, apartado 4 CPP.

³⁵ Artículo 707 CPP.

³⁶ Artículo 704, apartado 3 CPP.

³⁷ Artículo 701, apartado 3 CPP.

³⁸ Artículo 708, apartado 1 CPP.

³⁹ Artículo 708, apartado 2 CPP.

⁴⁰ Artículo 708, apartado 4 CPP.

fuere denegada, la persona será puesta en libertad.⁴¹ Si la extradición fuere concedida, se indicará el lugar y la fecha a partir de la cual es posible proceder a la entrega de la persona.⁴² La entrega deberá realizarse dentro de los quince días de la fecha recién mencionada y este término podrá ser prorrogado por otros veinte días.⁴³ La sentencia de extradición pierde eficacia si la entrega no se cumple dentro de tal término y en ese caso la persona requerida debe ser puesta en libertad.⁴⁴ La extradición será suspendida si el *extraditurus* debe ser juzgado o debe cumplir un pena en Italia.⁴⁵ Con todo, existe la posibilidad de una entrega temporal.⁴⁶

2.1.2. Extradición desde el extranjero (activa)

El procedimiento para solicitar la extradición de una persona a otro Estado (extradición activa) es mucho más sencillo del que se acaba de exponer. La autoridad competente para presentar la solicitud de extradición es el ministro de Justicia, el cual puede actuar de propia iniciativa o a propuesta del procurador general ante la Corte de Apelaciones del distrito en el cual se procede o ha sido pronunciada la sentencia de condena.⁴⁷ El ministro de Justicia no está vinculado con la propuesta del procurador, y puede no presentar o diferir la solicitud de extradición.⁴⁸ Él también es competente para aceptar o no las condiciones que eventualmente exija el Estado extranjero; estas condiciones, sin embargo, no pueden ser contrarias a los principios fundamentales del ordenamiento italiano.⁴⁹ Una vez concedida la extradición por la autoridad extranjera, el ministro de Justicia, si acepta las condiciones que esta eventualmente impusiera, formulará una solicitud de traslado al ministro de Relaciones Exteriores o al representante diplomático en Italia de ese país. La autoridad judicial deberá respetar tales condiciones⁵⁰ y también el principio de especialidad.⁵¹

⁴¹ Artículo 708, apartado 3 CPP.

⁴² Artículo 708, apartado 4 CPP.

⁴³ Artículo 708, apartado 5 CPP.

⁴⁴ Artículo 708, apartado 6 CPP.

⁴⁵ Artículo 709, apartados 1 y 2 CPP.

⁴⁶ Artículo 709 CPP.

⁴⁷ Artículo 720, apartados 1 y 2 CPP.

⁴⁸ Artículo 720, apartado 3 CPP.

⁴⁹ Artículo 720, apartado 4 CPP.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Artículo 721 CPP.

2.1.3. *Jurisprudencia de extradición relacionada con el derecho penal internacional*

En cuanto a la extradición pasiva, no existen decisiones jurisprudenciales que tengan relación con delitos de derecho penal internacional. Por el contrario, sí han existido casos de extradición activa relacionados con los crímenes del nacionalsocialismo en Italia (caso Erich Priebke) y con los crímenes cometidos por la dictadura militar argentina (casos Suárez Mason; Riveros; Astiz, etcétera). Todos estos casos se trataron de solicitudes de extradición a la Argentina; respecto de la primera se obtuvo respuesta favorable, no así respecto de las restantes.

2.2. Otras medidas de asistencia (rogatorias)

El ordenamiento italiano contempla dos especies de rogatorias.⁵² La rogatoria pasiva que una autoridad extranjera dirige a la autoridad italiana para que esta realice ciertas medidas probatorias, comunicaciones o notificaciones (artículo 723 y ss. CPP) y la rogatoria activa que la autoridad italiana dirige a la autoridad extranjera para que esta cumpla medidas de asistencia (artículo 727 y ss. CPP).

2.2.1. *Rogatoria pasiva*

El procedimiento de la rogatoria pasiva es, en líneas generales, el siguiente. El ministro de Justicia es la autoridad competente para recibir las rogatorias de parte de la autoridad extranjera. Antes de dar curso a la rogatoria, él deberá controlar si se verifican las causales para rechazar desde el inicio la solicitud. El ministro de Justicia debe rechazar la solicitud si considera que los actos solicitados comprometen la soberanía, la seguridad u otros intereses esenciales del Estado,⁵³ si resulta evidente que los actos solicitados están expresamente prohibidos por la ley o son contrarios a los principios fundamentales del ordenamiento,⁵⁴ si hay fundadas razones para creer que

⁵² Al igual que en la extradición, también respecto de las rogatorias las normas del CPP son de aplicación supletoria para el caso de que no existan disposiciones al respecto en convenciones internacionales o en del derecho internacional general (artículo 696 CPP). Para más detalles sobre las rogatorias cf. Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, o. cit., pp. 1017 y ss.

⁵³ Artículo 723, apartado 1 CPP.

⁵⁴ Artículo 723, apartado 2, primera parte, CPP.

consideraciones de raza, religión, sexo, nacionalidad, lengua, opiniones políticas, condiciones personales o sociales puedan influir negativamente el desarrollo o resultado del proceso,⁵⁵ si el Estado requirente no da idóneas garantías de reciprocidad⁵⁶ y, en los casos en que la rogatoria tuviera por objeto la citación de una persona ante la autoridad judicial extranjera, si el Estado requirente no ofrece garantías idóneas en cuanto a la inmunidad de esta persona.⁵⁷ La decisión del ministro de Justicia no es revisable en sede judicial.

Si no se verifica ninguna de las causales, el ministro de Justicia debe remitir las actuaciones al procurador general, el cual deberá presentar la requisitoria ante la Corte de Apelaciones.⁵⁸ Salvo algunos casos expresamente previstos en la ley procesal,⁵⁹ no se ejecutará ninguna rogatoria de una autoridad extranjera sin una decisión favorable de la Corte de Apelaciones.⁶⁰ La Corte debe resolver tras la celebración de una audiencia, cuya fecha debe ser comunicada al procurador general.⁶¹ La Corte debe negar la rogatoria si los actos solicitados están prohibidos por la ley o son contrarios a los principios fundamentales del ordenamiento,⁶² si el hecho por el cual procede la autoridad extranjera no es delito según la ley italiana y no resulta que el imputado haya libremente manifestado su consentimiento a la ejecución de la rogatoria,⁶³ si hay fundadas razones para creer que consideraciones de raza, religión, sexo, nacionalidad, lengua, opiniones políticas, condiciones personales o sociales puedan influir negativamente el desarrollo o resultado del proceso y no resulta que el imputado haya libremente manifestado su consentimiento a la ejecución de la rogatoria.⁶⁴ La Corte resuelve por medio de ordenanza,⁶⁵ la cual es irrecurrible. Si la ejecución de

⁵⁵ Artículo 723, apartado 2, segunda parte CPP. Esta causal de rechazo no opera si el imputado ha expresado libremente su consentimiento a la realización de la rogatoria.

⁵⁶ Artículo 723, apartado 4 CPP.

⁵⁷ Artículo 723, apartado 3 CPP.

⁵⁸ Artículo 724, apartado 2 CPP.

⁵⁹ Estos casos son los siguientes. Por un lado, si la rogatoria tuviera por objeto la citación de testigos residentes o que tuvieran su morada en territorio italiano, el procurador del lugar en el cual debe ser ejecutada la notificación debe cumplir directamente la solicitud (artículo 726 CPP). Por otro lado, si las convenciones internacionales permiten notificar al interesado directamente por medio postal y esta vía no es utilizada, la solicitud de la autoridad judicial extranjera de notificar al imputado residente o que tiene morada en Italia debe ser cumplida directamente por el procurador (artículo 726 bis CPP). Finalmente, cuando en virtud de un acuerdo internacional se admite que la solicitud de asistencia sea presentada también por una autoridad administrativa extranjera, el juez de la investigación preliminar, previo requerimiento del procurador, debe cumplir el acto solicitado (artículo 726 ter CPP).

⁶⁰ Artículo 724, apartado 1 CPP.

⁶¹ Artículo 724, apartado 3 CPP.

⁶² Artículo 724, apartado 5, letra a CPP.

⁶³ Artículo 724, apartado 5, letra b CPP.

⁶⁴ Artículo 724, apartado 5, letra c CPP.

⁶⁵ Artículo 724, apartado 4 CPP.

la rogatoria puede perjudicar investigaciones o procedimientos penales en curso en Italia, la Corte de Apelaciones debe suspender su trámite.⁶⁶ Si la Corte de Apelaciones resuelve favorablemente, delegará su ejecución a uno de sus componentes o al juez de la investigación preliminar.⁶⁷ El cumplimiento de los actos solicitados se rige por las reglas del CPP y pueden observarse las formas expresamente solicitadas por la autoridad judicial extranjera que no sean contrarias a los principios del ordenamiento italiano.⁶⁸

2.2.2. Rogatoria activa

El procedimiento de la rogatoria pasiva puede sintetizarse de la siguiente manera. Los jueces o magistrados del Ministerio Público deben remitir sus rogatorias al ministro de Justicia, quien las enviará a la autoridad extranjera por vía diplomática.⁶⁹ El ministro de Justicia tiene treinta días para decidir si da curso a la rogatoria o si no lo hace por considerar que ella puede comprometer la seguridad u otros intereses esenciales del Estado.⁷⁰ Si transcurre este plazo y él no ha tomado ninguna de estas decisiones, la autoridad judicial puede enviar directamente la rogatoria al agente diplomático o consular italiano, informando de ello al ministro de Justicia.⁷¹ Cuando la rogatoria tuviera por objeto la citación de un testigo, de un perito o de un imputado ante la autoridad judicial italiana, la persona citada no podrá ser sometida a ninguna restricción de la libertad personal en ejecución de una pena o de una medida de seguridad, ni a otra medida restrictiva de su libertad personal por hechos anteriores a la notificación de la citación.⁷² En el caso de que existan acuerdos internacionales que permitan que la solicitud de asistencia pueda ser cumplida según las modalidades previstas por el ordenamiento italiano, la autoridad judicial debe especificarlas en la solicitud e indicar los elementos necesarios para la utilización procesal de los actos

⁶⁶ Artículo 724, apartado 5 bis CPP.

⁶⁷ Artículo 725, apartado 1 CPP.

⁶⁸ Artículo 725, apartado 2 CPP.

⁶⁹ Artículo 727, apartado 1 CPP. El ministro de Justicia debe comunicar a la autoridad requirente la recepción de la solicitud (artículo 727, apartado 3 CPP).

⁷⁰ Artículo 727, apartado 2 CPP. El ministro de Justicia debe comunicar a la autoridad requirente si da curso o no a la solicitud (artículo 727, apartado 3 CPP).

⁷¹ Artículo 727, apartado 4 CPP. En casos urgentes, la autoridad judicial puede transmitir directamente la rogatoria antes de vencido dicho plazo (artículo 727, apartado 5 CPP).

⁷² Artículo 728, apartado 1 CPP. Esta inmunidad cesa, sin embargo, si esta persona, habiendo tenido posibilidad, no ha dejado el territorio italiano dentro de los quince días del momento en el cual su presencia no es necesaria para la autoridad judicial o cuando, habiéndolo dejado, reingresa voluntariamente (artículo 728, apartado 2 CPP).

solicitados.⁷³ Si el Estado extranjero ejecuta la solicitud con modalidades diversas a aquellas indicadas por la autoridad judicial italiana, los actos cumplidos por la autoridad judicial extranjera o las declaraciones que tengan objeto el contenido de esos actos son inutilizables.⁷⁴ También son inutilizables los documentos o medios de pruebas adquiridos o transmitidos en violación de las normas concernientes a la adquisición o transmisión de pruebas previstas en las convenciones internacionales o en el derecho internacional general referidas a la cooperación internacional, como también las declaraciones que versen sobre esas pruebas.⁷⁵

2.3. La orden de detención europea

Dentro de las medidas de cooperación interestatal también debe mencionarse, si bien muy brevemente, la orden de detención europea. La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros de la Unión Europea se encuentran regulados en la decisión marco 2002/584/JAI, del 13 de junio de 2002.⁷⁶ Esta decisión ha sido implementada por Italia por medio de la ley n.º 69, del 22 de abril de 2005.

La orden de detención europea es una decisión judicial emitida por un Estado miembro con miras a la detención y entrega por parte de otro Estado miembro de una persona buscada a los fines del ejercicio de una acción penal o de la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de la libertad.⁷⁷ Esta normativa tiene por objeto sustituir, entre los Estados miembros, el sistema tradicional de la extradición y reemplazarlo por un procedimiento de entrega simplificado, basado en el principio del reconocimiento mutuo de las decisiones en materia penal de estos Estados. De este modo, la autoridad judicial nacional de ejecución debe reconocer, con controles mínimos, la solicitud de entrega de una persona formulada por la autoridad judicial de otro Estado miembro.

La orden puede ser emanada respecto de los delitos que sean punibles según la ley del Estado miembro requirente con una pena de prisión o con una medida de seguridad privativa de la libertad no inferior, en su máximo, a un año o bien cuando ha sido

⁷³ Artículo 727, apartado 5 bis CPP.

⁷⁴ Artículo 729, apartado 1 bis y 1 ter CPP.

⁷⁵ Artículo 729, apartado 1 CPP, en conexión con los artículos 696 y 729, apartado 1 ter CPP.

⁷⁶ Publicada en el Diario Oficial L 190, del 18 de julio de 2002.

⁷⁷ Artículo 1, apartado 1, decisión marco ODE.

pronunciada una condena definitiva a una pena de prisión o medida de seguridad privativa de la libertad no inferior a cuatro meses.⁷⁸ Respecto de ciertos delitos y a condición de que estén sancionados en el Estado miembro que emite la orden de detención con una pena igual o superior a tres años, la entrega puede ocurrir sin el control de la doble incriminación.⁷⁹ Entre estos delitos se menciona expresamente a los “delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”.⁸⁰ Respecto de los demás delitos, la entrega podrá subordinarse a la condición de que el hecho por el cual se solicita la entrega constituya delito según la ley del Estado miembro de ejecución (doble incriminación).⁸¹

Además de no requerir la doble incriminación respecto de los delitos de competencia de la CPI para la entrega de personas entre los Estados miembros, la decisión marco se refiere en otra ocasión al sistema penal de la CPI. Luego de regular los casos de concurrencia entre solicitudes de entrega entre Estados miembros y entre un Estado miembro y uno que no lo es, se establece expresamente que esa normativa sobre concurrencia “se entiende sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en virtud del Estatuto de la Corte Penal Internacional”.⁸² En este sentido, la decisión marco ha dado prioridad a las solicitudes provenientes de la CPI. El legislador italiano en su ley de actuación no ha regulado esa eventualidad.⁸³

⁷⁸ Artículo 2, apartado 1, decisión marco ODE.

⁷⁹ Artículo 2, apartado 2, decisión marco ODE.

⁸⁰ La lista completa de los delitos que permiten prescindir del requisito de la doble incriminación es la siguiente: participación en una organización criminal, terrorismo, trata de seres humanos, abuso sexual de menores y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, fraude, incluido el fraude en detrimento de los intereses financieros comunitarios, blanqueo de capitales, falsificación de moneda, criminalidad informática, criminalidad ambiental, favorecimiento de ingreso y residencia ilegales, homicidio voluntario, lesiones personales graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, robo, secuestro y toma de rehenes, racismo y xenofobia, hurtos organizados o con uso de armas, tráfico ilícito de bienes culturales, estafa, extorsión, falsificación y piratería en materia de productos, falsificación de actos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación de medios de pago, tráfico ilícito de sustancias hormonales y de otros factores de crecimiento, tráfico ilícito de material nuclear y radioactivo, tráfico de vehículos robados, violación, incendio voluntario, delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, secuestro de aeronaves y sabotaje (artículo 2, apartado 2, decisión marco ODE).

⁸¹ Artículo 2, apartado 4, decisión marco ODE.

⁸² Artículo 16, apartado 4, decisión marco ODE.

⁸³ En efecto, el artículo 20 de esta ley solo implementa los apartados 1, 2 y 3 del artículo 16 de la decisión marco ODE, pero no el apartado 4. Sobre este punto y sobre los problemas que, al respecto, podrían surgir cf. A. Lanciotti, “Rapporti tra l’attuazione del mandato di arresto europeo e la giurisdizione della Corte penale internazionale”, en Pensini-Scalfati (dirs.), *Il mandato di arresto europeo*, Nápoles, 2005, pp. 185 y ss.; L. Vierucci, “The European Arrest Warrant an Additional Tool for Prosecuting ICC Crimes”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2004, pp. 273 y ss.; A. Lanciotti, “I coinvolgimenti sovranazionali”, en *Diritto Penale e Processo*, n.º 7, 2005, p. 811; P. Balbo, *Il mandato di arresto europeo secondo la legge di attuazione italiana*, Turín, 2006, pp. 132-134. Cf. en general también Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, o. cit., pp. 1008-1016; G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Turín, 2006, 7.º ed., pp. 833-839.

3. La cooperación con la Corte Penal Internacional

En esta parte se expondrán las regulaciones contenidas en los proyectos presentados al Senado y a la Cámara en el año 2005 para adaptar el ordenamiento interno a las regulaciones del ECPI en materia de cooperación y asistencia judicial.⁸⁴ También se indicarán las disposiciones concordantes del proyecto elaborado por la Comisión Conforti. Los proyectos comentados han intentado integrar y coordinar las nuevas formas o modalidades de cooperación con la CPI con la normativa sobre cooperación y asistencia judicial internacional existente en el Código Procesal Penal. Por esta razón, en numerosas oportunidades ellos remiten a las normas del Código de forma.

3.1. Obligación de cooperación y respeto de los principios fundamentales del ordenamiento

Los proyectos ratifican expresamente la obligación de cooperación prevista en el artículo 86 ECPI e indican que ella se cumplirá de acuerdo al ECPI, a los tratados internacionales y al derecho internacional general y en respeto de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico italiano.⁸⁵

3.2. Derecho aplicable

Las solicitudes de asistencia judicial, entrega de personas o ejecución de decisiones que la CPI efectúe a Italia se registrarán, según los proyectos comentados, por las disposiciones del CPP,⁸⁶ salvo que en ellos mismos o el ECPI establecieran otra cosa y siempre que tales disposiciones no sean contrarias a los principios fundamentales del ordenamiento italiano.⁸⁷ Si bien los proyectos analizados no mencionan

⁸⁴ Para otros trabajos sobre la cooperación con la CPI con referencia al ordenamiento italiano cf. Marchetti, "Dalle Convenzioni bilaterali alle 'nuove' forme di assistenza", en La Greca-Marchetti, *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Turín, 2003, pp. 24 y ss.

⁸⁵ Cf. artículo 44 PS 2005 y artículo 45 PCD 2005. Cf. también el artículo 1 PCMJ, el cual, sin embargo, no hace referencia al derecho internacional contractual, ni al derecho internacional general. La previsión de *contralimitaciones* para bloquear la penetración de derecho no estatal en caso de incompatibilidad con los principios supremos del ordenamiento italiano funda las relaciones entre el sistema interno y los espacios jurídicos supranacionales de los cuales Italia forma parte.

⁸⁶ Libro XI, títulos II, III y IV.

⁸⁷ Cf. artículo 46 PS 2005, artículo 47 PCD 2005 y artículo 3 PCMJ.

dentro del derecho aplicable a las Reglas de Procedimiento y Pruebas, ellas estarían incluidas por la remisión al derecho internacional y porque a ellas se refiere el mismo ECPI (artículos 51, 21). Por otra parte, los mismos proyectos reenvían en algunas de sus disposiciones a estas reglas.⁸⁸ Tampoco estos proyectos mencionan al Código Penal, por lo cual las disposiciones allí contenidas sobre extradición no son de aplicación en los casos de entrega a la CPI. No se exige, por lo tanto, el requisito de la doble punibilidad previsto por el artículo 13 de ese Código.⁸⁹

3.3. Autoridades competentes

Las autoridades competentes para la ejecución de las solicitudes de cooperación de la CPI son, básicamente, el ministro de Justicia, la Corte de Apelaciones de Roma y el procurador general ante esa Corte. El ministro de Justicia es el órgano encargado de las relaciones con la CPI.⁹⁰ Él recibe las solicitudes de cooperación y las transmite al procurador general, quien, a su vez, dependiendo de la medida, la transmite al procurador del lugar donde deben cumplirse o insta el procedimiento ante la Corte de Apelaciones.⁹¹ En el procedimiento de entrega, al ministro de Justicia también le compete la decisión final.⁹² El ministro de Justicia es también el encargado de celebrar las consultas con la CPI, en las cuales también participará el procurador general, en caso de que sea solicitado.⁹³

3.4. Solicitudes de asistencia: procedimiento

El procedimiento para la ejecución de las solicitudes de cooperación es básicamente el siguiente. El ministro de Justicia, una vez recibida la solicitud de cooperación de la CPI, la transmite al procurador general ante la Corte de Apelaciones de Roma.⁹⁴ Si la solicitud tuviere por objeto una medida de investigación o de adquisición

⁸⁸ Cf. artículos 59 y 60 PS 2005, artículos 60 y 61 PCD 2005 y artículos 15, 16 PCMJ.

⁸⁹ Este requisito ha sido eliminado también en el ámbito europeo por la Orden de arresto europea. La eliminación de la exigencia de la doble punibilidad también en el caso de entrega a la CPI puede explicarse en la lógica que está a la base del reconocimiento de una jurisdicción supranacional.

⁹⁰ Cf. artículo 45, apartado 1 PS 2005, artículo 46, apartado 1 PCD 2005 y artículo 2, apartado 1 PCMJ.

⁹¹ Cf. artículo 47, apartados 1, 4 y 5 PS 2005, artículo 48, apartados 1, 4 y 5 PCD 2005 y artículo 4, apartados 1, 4 y 5 PCMJ.

⁹² Cf. artículo 56, apartado 7 PS 2005, artículo 57, apartado 7 PCD 2005 y artículo 12, apartado 7 PCMJ.

⁹³ Cf. artículo 53 PS 2005, artículo 54 PCD 2005 y artículo 9 PCMJ.

⁹⁴ Cf. artículo 47, apartado 1 PS 2005, artículo 48, apartado 1 PCD 2005 y artículo 4, apartado 1 PCMJ.

de prueba, el procurador general debe solicitar su ejecución a la Corte de Apelaciones.⁹⁵ La Corte puede confiar la ejecución de la medida a un propio miembro o delegarla al juez de investigaciones preliminares del lugar donde debe ser cumplido el acto en cuestión.⁹⁶ Si la solicitud de la CPI tuviera por objeto la citación de una persona o cualquiera otra notificación, ella será transmitida al procurador de la República ante el tribunal del lugar donde deben llevarse a cabo, el cual las cumplirá sin retardo.⁹⁷

3.5. Excepciones en la transmisión de actos y documentos

Los proyectos regulan ciertos supuestos en los que el acto de asistencia no podrá ser cumplido. Así, cuando el ministro de Justicia, previa consulta con los ministerios interesados, tenga razones para creer que la transmisión de ciertos documentos pudiera poner en riesgo la seguridad nacional, deberá abstenerse de cumplir la solicitud de asistencia. En tal caso, deberá realizar la consulta que prevé el artículo 72 del ECPI, esto es, sobre la posibilidad de cumplir la cooperación de otro modo o bajo condiciones.⁹⁸ El Estado italiano tampoco podrá transmitir a la CPI informaciones o documentos de carácter reservado entregados por otro Estado, sin el consenso de este.⁹⁹

3.6. Carácter reservado de la solicitud de cooperación y prohibición de utilización de los documentos enviados por la CPI

Los proyectos establecen expresamente el deber del ministro de Justicia de asegurar que la solicitud de cooperación de la CPI tenga carácter reservado.¹⁰⁰ Por otra parte, también prohíben la utilización en otros procesos internos de los documentos enviados por la CPI para fundar su solicitud de cooperación, si la CPI no lo autoriza expresamente.¹⁰¹

⁹⁵ Cf. artículo 47 apartado 2 PS 2005, artículo 48 apartado 2 PCD 2005 y artículo 4 apartado 2 PCMJ.

⁹⁶ Cf. artículo 47 apartado 3 PS 2005, artículo 48 apartado 3 PCD 2005 y artículo 4 apartado 3 PCMJ.

⁹⁷ Cf. artículo 47 apartado 5 PS 2005, artículo 48 apartado 5 PCD 2005 y artículo 4 apartado 5 PCMJ.

⁹⁸ Cf. artículo 48 apartado 2 PS 2005, artículo 49 apartado 2 PCD 2005 y artículo 5 apartado 2 PCMJ.

⁹⁹ Cf. artículo 48 apartado 1 PS 2005, artículo 49 apartado 1 PCD 2005 y artículo 5 apartado 1 PCMJ.

¹⁰⁰ Cf. artículo 45 apartado 3 PS 2005, artículo 46 apartado 3 PCD 2005 y artículo 2 apartado 3 PCMJ.

¹⁰¹ Cf. artículo 48 apartado 4 PS 2005, artículo 49 apartado 4 PCD 2005 y artículo 5 apartado 4 PCMJ.

3.7. Inmunidad temporaria de testigos e imputados que deban cumplir un acto de cooperación en Italia

La inmunidad temporaria a favor de testigos o imputados que, en cumplimiento de un acto de cooperación con la CPI, deban ingresar en territorio italiano, también está expresamente prevista por los proyectos comentados. En tal supuesto no es admisible ninguna medida de restricción de la libertad por hechos anteriores al ingreso en territorio italiano.¹⁰² La inmunidad cesa cuando la persona en cuestión, teniendo posibilidad de hacerlo, no deja el territorio italiano en el plazo de quince días luego de que su presencia en el país no es más necesaria o cuando habiendo dejado el país regresa voluntariamente.¹⁰³

3.8. Protección de víctimas, testigos y sus parientes

Los proyectos comentados también prevén el cumplimiento de las solicitudes de la CPI finalizadas a la protección de víctimas, testigos y sus parientes de acuerdo al artículo 68 ECPI. Al respecto, establecen que el ministro de Justicia transmitirá tales solicitudes al Ministro del Interior y que son de aplicación las medidas de protección y asistencia previstas en la ley italiana.¹⁰⁴

3.9. Presencia o actuación de miembros de la CPI y de la Fiscalía ante la CPI en el territorio italiano e inmunidades de estos funcionarios

Los proyectos contemplan la posibilidad de que los jueces de la CPI y el procurador ante la CPI, previa solicitud, presencien la ejecución de los actos de cooperación cumplidos por la autoridad italiana.¹⁰⁵ La actuación directa del procurador de la CPI en el territorio italiano está permitida dentro de los límites del artículo 99.4 ECPI. El proyecto dispone en tal caso que el procurador ante la CPI será asistido por el procurador general.¹⁰⁶

¹⁰² Cf. artículo 49 apartado 1 PS 2005, artículo 50 apartado 1 PCD 2005 y artículo 6 apartado 1 PCMJ.

¹⁰³ Cf. artículo 49, apartado 2 PS 2005, artículo 50, apartado 2 PCD 2005 y artículo 6, apartado 2 PCMJ.

¹⁰⁴ Cf. artículo 51 PS 2005 y artículo 52 PCD 2005. El PCMJ no se refiere a este punto.

¹⁰⁵ Cf. artículo 47, apartado 4 PS 2005, artículo 48, apartado 4 PCD 2005 y artículo 4, apartado 4 PCMJ.

¹⁰⁶ Cf. artículo 47, apartado 7 PS 2005, artículo 48, apartado 7 PCD 2005 y artículo 4, apartado 7 PCMJ.

Vinculado con la presencia o actuación de miembros de la CPI y de la Fiscalía ante la CPI en el territorio italiano está el tema de las inmunidades de estos funcionarios. Al respecto, Italia ha firmado el 10 de septiembre de 2002 y ratificado el 20 de noviembre de 2006 el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de los Funcionarios de la CPI, adoptado el 9 de septiembre de 2002.¹⁰⁷

3.10. Detención y entrega de personas

En cuanto a la detención y entrega, los proyectos que aquí se comentan establecen el siguiente procedimiento.

Las solicitudes de entrega son recibidas por el ministro de Justicia y transmitidas al procurador general. Si se requiere la entrega de una persona respecto de la cual la CPI ha dictado una orden de detención conforme al artículo 58 ECPI o ha dictado una sentencia de condena a pena privativa de la libertad, el procurador deberá requerir su detención a la Corte de Apelaciones.¹⁰⁸ La Corte de Apelaciones no podrá controlar la corrección de las razones que llevaron a la CPI a dictar la orden de detención. Contra la decisión de la Corte de Apelaciones puede interponerse recurso de casación.¹⁰⁹ Una vez obtenida la persona, el presidente de la Corte de Apelaciones “lo más rápido posible o de todos modos dentro de los cinco días” de la detención procederá a su identificación y le preguntará acerca de si presta consentimiento a ser entregado.¹¹⁰ En esta audiencia el detenido es invitado a designar un abogado de su confianza, o en su defecto le es designado uno de oficio.¹¹¹

Si hay consentimiento a la entrega, el proceso judicial no tiene lugar. Para garantía de la persona, el consentimiento solamente es válido si es prestado en presencia del defensor.¹¹² En tal caso, el expediente pasa al ministro de Justicia para la decisión final.¹¹³

¹⁰⁷ Un cuadro completo de las firmas y ratificaciones de este Acuerdo se encuentra en: http://www.iccnw.org/documents/CICC_APIClist_current.pdf.

¹⁰⁸ Cf. artículo 54, apartado 1 PS 2005, artículo 55, apartado 1 PCD 2005 y artículo 10, apartado 1 PCMJ.

¹⁰⁹ Cf. artículo 54, apartado 2 PS 2005, artículo 55, apartado 2 PCD 2005 y artículo 10, apartado 2 PCMJ.

¹¹⁰ Cf. artículo 54, apartado 4 PS 2005; artículo 55, apartado 4 PCD 2005; y artículo 10, apartado 4 PCMJ.

¹¹¹ Cf. artículo 717, apartado 2 CPP al cual remiten expresamente los artículos 54, apartado 4 PS 2005; 55 apartado 4 PCD 2005; y 10 apartado 4 PCMJ.

¹¹² Artículo 701 apartado 2 CPP.

¹¹³ Cf. artículo 56, apartado 7 PS 2005; artículo 57, apartado 7 PCD 2005; y artículo 12, apartado 7 PCMJ.

Si no hay consentimiento, tiene lugar el proceso judicial de entrega que comienza con la presentación del dictamen del procurador. La presentación de este dictamen es comunicada a las partes junto con la fecha de la audiencia.¹¹⁴ La Corte de Apelaciones debe proceder según el procedimiento en cámara de consejo¹¹⁵ y solo puede rechazar la entrega si se da una de las siguientes condiciones:¹¹⁶

1. si la CPI no ha dictado una orden de detención o una sentencia definitiva de condena;
2. si no existe identidad física entre la persona solicitada y aquella objeto del procedimiento de entrega;
3. si el hecho por el cual se solicita la entrega no es de competencia de la CPI;
4. si por el mismo hecho y contra la misma persona ha sido pronunciada en Italia una sentencia irrevocable. Esto no rige, sin embargo, en los casos del artículo 89, apartado 2 ECPI, esto es, cuando la CPI ha declarado admisible la causa.

En caso de que se oponga una excepción de falta de jurisdicción de la CPI, la Corte de Apelaciones deberá suspender el trámite de la entrega hasta la decisión de la CPI, salvo que la excepción sea manifiestamente infundada. Esta excepción no podrá ser opuesta en un procedimiento que tenga por objeto la entrega de una persona para que cumpla una sentencia definitiva de condena impuesta por la CPI.¹¹⁷

Contra la decisión de la Corte de Apelaciones puede interponerse recurso de casación también sobre el mérito.¹¹⁸ Tal ampliación de la competencia de la casación tiene por finalidad garantizar una doble instancia de juicio, dado que el tribunal que entiende en primer término es la Corte de Apelaciones. El recurso de casación tiene efecto suspensivo.¹¹⁹

¹¹⁴ Cf. artículo 56, apartado 1 PS 2005; artículo 57, apartado 1 PCD 2005; y artículo 12, apartado 1 PCMJ.

¹¹⁵ Cf. artículo 127 CPP, al cual reenvían expresamente los artículos 56, apartado 2 PS 2005; 57, apartado 2 PCD 2005; y 12, apartado 2 PCMJ.

¹¹⁶ Todas las condiciones mencionadas a continuación están previstas en los artículos 56 apartado 3 PS 2005, 57 apartado 3 PCD 2005 y 12 apartado 3 PCMJ. La indicación, en las normas recién citadas, de que la entrega puede rechazarse "sólo" si se presenta una de esas condiciones parece hacer inoperantes las causales de rechazo del artículo 705 CPP.

¹¹⁷ Cf. artículo 56 apartado 4 PS 2005, artículo 57 apartado 4 PCD 2005 y artículo 12 apartado 4 PCMJ.

¹¹⁸ Cf. artículo 56 apartado 5 PS 2005, artículo 57 apartado 5 PCD 2005 y artículo 12 apartado 5 PCMJ.

¹¹⁹ Cf. artículo 56 apartado 5 PS 2005, artículo 57 apartado 5 PCD 2005 y artículo 12 apartado 5 PCMJ.

Una vez que la decisión favorable a la entrega de la Corte de Apelaciones quede firme o una vez que la Corte de Casación se haya pronunciado a favor de la entrega, el expediente pasa al Ministerio de Justicia, el cual debe decidir sobre la entrega dentro del plazo de cuarenta y cinco días.¹²⁰ Lo mismo ocurre en el caso de que la persona haya prestado consentimiento a ser entregada. Si el Ministerio de Justicia concede la entrega, debe acordar con la CPI el tiempo, el lugar y la modalidad en que tal entrega ha de producirse.¹²¹

3.11. Revocación de la detención durante el procedimiento de entrega

Los proyectos también regulan algunos supuestos en los cuales *debe* revocarse la detención.¹²² La revocación de la detención ocurre, además de cuando se resuelve la solicitud de manera contraria a la entrega, en los siguientes supuestos:

1. si desde el momento en que comienza la ejecución de la solicitud de entrega transcurre un año sin que la Corte de Apelaciones hubiera resuelto favorablemente o un año y medio si existió recurso de casación. Este término puede ser prorrogado varias veces, a pedido del procurador general, pero por un máximo total de tres meses;
2. si el Ministerio de Justicia no decide sobre la entrega dentro del plazo de cuarenta y cinco días de haber recibido las actas en donde consta decisión judicial firme favorable a la entrega o el consentimiento de la persona a ser entregada;
3. si transcurren quince días de la fecha fijada para la entrega, sin que la entrega haya tenido lugar y sin que esa fecha haya sido prorrogada a pedido de la CPI.

3.12. Detención provisional

Los proyectos también se ocupan de la solicitud de detención provisional presentada por la CPI en casos de urgencia.¹²³ La admisibilidad de la detención provisional

¹²⁰ Cf. artículo 56, apartado 7 PS 2005; artículo 57, apartado 7 PCD 2005; y artículo 12, apartado 7 PCMJ.

¹²¹ Cf. artículo 56, apartado 7 PS 2005; artículo 57, apartado 7 PCD 2005; y artículo 12, apartado 7 PCMJ.

¹²² Cf. artículo 55 PS 2005, artículo 56 PCD 2005 y artículo 11 PCMJ.

¹²³ Cf. artículo 57 PS 2005, artículo 58 PCD 2005 y artículo 13 PCMJ.

está sujeta, según los proyectos estudiados, a dos condiciones: a) que la CPI haya declarado que en contra de la persona ha sido dictada una orden de detención y que se propone presentar una solicitud de entrega; y b) que la CPI haya proporcionado la descripción de los hechos, la especificación del delito y los elementos suficientes para la identificación de la persona. Una vez producida la detención, el ministro de Justicia debe comunicarla inmediatamente a la CPI. Si transcurridos sesenta días desde esta comunicación el ministro de Justicia no recibe la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen de parte de la CPI, la detención queda revocada.

3.13. Concurrencia de solicitudes

Los proyectos regulan conjuntamente los casos de concurrencia entre una solicitud de entrega de la CPI y una solicitud de extradición de un tercer Estado y los de concurrencia entre una solicitud de asistencia de la CPI y otra de un Estado. Al respecto, los proyectos aquí comentados se limitan a enunciar que el ministro de Justicia establecerá el orden de prioridad siguiendo las disposiciones del ECPI.¹²⁴

3.14. Solicitudes de cooperación del Estado italiano a la CPI

Los proyectos también contemplan el caso de que el Estado italiano solicite cooperación a la CPI de acuerdo con el artículo 93.10 ECPI. Al respecto, se establece que cuando la autoridad judicial deba requerir la cooperación de la CPI deberá transmitir el pedido al procurador general ante la Corte de Apelaciones de Roma, el cual, por su parte, lo transmitirá al Ministerio de Justicia, quien dará curso al pedido.¹²⁵ Si el ministro de Justicia no envía la solicitud a la CPI en el plazo de treinta días, el procurador general podrá hacerlo directamente.¹²⁶ Para las demás cuestiones de procedimiento, el proyecto se remite expresamente a las normas contenidas en el CPP para las rogatorias activas.¹²⁷

¹²⁴ Cf. artículo 45, apartado 2 PS 2005; artículo 46, apartado 2 PCD 2005; y artículo 2, apartado 2 PCMJ. Los tres proyectos contienen una remisión equivocada a las normas del ECPI, pues, junto al artículo 90 que trata la concurrencia entre una solicitud de entrega y una de extradición, ellos remiten también al artículo 93, apartado 3 ECPI que no se refiere al tema de concurrencia de solicitudes. La concurrencia entre solicitudes de asistencia está regulada en el artículo 93, apartado 9, letra a ECPI.

¹²⁵ Cf. artículo 52, apartado 1 PS 2005; artículo 53, apartado 1 PCD 2005; y artículo 8 apartado 1 PCMJ.

¹²⁶ Cf. artículo 727, apartado 4 CPP al cual reenvían expresamente los artículos 52, apartado 2 PS 2005; 53, apartado 2 PCD 2005; y 8, apartado 2 PCMJ.

¹²⁷ Cf. artículos 727 a 729 CPP.

3.15. Ejecución de sentencias de la CPI

Los proyectos también disciplinan la ejecución de las sentencias de la CPI en territorio italiano. La Corte de Apelaciones de Roma es el órgano judicial competente para las cuestiones relativas a la ejecución de penas.¹²⁸

La ejecución en territorio italiano de las penas privativas de la libertad impuestas por la CPI se realizará en conformidad con lo establecido por el ECPI.¹²⁹ Si Italia es designada como Estado de ejecución de la pena privativa de la libertad, el ministro de Justicia es competente para decidir si acepta o no tal designación. Si la acepta, debe comunicar esta situación, sin retardo, a la Corte de Apelaciones¹³⁰ y debe transmitir al procurador general ante la Corte de Apelaciones de Roma la documentación necesaria para su ejecución que le ha sido enviada por la CPI, de acuerdo a la regla 204 RPP, junto con una traducción en lengua italiana.¹³¹ La ejecución de la pena puede tener lugar en una sección especial de un instituto penitenciario o en una prisión militar.¹³²

El régimen de la ejecución de la pena se regirá por el ordenamiento penitenciario italiano y por las disposiciones específicas contenidas en los proyectos y será conforme a lo dispuesto en el ECPI y las RPP.¹³³ En casos de emergencia grave, el ministro de Justicia, previa consulta con la CPI, puede aplicar el régimen de “cárcel dura” previsto por el artículo 41 *bis* del ordenamiento penitenciario.

La supervisión de la ejecución de la pena corresponde a la CPI. Los proyectos establecen que el ministro de Justicia concordará con la CPI las modalidades y el ejercicio de este poder de control.¹³⁴ A su vez, ellos disponen que el Ministerio de Justicia transmitirá inmediatamente a la CPI, junto con la documentación pertinente, las solicitudes sobre medidas alternativas a la detención, suspensión y aplazamiento de la ejecución de la pena, liberación anticipada, admisión para realizar trabajos fuera de la prisión y sobre cualquier otro tipo de medida que se refiera a la libertad

¹²⁸ Cf. artículo 58 PS 2005, artículo 59 PCD 2005 y artículo 14 PCMJ.

¹²⁹ Cf. artículo 59, apartado 1 PS 2005; artículo 60, apartado 1 PCD 2005 y artículo 15, apartado 1 PCMJ.

¹³⁰ Cf. artículo 59, apartado 2 PS 2005; artículo 60, apartado 2 PCD 2005 y artículo 15, apartado 2 PCMJ.

¹³¹ Cf. artículo 59, apartado 3 PS 2005; artículo 60, apartado 3 PCD 2005 y artículo 15, apartado 3 PCMJ.

¹³² Cf. artículo 63 PS 2005, artículo 64 PCD 2005 y artículo 19 PCMJ.

¹³³ Cf. artículo 60, apartado 1 PS 2005; artículo 61, apartado 1 PCD 2005; y artículo 16, apartado 1 PCMJ. El ordenamiento penitenciario italiano, al cual reenvían estas normas, es la ley n.º 354 de 26 de julio de 1975.

¹³⁴ Cf. artículo 61, apartado 1 PS 2005; artículo 62, apartado 1 PCD 2005; y artículo 17, apartado 1 PCMJ.

personal del condenado.¹³⁵ Si el Ministerio de Justicia no está de acuerdo con la decisión de la CPI que niega al condenado el beneficio de alguna medida solicitada, puede pedirle que lo transfiera a otro Estado.¹³⁶ El Ministerio de Justicia deberá informar a la CPI, por otra parte, el deceso o evasión del condenado,¹³⁷ la fecha de su excarcelación por cumplimiento de la pena con dos meses de anticipación,¹³⁸ los procedimientos penales que tuviera y cualquier otra circunstancia relevante.¹³⁹ Para facilitar la supervisión de la ejecución de la pena, los proyectos también garantizan la libertad y reserva de las comunicaciones entre el condenado y la CPI.¹⁴⁰

Los proyectos también contemplan la ejecución, por parte de las autoridades italianas, de una pena de multa o de una orden de decomiso impuesta por la CPI.¹⁴¹ La orden de decomiso de bienes y haberes dispuesta por la CPI será ejecutada por la Corte de Apelaciones, previa solicitud del procurador general.¹⁴² Si no es posible ejecutar el decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes del delito tal como ha solicitado la CPI, la Corte de Apelaciones deberá confiscar una suma de dinero, bienes u otros haberes del condenado equivalentes en valor.¹⁴³ El decomiso, sin embargo, no debe afectar los derechos de terceros de buena fe.¹⁴⁴ Una vez producido el decomiso, el Ministerio de Justicia debe poner a disposición de la CPI las sumas, bienes y haberes confiscados.¹⁴⁵ Si durante el procedimiento de decomiso surgieren problemas, el procurador general informará al Ministerio de Justicia, quien deberá efectuar las consultas pertinentes con la CPI.¹⁴⁶

¹³⁵ Cf. artículo 61, apartado 2 PS 2005; artículo 62, apartado 3 PCD 2005; y artículo 17, apartado 3 PCMJ.

¹³⁶ Cf. artículo 61, apartado 3 PS 2005; artículo 62, apartado 4 PCD 2005; y artículo 17, apartado 4 PCMJ.

¹³⁷ Cf. artículo 62, apartado 1 PS 2005; artículo 63, apartado 1 PCD 2005; y artículo 18, apartado 1 PCMJ.

¹³⁸ Cf. artículo 62, apartado 2 PS 2005; artículo 63, apartado 2 PCD 2005; y artículo 18, apartado 2 PCMJ.

¹³⁹ Cf. artículo 62, apartado 3 PS 2005; artículo 63, apartado 3 PCD 2005; y artículo 18, apartado 3 PCMJ.

¹⁴⁰ Cf. artículo 61, apartado 1 PS 2005; artículo 62, apartado 2 PCD 2005; y artículo 17, apartado 2 PCMJ.

¹⁴¹ Cf. artículo 64, apartado 1 PS 2005; artículo 65, apartado 1 PCD 2005; y artículo 20, apartado 1 PCMJ. El PCMJ en su artículo 20, apartado 6, también preveía la ejecución de una orden de reparación.

¹⁴² Cf. artículo 64, apartado 2 PS 2005; artículo 65, apartado 2 PCD 2005; y artículo 20, apartado 2 PCMJ.

¹⁴³ Cf. artículo 64, apartado 3 PS 2005; artículo 65, apartado 3 PCD 2005; y artículo 20, apartado 3 PCMJ.

¹⁴⁴ Cf. artículo 64, apartado 4 PS 2005; artículo 65, apartado 4 PCD 2005; y artículo 20, apartado 4 PCMJ.

¹⁴⁵ Cf. artículo 64, apartado 5 PS 2005; artículo 65, apartado 5 PCD 2005; y artículo 20, apartado 5 PCMJ.

¹⁴⁶ Cf. artículo 65 PS 2005, artículo 66 PCD 2005 y artículo 21 PCMJ.

4. Protección penal de la administración de justicia de la Corte Penal Internacional

Los proyectos presentados al Senado y a la Cámara de Diputados en el año 2005 incluyen disposiciones para tutelar la administración de justicia de la CPI y con ello cumplimentan la obligación expresa de implementación del artículo 70, apartado 4 ECPI. Ellos siguen casi literalmente a los proyectos que los precedieron del año 2003. Todos estos proyectos han optado por extender las disposiciones ya existentes del CP a los casos en que las conductas sean cometidas en procesos ante la CPI, o bien por o contra funcionarios de la CPI o de la Fiscalía ante ese tribunal. En lo siguiente se hace referencia a las modificaciones que proponen estos proyectos.

En primer lugar, los proyectos proponen reformar algunas disposiciones concernientes a los *delitos contra la administración pública*.¹⁴⁷

En cuanto a los *delitos contra la administración pública cometidos por oficiales públicos*, ellos proponen modificar el artículo 322 *bis* CP. Esta disposición extiende la aplicación de los delitos de peculado (artículos 314 y 316 CP), concusión (artículos 317, 317 bis, 318, 319 y 319 bis CP), corrupción (artículos 319 *ter* y 320) e instigación a la corrupción (artículo 322, apartados 3 y 4 CP) a determinados funcionarios internacionales, europeos o de Estados extranjeros y los proyectos proponen ampliarla a fin de que abarquen también a los jueces, al fiscal, a los fiscales adjuntos, a los funcionarios y a los agentes de la CPI, a las personas enviadas por los Estados partes del ECPI que ejercitan funciones correspondientes a aquellas de los funcionarios o agentes de la misma Corte y a los miembros y los encargados de entes constituidos con base en el ECPI.¹⁴⁸

En cuanto a los *delitos de particulares contra la administración pública*, los proyectos proponen incorporar, por un lado, un nuevo artículo 343 *bis* CP a fin de que los delitos de violencia y amenaza a un oficial público (artículos 336 y 339 CP), resistencia contra un oficial público (artículos 337 y 339 CP), violencia y amenaza a un cuerpo político, administrativo o judicial (artículos 338 y 339 CP), interrupción

¹⁴⁷ El artículo 70, apartado 1 ECPI considera como delitos contra la administración de justicia algunos delitos que, según el derecho italiano, afectan a la administración pública.

¹⁴⁸ Artículo 43, apartado 1 PS 2005; artículo 44, apartados 1 y 2 PCD 2005; artículo 8, apartado 1 PS 2003; y artículo 8, apartados 1 y 2 PCD 2003.

de un oficio o servicio público o de un servicio de necesidad pública (artículo 340 CP), ultraje a un cuerpo político, administrativo o judicial (artículo 342 CP) y ultraje a un magistrado en audiencia (artículo 343 CP) se apliquen también cuando la conducta es cometida contra la CPI, los jueces, el fiscal, los fiscales adjuntos, los funcionarios y agentes de la CPI, las personas enviadas por los Estados partes del ECPI que ejercitan funciones correspondientes a aquellas de los funcionarios o agentes de la misma Corte y los miembros y encargados de entes constituidos con base en el ECPI.¹⁴⁹ Por otra parte, también proponen introducir un nuevo artículo 343 *ter* CP para sancionar los actos de retorsión en contra de una persona que ejercita sus funciones ante la CPI o por cuenta de esta.¹⁵⁰

En segundo lugar, los proyectos proponen extender la punibilidad de diversos *delitos contra la administración de justicia nacional* a fin de que también puedan abarcar conductas cometidas en perjuicio de la administración de justicia de la CPI. De este modo, se propone extender la punibilidad del delito de calumnia (artículo 368 CP) al caso de que ella se produzca ante la CPI,¹⁵¹ del delito de reticencia y falso testimonio ante el Ministerio Público (artículo 371 *bis* CP) al caso de que la conducta ocurra en una declaración ante el fiscal de la CPI,¹⁵² del delito de reticencia y falso testimonio ante la autoridad judicial (artículo 372 CP) al caso de que dicha conducta se realice en una declaración ante la CPI,¹⁵³ del delito de fraude procesal (artículo 374 CP) al supuesto en que sea cometido en un proceso frente a la CPI,¹⁵⁴ del delito de falsas declaraciones o certificaciones en actos destinados a la autoridad judicial (artículo 374 *bis* CP) a los casos en que esas declaraciones o certificaciones se presenten ante la CPI,¹⁵⁵ del delito de corrupción de testigos (artículo 377 CP) al caso de

¹⁴⁹ Artículo 43, apartado 2 PS 2005; artículo 44, apartado 3 PCD 2005; artículo 8, apartado 2 PS 2003; y artículo 8, apartado 3 PCD 2003.

¹⁵⁰ Artículo 43, apartado 2 PS 2005 y artículo 44, apartado 3 PCD 2005. Si bien la descripción típica es idéntica, los proyectos difieren en la escala penal. El primero prevé una escala de dos a diez años; el segundo, de dos a cinco. El PS 2003 y el PCD 2003 no prevén este delito.

¹⁵¹ Artículo 43, apartado 3 PS 2005; artículo 44, apartado 4 PCD 2005; artículo 8, apartado 3 PS 2003; y artículo 8, apartado 4 PCD 2003.

¹⁵² Artículo 43, apartado 4 PS 2005; artículo 44, apartado 5 PCD 2005; artículo 8, apartado 4 PS 2003; y artículo 8, apartado 5 PCD 2003.

¹⁵³ Artículo 43, apartado 5 PS 2005; artículo 44, apartado 6 PCD 2005; artículo 8, apartado 5 PS 2003; y artículo 8, apartado 6 PCD 2003.

¹⁵⁴ Artículo 43, apartado 6 PS 2005; artículo 44, apartado 7 PCD 2005; artículo 8, apartado 6 PS 2003; y artículo 8, apartado 7 PCD 2003.

¹⁵⁵ Artículo 43, apartado 7 PS 2005; artículo 44, apartado 8 PCD 2005; artículo 8, apartado 7 PS 2003; y artículo 8, apartado 8 PCD 2003.

que la conducta fuera cometida contra una persona llamada a declarar frente a la CPI,¹⁵⁶ del delito de favorecimiento personal (artículo 378 CP) a fin de abarcar también el supuesto de quien ayuda a otro a eludir las investigaciones desarrolladas por órganos de la CPI o a sustraerse de la acción de la justicia penal internacional¹⁵⁷ y, por último, del delito de patrocínio o consultoría infiel (artículo 380 CP) al caso de que la acción se cometa en perjuicio de la parte asistida, defendida o representada en un proceso ante la CPI.¹⁵⁸

5. Conclusiones

La exposición de los dos últimos proyectos presentados al Parlamento italiano ha arrojado los siguientes resultados. Los proyectos incorporan normas sobre los dos aspectos objeto de esta investigación comparada y se basan, casi a la letra, en proyectos anteriores. En cuanto a las normas para posibilitar la cooperación con la CPI, ellos siguen muy de cerca el proyecto elaborado por la Comisión Conforti en el año 2003 y lo completan en algunos puntos. Sin embargo, restan aún varios aspectos sin contemplar. Por otra parte, el sistema del derecho aplicable utilizado no aporta claridad. Como se ha expuesto, los proyectos establecen la aplicación del CPP para todo lo que no esté regulado —o no lo esté de manera contraria— en el ECPI y en los mismos proyectos. La reconstrucción de la disciplina a aplicar no siempre resulta fácil, pues no siempre es claro cuando la omisión de un aspecto debe suplirse con el reenvío al CPP o cuando esta omisión debe interpretarse como un cambio de postura. Además, los proyectos no siempre siguieron el criterio del reenvío genérico. En numerosas ocasiones también han recurrido a reenvíos expresos a determinadas normas del CPP, lo cual no era necesario por aplicación de la cláusula general. En fin, habría sido más claro si los proyectistas hubieran reproducido las normas del CPP que consideraban

¹⁵⁶ Artículo 43, apartado 8 PS 2005; artículo 44, apartado 9 PCD 2005; artículo 8, apartado 8 PS 2003; y artículo 8, apartado 9 PCD 2003.

¹⁵⁷ Artículo 43, apartado 9 PS 2005; artículo 44, apartado 10 PCD 2005; artículo 8, apartado 9 PS 2003; y artículo 8, apartado 10 PCD 2003.

¹⁵⁸ Artículo 43, apartado 10 PS 2005; artículo 44, apartado 11 PCD 2005; artículo 8, apartado 10 PS 2003; y artículo 8, apartado 11 PCD 2003.

de aplicación también en casos de cooperación con la CPI. En cuanto a los delitos contra la administración de justicia de la CPI, los proyectos copian las disposiciones de sus predecesores presentados al Parlamento en el año 2002 y solo incorporan un delito que estos no contemplaban. Los proyectos no han considerado oportuno incorporar las conductas tipificadas en el artículo 70, apartado 1 ECPI, sino solo extender sus leyes penales ya existentes a fin de contemplar los casos en que la conducta afecta al sistema de la CPI.

La enorme influencia de proyectos anteriores sobre los proyectos más recientes permite concluir que, en cierta medida, comienza a haber un consenso sobre la manera de implementación. Sin embargo, en cuanto a las perspectivas de que el Parlamento italiano apruebe una ley de implementación hay que ser más cautos. El panorama, al respecto, es completamente incierto.

MÉXICO

Cooperación y asistencia
judicial con la Corte Penal
Internacional

Alma Lorena Falcón Lozada
Elia Patricia Neri Guajardo

1 • Introducción

De manera muy reciente, el Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI) ha sido ratificado por México. Apenas el 28 de octubre del año 2005, el Estado mexicano depositó el correspondiente instrumento de ratificación ante la Secretaría General de la ONU y se convirtió en el centésimo país en aceptar su jurisdicción.¹ La ratificación se efectuó prácticamente cinco meses después de que el Senado de la República aprobara en sesión extraordinaria la ratificación interna del ER, acción que, después del proceso de reforma constitucional, se constituía como el último paso pendiente para convertirse en Estado parte. El proceso de ratificación ha sido largo y complicado, especialmente debido a la reticencia de la clase política dominante de aceptar la jurisdicción de la CPI —que invocó en su momento— como argumento principal, cuestiones de incompatibilidad constitucional con el ER y, en algunos casos, hasta los propios contenidos de la reforma constitucional al artículo 21.²

¹ El ER se firmó en la Cumbre del Milenio, celebrada en el seno de la ONU el 7 de septiembre del año 2000; en diciembre del 2001 el Ejecutivo federal envió al Senado de la República un decreto de reforma constitucional al artículo 21, que no fue aprobado sino hasta diciembre del año 2002 por el mismo Senado como cámara de origen, previas las modificaciones que esta consideró necesarias. En diciembre del 2004 los diputados aprobaron los nuevos contenidos del artículo 21 constitucional, con la anuencia de la mayoría de las legislaturas locales. En junio del año 2005, esta reforma fue publicada en el DOF. En ese mismo mes y año, la Cámara de Senadores, conforme a las disposiciones constitucionales respectivas, ratificó el ER. El 7 de septiembre del año 2005 esa ratificación se publicó en el DOF, satisfaciéndose así todos los requisitos constitucionalmente exigibles para que México se convirtiera en Estado parte de la CPI.

² Ambas cuestiones han sido referidas anteriormente, véase Elia Patricia Neri Guajardo, "Informe México", en Ambos y Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Instituto Max Planck-KAS, 2003, pp. 402-445 y en "Informe México" correspondiente a la reunión celebrada en el año 2005 en la Ciudad de México.

Por lo que hace a la implementación del ER en la legislación interna, seguramente revestirá las mismas características, especialmente en virtud de dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, prevalece en el país un ambiente político poco adecuado para su desarrollo en el futuro inmediato, tomando en consideración que este año México celebrará elecciones presidenciales, lo que hace del proceso de implementación y de firma del APIC una tarea no prioritaria. En segundo lugar, algunas decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en materia de extradición y de asuntos relacionados con crímenes de lesa humanidad permiten entrever que la dinámica jurídica del país en asuntos concernientes al derecho penal internacional no sigue la tendencia de apertura y revisión crítica de los conceptos jurídicos tradicionales e imposibilitan, en consecuencia, que el sistema de justicia penal nacional cuente con las herramientas técnico-jurídicas necesarias para perseguir eficazmente a los autores de los más graves crímenes internacionales y reducir los espacios de impunidad a este respecto.

No obstante todo lo anterior, se observa un interés aparente del gobierno federal para concluir la tarea iniciada en el año 2000 con respecto del ER,³ ya que el martes 28 de febrero del año 2006 la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) dio a conocer a la Coalición Mexicana de ONG para el establecimiento de la CPI el proyecto de ley de colaboración del Estado mexicano con esta institución jurisdiccional (LCEM), el mismo que se pretende introducir en la agenda legislativa del actual período de sesiones ordinarias de la Cámara de Senadores.⁴ Esta LCEM, tal y como su nombre lo indica, se limita exclusivamente a esta materia, incluye supuestamente todas las formas de colaboración previstas en el ER y deja abierta la puerta a otras formas de cooperación, siempre y cuando no se encuentren prohibidas por las leyes mexicanas. Puede adelantarse desde este momento que, si bien el proyecto no abarca todos y cada uno de los contenidos deseables en materia de implementación, debe ser valorado positivamente por el hecho de ser un paso inicial hacia la concreción de dicho objetivo.

³ En diciembre de 2002, el Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Senadores el proyecto de reforma constitucional al artículo 21, al considerar que esa reforma constituía el paso inicial para posibilitar la firma del ER y aceptar la jurisdicción de la CPI.

⁴ Cabe destacar que esta LCEM fue presentada a menos de un año de que concluya la administración del actual presidente de la República, lo cual hace suponer que un asunto que se inició durante su gobierno será heredado por el próximo titular del Ejecutivo, teniendo como único avance real la ratificación del ER a finales del año 2005 y dejando como tareas pendientes, de suma importancia, la implementación del ER en el nivel interno, la aprobación de la LCEM y la firma del APIC.

Por otro lado —y coincidentemente con la intención de la SRE de llevar al Congreso de la Unión el proyecto de LCEM— el Senado de la República convocó en el mes de marzo de 2006 a un seminario sobre la implementación del ER en la legislación interna, dirigido a legisladores latinoamericanos, académicos y ciudadanos en general, donde se planteaba como objetivo principal la creación de un foro de discusión sobre las posibles fórmulas que en la región serían las adecuadas para implementar el ER en todos sus niveles.⁵

Finalmente, y en el ámbito político internacional, cabe mencionar que, tras la ratificación del ER por el Estado mexicano, los Estados Unidos han dispuesto cancelar toda ayuda militar “no esencial” al país, según los contenidos del presupuesto norteamericano para los años 2006 y 2007, lo que ha sido interpretado como una represalia por aceptar la jurisdicción de la CPI, en términos de la Ley de Protección de Militares Norteamericanos —BIAS, por sus siglas en inglés—, aprobada en el 2002.

Las consecuencias prácticas de esta decisión se observarán en la no participación del personal militar en cursos de formación bélica, así como también en la imposibilidad de realizar operaciones de compraventa de equipo militar a precios preferenciales. Lo anterior se explica en el proyecto de presupuesto del Departamento de Estado del gobierno estadounidense, que indica que en el rubro de educación y entrenamiento militar internacional para México habrá únicamente partidas simbólicas. De tal forma que si en el año 2005 México recibió una ayuda equivalente a los 1,23 millones de dólares, en el año 2006 esta ayuda se reducirá a 50.000 dólares y en el año 2007 a 45.000 dólares.⁶

Como respuesta a esta reacción del gobierno norteamericano frente a la ratificación del ER, el pleno de la Cámara de Diputados aprobó un punto de acuerdo elaborado por la Comisión de Relaciones Exteriores para exhortar al Ejecutivo federal a mantener la postura de no aceptar la propuesta de un acuerdo bilateral de inmunidad para el personal militar estadounidense, acusados de cometer crímenes competencia de la CPI, argumentando muy adecuadamente que los acuerdos deseados por Estados Unidos son contrarios al espíritu original atribuido al artículo 98 del ER.⁷

⁵ www.senado.gob.mx/hoy/seminariocortepenal.

⁶ “El imperio contraataca: Cancelada toda ayuda militar a México”, en *La Jornada*, miércoles 8 de febrero de 2006, www.jornada.com.unam.mx.

⁷ “Piden al Ejecutivo no firmar pacto de inmunidad a Estados Unidos”, en *La Jornada*, viernes 3 de febrero de 2006. El punto de acuerdo de la Cámara de Diputados puede consultarse en www.camaradediputados.gob.mx.

2. Asistencia judicial interestatal

Según señala Bassiouni, el derecho penal internacional puede ser definido como una rama del ordenamiento jurídico encaminada a lograr el más alto grado de sujeción y conformidad a los objetivos mundiales de prevención del delito, protección de la comunidad y rehabilitación de los delincuentes. Para la consecución de estos objetivos, es necesaria la aplicación de sanciones penales que son impuestas por los Estados miembros de la comunidad internacional, a través de actuaciones nacionales o internacionales, colectivas y de cooperación.⁸

Ante esta afirmación valdría preguntarse por el fundamento de dicha cooperación internacional o interestatal; es decir, ¿existe una obligación de cooperar con otros Estados en la búsqueda de los fines asignados al derecho penal internacional?

Según Garcimartín Alférez, la posibilidad de que un Estado coopere con otro es una cuestión que, salvo que exista un tratado de asistencia judicial de por medio, queda al libre arbitrio del Estado en cuestión y, por tanto, la obligación de cooperar no deriva del ordenamiento internacional, sino más bien del ordenamiento constitucional interno de cada Estado involucrado.⁹

En el tema que aquí interesa, que es la cooperación de los Estados partes con la CPI, puede corroborarse la tesis antes expuesta.

En el ER, en diversas disposiciones se recuerda a los Estados el deber de ejercer jurisdicción respecto de los autores de los más graves crímenes internacionales, a efectos de combatir la impunidad y prevenir la comisión de nuevos crímenes,¹⁰ y es precisamente en estas disposiciones donde podemos encontrar el fundamento de la obligación de los Estados de cooperar, no solamente en el ámbito interestatal, sino inclusive con la propia CPI.

⁸ Cherif Bassiouni, "El derecho penal internacional. Historia, objeto y contenido", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982.

⁹ Francisco J. Garcimartín Alférez, "Sobre el fundamento de la cooperación jurídica internacional", en *Cooperación Jurídica Internacional. Colección Escuela Diplomática n.º 5*, Madrid, Escuela Diplomática de Madrid, 2001, pp. 62-68.

¹⁰ Como ejemplo de estas disposiciones, se encuentran los párrafos 4º, 5º y 6º del Preámbulo del ER, el artículo 1º y todas aquellas relativas al ejercicio complementario de su jurisdicción. El ER puede consultarse en www.iccnw.org.

"[...] Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia";

"[...] Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes";

"[...] Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

Por lo que hace al ER, la parte IX, denominada “De la cooperación internacional y la asistencia judicial”, impone una obligación general de cooperar con la CPI, respecto de la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de su competencia.¹¹ Asimismo, el ER otorga una jurisdicción complementaria a la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales,¹² ya que esta únicamente conocerá de los asuntos contenidos en su competencia material, cuando un Estado no pueda o no quiera investigar, procesar o enjuiciar al responsable de aquellos, en virtud de que los Estados son los directamente responsables de llevar a cabo estas últimas actividades.

En el caso mexicano —y partiendo de la presunción de que existen disposiciones constitucionales similares en la mayoría de los Estados partes del ER— el sistema de administración y procuración de justicia penal se articula en los artículos 17 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). En la primera disposición citada se establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Esta prohibición implica que los particulares tienen el derecho de que alguna instancia del Estado mexicano lleve a cabo esta actividad para evitar la venganza privada. Por otro lado, la segunda de las disposiciones mencionadas indica la obligación a cargo de la autoridad judicial de imponer las penas correspondientes al autor de un delito como una actividad propia y exclusiva, y al mismo tiempo establece que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público.

En el caso de que las autoridades del Estado mexicano no lleven a cabo las obligaciones contenidas en el artículo 21 de la CPEUM y se cometan delitos competencia de la CPI, esta buscará satisfacer el derecho de los afectados a la administración y procuración de justicia. En otras palabras, la jurisdicción internacional otorgará tutela judicial efectiva a este derecho, en el caso de que en territorio mexicano se cometa un genocidio, un crimen de guerra o de lesa humanidad, o bien en el caso de que el autor de estos crímenes sea un nacional mexicano.

¹¹ Artículo 86.

¹² La complementariedad se reconoce, entre otras disposiciones, en el párrafo 10.º del Preámbulo y artículo 1 del ER: “[...] Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales” y “[...] La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas, respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”.

Ahora bien, en los casos que no queden comprendidos en la hipótesis anterior, pero en los cuales también sea solicitada la cooperación del Estado mexicano para con la CPI, existe una obligación constitucional de otorgar la misma tutela judicial aunque se trate de ciudadanos extranjeros. Lo anterior conforme a las disposiciones del artículo 33 de la CPEUM, que señala: “los extranjeros [...] tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título I, de la presente Constitución”.

De tal forma y de acuerdo con lo anterior, existe la posibilidad de establecer una obligación constitucional de cooperar con la CPI en todo caso y circunstancia, independientemente de las obligaciones de cooperación, derivadas del ER.

No obstante lo anterior y aun cuando el Estado mexicano hoy es parte del ER, y por ese hecho asume obligaciones de cooperación con la CPI, la idea de colaborar con tribunales penales internacionales no había sido con anterioridad muy aceptada. Esto puede corroborarse en algunos documentos de la Cámara de Senadores de la República, en donde respecto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se manifestó una clara intención de no colaborar judicialmente con estos —no obstante que las decisiones del Consejo de Seguridad son vinculatorias para los miembros de la ONU— argumentando que dicho órgano era de una naturaleza eminentemente política; que la creación de sus respectivos estatutos no había sido la más adecuada, pues debía haberse tratado de una convención internacional, tomando en consideración las recomendaciones de la CPI; que los tribunales especiales tenían un ámbito competencial muy reducido en el tiempo y espacio; que dada su naturaleza no existiría una interpretación uniforme de la ley, y finalmente que su carácter no permanente no satisfacía adecuadamente la prevención de delitos futuros que afectan a la comunidad internacional.¹³

2.1. Procedimiento para la extradición de ciudadanos

Cada uno de los tratados de extradición firmados por México con otras naciones establece un marco general en que la extradición debe ser solicitada y concedida; aun cuando el procedimiento por el que esta se lleva a cabo se encuentra regulado en

¹³ Gaceta Parlamentaria, Senado de la República, n.º 56, 13 de diciembre de 2002, www.senado.gob.mx/gaceta.

la Ley de Extradición Internacional (LEI),¹⁴ la misma que se aplicará supletoriamente en todo lo no previsto por los tratados correspondientes —junto a las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP)— o bien cuando el Estado mexicano sea requerido para la entrega de una persona, por una nación con la cual no se ha firmado el convenio respectivo.¹⁵

Por otra parte, la figura de la extradición en nuestro derecho interno encuentra su fundamento constitucional principalmente en los artículos 15, 18 y 119, tercer párrafo.¹⁶ Su procedimiento, conforme a la LEI, se divide en dos partes: la primera consiste en la formulación de una opinión no vinculante a cargo del juez de distrito en materia penal correspondiente al lugar en donde se encuentre la persona requerida; y la segunda, en la decisión final de la SRE, que determinará la procedencia o improcedencia de la extradición, tomando en consideración la opinión referida en la primera etapa,¹⁷ y puede resumirse de la siguiente manera.

La primera etapa, reconocida como fase administrativa, se desarrolla por la vía diplomática a través de la SRE, que será la institución encargada de recibir la solicitud y la documentación soporte necesaria para proceder a la extradición a través de una nota diplomática. La regla ordinaria en esta fase es que el Estado requirente presente a México una solicitud formal de extradición internacional. No obstante, puede ocurrir que el Estado requirente solicite una detención provisional como medida precautoria, en casos urgentes y cuando el extraditabile ha sido previamente localizado. En este caso, el Estado requirente deberá señalar el delito por el cual presentará la petición formal de extradición, así como también la manifestación de

¹⁴ Así lo establecen los artículos 1.º, 2.º y 3.º de la LEI. Todas las disposiciones de las leyes federales citadas en el presente informe, así como las disposiciones constitucionales, pueden ser consultadas en <www.info.juridicas.unam.mx.infjur/bib>.

¹⁵ México ha firmado tratados de extradición con los siguientes países: Portugal, Perú, Venezuela (no vigente), España, Grecia, Estados Unidos de Norteamérica, Chile, Guatemala, Corea, Uruguay (no vigente), Francia, Nicaragua, Panamá, Países Bajos, Italia, El Salvador, Cuba, Colombia, Canadá, Brasil, Belice, Bélgica, Bahamas, Gran Bretaña, Australia y Paraguay (no vigente). La información sobre los tratados antes señalados relativa a su firma, entrada en vigor y contenidos puede ser consultada en la página web de la SER, <www.sre.gob.mx>.

¹⁶ Otras disposiciones constitucionales que se encuentran relacionadas con el procedimiento de extradición por hacer referencia a tratados internacionales podrían ser los artículos 1, 14, 15, 16, 33, 39, 89 fracción X, y 104 fracción I, 105 fracción II incisos b y c. Por lo anterior véase Juan de Dios Gutiérrez Baylon, en "La extradición de mexicanos al extranjero", en *Lex. Difusión y Análisis*, n.º 68, 3.º época, año VI, febrero 2001, pp. 38-43; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, "La extradición en la Suprema Corte", en *Iter Criminis*, n.º 7, 2.º época, 2003, pp. 189-213; Santiago Corcuera Cabezut, "La incorporación y aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el sistema jurídico mexicano", Martín, Rodríguez Pinzón y Guevara Bermúdez (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara-UIA, 2004, pp. 153-170; y Jorge Reyes Tayabas, "Traslado de reos nacionales o extranjeros con motivo de la ejecución de sentencias penales", *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, nueva época, n.º 2, mayo-agosto 1998, pp.91-119.

¹⁷ José Antonio Guevara Bermúdez, "México frente a la jurisdicción universal: la extradición de Ricardo Miguel Cavallo", en *Revista Mexicana de Derecho Público*, n.º 3, abril 2002, pp. 69-103.

existir en su contra una orden de aprehensión emanada de autoridad competente. En este último caso, la SRE determinará si existe fundamento para la imposición de medidas precautorias, en cuyo caso turnará el asunto a la Procuraduría General de la República (PGR), para que este a su vez solicite a un juez de distrito la orden de detención provisional.

Cuando se esté en el supuesto de que un Estado ha presentado una petición formal de extradición, la SRE después de comprobar que han sido satisfechos los requisitos exigidos por el tratado de extradición respectivo —o bien de la LEI— procede al envío de la documentación pertinente a la PGR, específicamente a la Dirección General de Asuntos Legales Internacionales y a la Dirección de Análisis Jurídico Internacional y Extradiciones, en donde un MP de la Federación verificará la procedencia de la solicitud. En caso de considerar procedente la extradición, el MP procederá a preparar la promoción que deberá presentarse ante el juez de distrito en materia penal correspondiente. Hasta aquí la etapa administrativa.

La segunda fase, denominada etapa judicial, inicia con la presentación de la documentación que fundamenta la petición de extradición ante el juez de distrito que ejerce jurisdicción en donde se encuentra localizado el solicitado. En caso de no conocerse su paradero, la opinión consultiva se solicitará ante el juez de distrito en materia penal en turno del Distrito Federal, en ambos casos a efectos de que libre la orden de aprehensión correspondiente, así como también el secuestro de papeles, dinero u objetos que se hallen en su poder relacionados con el delito o que puedan servir como elementos de prueba, siempre y cuando así lo hubiere pedido el Estado requirente.

Esta orden será cumplimentada a través de Interpol México, cuyos agentes pondrán al solicitado en extradición a disposición del juez de distrito que la obsequió, en el interior del reclusorio preventivo correspondiente. Una vez hecho lo anterior, el Estado requirente contará con un término de sesenta días para presentar la petición formal de extradición internacional.

Como resultado de la orden de detención provisional emitida por el juez de distrito, el extraditable será llevado ante su presencia y se le informará de su derecho a nombrar un defensor, así como también el contenido de la solicitud de extradición y la posibilidad de oponer excepciones en un término de tres días.

Existen dos tipos de excepciones posibles, aquella que alegará la ilegalidad de la solicitud de extradición —ya sea porque no se satisfacen los requisitos del tratado

de extradición correspondiente o de la LEI— o bien aquella que sustente que el detenido no es la persona a que se refiere la solicitud de extradición.

Una vez hecho lo anterior, el extraditable tendrá un plazo de veinte días para probar sus excepciones, el que podrá ser duplicado a solicitud de la defensa. En este período, el MP podrá presentar los elementos de prueba pertinentes para conseguir la extradición que se solicita.

Posteriormente, el juez de distrito contará con un término de cinco días para dictar su opinión jurídica sobre la procedencia o no de la extradición, el que podrá ser reducido a tres días, en el caso de que el solicitado no interponga excepciones o consienta expresamente su extradición.

Independientemente del contenido de la decisión del juez de distrito, concluido el plazo de cinco o tres días, este deberá enviar el expediente a la SRE y dejar al detenido en el interior del reclusorio preventivo en que se encuentre, pero ahora a disposición de la Cancillería.

Una vez que el expediente haya sido puesto a disposición de la SRE, esta contará con un plazo de veinte días para resolver en definitiva la procedencia o improcedencia de la extradición en cuestión. En caso de considerarla procedente, el extraditable tendrá la oportunidad de interponer un recurso de amparo indirecto, en un plazo no mayor de quince días. Si la justicia de la Unión no ampara ni protege al extraditado, este cuenta con la posibilidad de interponer el recurso de revisión ante la SCJN, que decidirá en definitiva sobre la extradición, ya que respecto de dicha revisión no procede recurso alguno.

Si como resultado final del amparo en revisión, se niega la protección de la justicia federal, la SRE deberá entregar a la persona solicitada en extradición a la PGR, a efectos de que los elementos de la oficina central de la Interpol lo entreguen a las autoridades que el Estado requirente haya designado, previo aviso a la Secretaría de Gobernación.

En el caso de que la extradición haya sido denegada por la SRE, el MP de la Federación está facultado para iniciar un recurso de amparo indirecto, en un plazo no mayor a quince días. Si el amparo se niega, también cuenta con la oportunidad de solicitar la revisión correspondiente.

Ahora bien, los requisitos que debe satisfacer la petición formal de extradición al Estado mexicano se circunscriben a la fundamentación legal de la solicitud, tomando en consideración los contenidos de la legislación interna y del tratado de

extradición respectivo (artículo 3 de la LEI); una relación sucinta de los hechos constitutivos de delito, estableciendo claramente las circunstancias de lugar, tiempo, ejecución y personas, así como en su caso, las circunstancias atenuantes y agravantes de la conducta; los datos de la media filiación del solicitado en extradición; descripción física, ocupación, alias y todos aquellos datos que permitan su identificación y, de ser posible, la solicitud deberá acompañarse de fotos recientes; la ubicación probable de la persona requerida, a fin de lograr su localización y establecer la jurisdicción ante la cual deberá tramitarse la extradición; la solicitud de aseguramiento y entrega de los bienes, objetos, productos o instrumentos del delito que se encontraren en poder del sujeto en el momento de detención; una copia debidamente requisitada del mandamiento de autoridad competente que ordena la aprehensión o la reaprehensión del reclamado, o en su caso de la sentencia firme ya dictada con anterioridad; una copia de todos los elementos de prueba que sirvieron de base a la autoridad competente para librar el mandamiento o dictar la sentencia, de los textos legales vigentes en el momento de la comisión del delito —referentes al tipo penal y su correspondiente penalidad— por el cual se ha solicitado la extradición, y finalmente de la legislación que contenga las normas relativas a la prescripción de la acción penal o de la pena (artículo 16 de la LEI). Por último, deberá incluirse también la promesa formal de que no se impondrá al extraditado la pena de muerte, en caso de que esta sea la pena correspondiente al delito de que se trate. La promesa deberá referir que la pena capital no será ejecutada, o que en su caso se conmutará por el término máximo de pena privativa de libertad previsto en la legislación del Estado requirente (artículo 10, fracción V, de la LEI).

Ahora bien, cuando se trate de una solicitud de detención provisional con fines de extradición internacional, deben cumplirse prácticamente los mismos requisitos, solo que, además, deberá incluirse la promesa de presentar la petición formal de extradición internacional, en un plazo que no excederá de sesenta días naturales contados a partir del momento de la detención (artículo 17 de la LEI).

2.1.1. Extradición de nacionales (criterios de la SCJN)

Primer caso

La no extradición de nacionales es un principio prácticamente reconocido por todas las naciones de la comunidad internacional. Según Labardini, el fundamento

de esta práctica reside en tres cuestiones fundamentales: la primera, en que los tribunales del Estado del nacional son los jueces naturales para juzgar los delitos por él cometidos; la segunda, en que los Estados tienen la obligación de proteger a sus nacionales, y la tercera, en el temor de que el nacional extraditado pudiera enfrentarse en los tribunales extranjeros con un idioma desconocido, con particularidades del sistema jurídico que le son extrañas y con prejuicios raciales y sociales en su contra.¹⁸

Hasta antes de 1994 no existían registros de nacionales mexicanos extraditados. Sin embargo, en 1995, México realizó una revisión de su política en materia de extradición con relación a sus nacionales, en el marco de las certificaciones que los Estados Unidos otorgaban a los países latinoamericanos en el combate al narcotráfico.¹⁹

A partir de este momento y tomando en consideración las disposiciones de la LEI, se consideró que el Ejecutivo federal podía, en casos excepcionales, autorizar la extradición de nacionales mexicanos. Esta afirmación, un par de años más tarde, encontró sustento en el Pleno de la SCJN, al resolver la contradicción de tesis 44/2000, relativa a la posibilidad de extraditar a un nacional a los Estados Unidos.²⁰

La contradicción de tesis señalada se originó en virtud de los criterios sustentados por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito al resolver el amparo en revisión 5/98, y el Segundo Tribunal Colegiado en Material Penal del Segundo Circuito al dictar la sentencia en el amparo en revisión 417/98.

¹⁸ Rodrigo Labardini, "México y la extradición de nacionales", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, tomo II, 2002, pp. 111-150 y Juan de Dios Gutiérrez Baylón, "La extradición de mexicanos al extranjero...", o. cit., p. 43.

¹⁹ Según el informe sobre la cooperación México-Estados Unidos contra las drogas ilícitas 1995-2000, "[...] la cooperación bilateral sustentada en el tratado de extradición México-Estados Unidos ha registrado notables avances en los últimos seis años. El trabajo desarrollado por ambos países en el grupo de funcionarios de alto nivel encargado de la Procuración de Justicia México-Estados Unidos ha permitido aumentar la comprensión mutua de los sistemas legales de cada país y agilizado los procedimientos para el desahogo de las solicitudes de extradición. El enorme avance se refleja en las siguientes cifras: en los primeros quince años de vigencia del tratado de extradición (1980-1994) México extraditó a los Estados Unidos un total de ocho personas. En el mismo período Estados Unidos entregó treinta personas en extradición. En el período 1995-2000 México entregó un total de sesenta y una personas a Estados Unidos, es decir en cinco años multiplicó unas siete veces la cantidad de entregados en relación a los quince años anteriores. Por su parte, entre 1995 y el año 2000, Estados Unidos partiendo de una cifra mayor, triplicó la cantidad de entregas, con un total de ochenta y seis individuos entregados mediante el procedimiento de extradición. A partir de la administración del presidente Zedillo, el gobierno de México decidió que en circunstancias excepcionales concedería la extradición de nacionales mexicanos para ser procesados en los lugares donde sucedieron los hechos que se les imputan. En los últimos cinco años, México ha entregado en extradición once nacionales mexicanos (ocho por nacimiento y tres por naturalización). Durante el mismo período 1995-2000, los Estados Unidos siempre han extraditado a sus ciudadanos en circunstancias apropiadas y extraditado a doce ciudadanos estadounidenses acusados en México [...]". La cursiva es una marca personal. www.usembassy-mexico.gov/sdlegado.html.

²⁰ La regla general respecto del órgano encargado de la resolución cuando exista una contradicción de tesis es que la sala especializada en la materia será la responsable de establecer cuál criterio es el aplicable. No obstante, el Pleno de la SCJN, en uso de su facultad de atracción, conoció de este caso porque se involucraba la interpretación de tratados internacionales. Lo anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 107 fracción VII, inciso a de la CPEUM y el artículo 98 de la Ley de Amparo.

En ambos casos, los jueces de la causa analizaron acuerdos de la SRE, en los cuales se procedía a la extradición de nacionales mexicanos a petición de los Estados Unidos. En ambas resoluciones, se interpretó el contenido del artículo 9.1 del Tratado de Extradición México-Estados Unidos y el artículo 4.º del Código Penal federal (CPF).

La contradicción de criterios radicó en la diferente interpretación que los tribunales antes señalados sostuvieron del artículo 4.º del CPF, ya que mientras el primero lo consideró como un impedimento para la extradición de nacionales, el segundo consideró que los contenidos de esa disposición no impedían la entrega de ciudadanos mexicanos, toda vez que no contiene una prohibición expresa sobre el particular.

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito argumentó:

[...] que la extradición de nacionales mexicanos a Estados Unidos no procedía en razón de que, si bien es cierto el artículo 9.1 del tratado de extradición celebrado entre ambos países faculta discrecionalmente al Ejecutivo federal para entregar a sus nacionales, si no se lo impiden sus leyes, también lo es que el artículo 4.º del CPF, al disponer que los delitos cometidos en el extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros serán penados en la República con arreglo a las leyes federales, impide que el Ejecutivo federal autorice la entrega, vía extradición de un nacional [...].

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito señaló:

[...] el artículo 4.º del CPF no representa un obstáculo para la extradición de los nacionales a Estados Unidos de América, pues el mismo no contiene una prohibición expresa sobre el particular y porque, además, el artículo 9.1 del tratado de extradición es un ordenamiento de carácter especial que priva sobre lo consagrado en el artículo 4.º del referido CPF [...].

De tal forma, la contradicción de tesis a resolver se reducía, en palabras de la ministra Sánchez Cordero, a determinar si lo dispuesto en el artículo 4.º del CPF constituía un impedimento para proceder a la extradición de ciudadanos mexicanos, conforme las disposiciones del tratado de extradición celebrado entre México y Estados Unidos.²¹

²¹ Olga Sánchez Cordero de García Villegas, "La extradición en la Suprema Corte...", o. cit., p. 202.

Diversos argumentos se sostuvieron en el pleno de la SCJN. Algunos de ellos fueron los siguientes. La interpretación de un tratado internacional, regulado por el derecho internacional, no podía realizarse tomando en consideración las disposiciones internas de alguna de las partes contratantes, como lo era el artículo 4.º del CPF.

Por otra parte se sostuvo que para que una ley sea considerada un impedimento para proceder a la extradición, debía manifestarse claramente al respecto, es decir, debía contener una disposición expresa en ese sentido.

Finalmente, se argumentó también que en todos los casos en que el legislador tuvo la intención de prohibir la extradición, la ley contiene expresiones que no dejan lugar a dudas en cuanto a que impide la extradición de una persona al Estado requirente.

De tal forma, se concluyó que el artículo 4.º del CPF no constituye un impedimento para la extradición de nacionales a los Estados Unidos, ya que únicamente establece una norma de derecho aplicable consistente en que cuando un mexicano sea juzgado en territorio mexicano por un delito cometido en el extranjero será sancionado con las penas contenidas en las leyes federales mexicanas, y no conforme a las disposiciones vigentes en el Estado en que cometió el delito.²²

Como señala Labardini, llama la atención que la SCJN se haya limitado en aquella ocasión al análisis del artículo 4.º del CPF y no haya tomado en consideración los desarrollos doctrinales de actualidad que justifican la extradición de nacionales,²³ como podrían ser aquellos que sostienen que en la sociedad actual es obsoleto hablar de soberanía y que un procedimiento de extradición debe ser observado como un problema cotidiano de cooperación judicial; o bien aquellos que refieren que si en realidad se ha interiorizado el principio de confianza recíproca en los sistemas legales

²² La contradicción de tesis ya referida dio como resultado la siguiente tesis jurisprudencial:

Extradición. La posibilidad de que un mexicano sea juzgado en la República conforme al artículo 4.º del Código Penal federal, no impide al Poder Ejecutivo obsequiarla, ejerciendo la facultad discrecional que le concede el tratado de extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América. Conforme al artículo 9.1 de dicho tratado: "Ninguna de las dos partes contratantes estará obligada a entregar a sus nacionales pero el Poder Ejecutivo de la parte requerida tendrá la facultad, si no se lo impiden sus leyes, de entregarlos si, a su entera discreción, lo estima procedente". De ahí se infiere, en lo que concierne al Estado mexicano, que el Poder Ejecutivo goza de la facultad discrecional de entregar a solicitud del gobierno de los Estados Unidos de América a los mexicanos que hayan cometido delitos en aquel país "si no se lo impiden sus leyes". Esta expresión debe entenderse como una prohibición al Poder Ejecutivo de acceder a la extradición demandada, pero solo en el caso de que así lo establecieran la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o cualquier ley federal. Ahora bien, el análisis gramatical y semántico del artículo 4.º del Código Penal federal lleva a concluir que no contiene ninguna prohibición o impedimento a la extradición, sino que sustancialmente establece una regla de derecho aplicable en cuanto dispone: "serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales", lo que significa que en caso de que un mexicano fuere juzgado en la República por un delito cometido en el extranjero será sancionado con las penas que establezcan las leyes federales mexicanas y no conforme a las leyes del Estado extranjero donde se le atribuye que delinquirió, mas no que esté prohibida su extradición. Tesis jurisprudencial 11/2001, del 18 de enero del 2001. Registro IUS 190, 355.

²³ Rodrigo Labardini, "México y la extradición de nacionales...", o. cit., p. 148.

de ambos países —en este caso, Estados Unidos y México— sería necesario crear técnicas jurídicas que respondan a ese principio;²⁴ o finalmente, y a través de un argumento menos innovador, que el juez más adecuado para juzgar un hecho es el del lugar de la comisión del delito.²⁵

Cierto es —como ya se mencionó— que a partir de 1994 México hizo una revisión de su política en materia de extradición, la que ha permitido la extradición de nacionales para que sean juzgados en el extranjero, máxime en virtud de que no existe una disposición constitucional que prohíba la extradición de ciudadanos mexicanos. Esta situación pareciera sugerir que el Estado mexicano abraza una concepción más moderna del concepto de soberanía nacional, lo cual sería bastante equivocado, ya que este cambio de actitud, al menos en el caso mexicano, refleja más bien una tendencia a renunciar a la jurisdicción nacional y a la potestad punitiva del Estado, en atención a un débil posicionamiento frente a los Estados Unidos, especialmente en la cooperación México-Estados Unidos contra el narcotráfico.

Como es sabido, Estados Unidos tiene como fecha el 1.º de marzo de cada año para hacer pública su evaluación anual de la cooperación antinarcóticos de otros países, proceso mejor conocido como *certificación*. Antes de esa fecha, muy especialmente en el mes de febrero, algunos países latinoamericanos —México incluido— dan a conocer sus avances en materia de combate al narcotráfico, sabedores de que estos avances tendrán un impacto en la decisión de la certificación por el gobierno norteamericano y, en consecuencia, en la suspensión o no de la ayuda económica de ese país.²⁶

2.1.2. *Extradición de nacionales (criterios de la SCJN)*

Segundo caso

Este segundo caso sobre extradición de nacionales se deriva al igual que el anterior de una contradicción de tesis, esta vez marcada como la 11/2001, sustentada por el Primero y Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

²⁴ Víctor Moreno Catena, y Raquel Castillejo Manzanares, *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 182.

²⁵ Marta del Pozo Pérez, "Extradición: la más tangible manifestación de colaboración entre Estados en orden a evitar la impunidad de los delitos", en Diego Díaz-Santos y Sánchez López (coords.), *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Madrid, Colex, 2000, pp. 111-126.

²⁶ Rodrigo Labardini, "El proceso estadounidense sobre certificación de otros Estados en la lucha contra el narcotráfico", en *El Foro*, México, décima época, t. XI, n.º 1, primer semestre 1998, pp. 129-182.

El punto a discutir en esta ocasión consistió en determinar si la condena a perpetuidad era una pena prohibida por el artículo 22 de la CPEUM, por ser una pena inusitada o trascendental, todo esto nuevamente en el marco del Convenio de Extradición entre Estados Unidos y México y la LEI. Con relación a esta última, se cuestionaba si los Estados Unidos, al hacer una petición de extradición a México, debían satisfacer las disposiciones de su artículo 10, fracción V.

La fracción V del artículo 10 de la LEI establece que el Estado mexicano, al recibir una solicitud de extradición, debe exigir al Estado requirente la presentación de una carta compromiso, en la que se establezca que, en caso de que el delito que se imputa al requerido sea castigado con pena de muerte o alguna de las prohibidas por el artículo 22 constitucional, solo se le impondrá la pena de prisión o cualquier otra de menor gravedad, prevista en su legislación interna.

En el proyecto original para resolver la contradicción de tesis, se planteó que la prisión vitalicia no constituía una pena inusitada o prohibida por el artículo 22 de la CPEUM y, en consecuencia, la carta compromiso referida en el párrafo que antecede no era exigible cuando el Estado mexicano fuera requerido para extraditar a una persona a los Estados Unidos.

La ministra Sánchez Cordero de García Villegas argumentó a favor de su proyecto, entre otras cosas, lo siguiente: que la pena de prisión vitalicia —que implica una segregación definitiva del delincuente respecto del núcleo social— no era una pena prohibida conforme a nuestra legislación, en virtud de que la única diferencia entre una condena a perpetuidad y una pena privativa de libertad de duración determinada consiste precisamente en su duración, pero que la pena en sí misma es idéntica. En este punto agregó que la segregación definitiva del delincuente fue prevista por el legislador de 1917, al incluir la pena de muerte en el sistema constitucional —que no prevé la duración máxima de la pena de prisión— y que, si bien el fin de la pena es la readaptación social, también es cierto que se persiguen otros resultados, según la interpretación armónica de los artículos 17, 18, 19, 20 y 22. Por otra parte, sostuvo que si bien la condena a perpetuidad se consagra en la legislación interna de Estados Unidos —lo cual no significa que se impondrá en todos los casos— existen figuras que “salvarían” al extraditado de su aplicación, tales como el acuerdo de culpabilidad y el perdón. Finalmente —y considero esto como un detalle anecdótico— la ministra Sánchez Cordero invocó el ER en su artículo 77 para justificar la extradición de

nacionales a los Estados Unidos, en virtud de que México forma parte de este y en el propio instrumento internacional se prevé la pena de prisión vitalicia.²⁷

La mayoría de los ministros que integran la SCJN decidieron que la pena de prisión vitalicia sí es una pena inusitada y prohibida por la CPEUM, por alejarse de la finalidad esencial de la pena que —en opinión de los ministros— es la readaptación social del delincuente para su incorporación a la sociedad. A esta conclusión llegaron después de analizar el artículo 18 constitucional; argumentaron que de las exposiciones de motivos presentadas por el legislador se desprende que el fin de la pena es la readaptación social del delincuente, pero que además esto es una garantía constitucional a su favor, que se obtendrá a través del trabajo, la capacitación y la educación.

De tal forma, el pleno de la SCJN, por votación mayoritaria, decidió que cuando un país contemplara la condena a perpetuidad en su legislación interna como la pena aplicable al delito por el que solicita la extradición, esta no sería concedida, a menos que, conforme a las disposiciones respectivas de la LEI, se comprometiera a imponer una pena menor.²⁸

²⁷ Olga Sánchez Cordero de García Villegas, "La extradición en la Suprema Corte...", o. cit., pp. 206 y ss. Asimismo consúltese la sesión del 2 de octubre de 2001, en que se decidió la contradicción de tesis 11/2001, en www.scjn.gob.mx.

²⁸ Las tesis jurisprudenciales que surgieron de esa contradicción de tesis fueron las siguientes:

Prisión vitalicia. Constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 constitucional. Si por pena inusitada, en su acepción constitucional, se entiende aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines punitivos, ha de concluirse que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y, por tanto, prohibida por el artículo 22 de la CPEUM, en virtud de que en la legislación mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena establecida por el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente. En efecto, la finalidad de la pena ha evolucionado a través del tiempo, pues esta surgió en principio como una venganza privada en la que el ofendido aplicaba el castigo de acuerdo con la gravedad del daño causado; luego, como una venganza divina, pues el delito se consideraba como una ofensa a la divinidad; en el derecho griego, además, era intimidatoria; en el derecho romano constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa; en el período científico, en Alemania, se estimó que el fin de la pena es una coacción psicológica, de donde surgió la teoría de la prevención general; para la escuela clásica la pena tiende a conservar el orden legal; para los positivistas la finalidad de la pena es un medio de defensa social; para la doctrina absolutista responde a la idea de justicia absoluta, esto es, que el bien merece el bien y que el mal merece el mal; para la doctrina relativa es el instrumento para asegurar la vida en sociedad; y la doctrina ecléctica propone que la pena pública puede tener los fines siguientes: reformar al delincuente, ser ejemplar, intimidatoria, correctiva, eliminatoria y justa. Ahora bien, en la CPEUM, en el artículo 18, segundo párrafo, después de analizar iniciativas, dictámenes y discusiones de las reformas de que fue objeto, siempre ha sido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o la prisión vitalicia, porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada, por tanto, es inconstitucional.

Tesis Jurisprudencial P/J 127/2001 Registro IUS: 188, 542.

Extradición. La pena de prisión vitalicia constituye una pena inusitada prohibida por el artículo 22 de la CPEUM, por lo que para que se tramite aquella, el Estado solicitante debe comprometerse a no aplicarla o a imponer una menor que le fije su legislación. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional, si el delito

No obstante lo anterior, de manera muy reciente y en el pleno de la SCJN se modificaron estos criterios jurisprudenciales, en los que ahora se señala que la prisión vitalicia no constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 constitucional y que, para efectos de una extradición, la prisión vitalicia no es una pena inusitada y, en consecuencia, cuando aquella se solicita es innecesario que el Estado requirente se comprometa a no aplicarla.²⁹

Pues bien, no obstante las largas horas de debate por el pleno de la SCJN respecto de la inconstitucionalidad de la prisión vitalicia previamente referida, el 6 de septiembre del 2005, al resolver la acción de inconstitucionalidad 20/2003 promovida por la LX Legislatura del Congreso del estado de Chihuahua en contra del Congreso federal y del gobernador de la entidad, convalidó el contenido del artículo 27 del CPCh, en donde se prevé la acumulación de penas hasta por ciento cinco años de prisión, cuando se haya cometido un delito de homicidio o secuestro en donde el sujeto pasivo sea una mujer o un menor de edad. Esta resolución, aprobada por mayoría de ocho votos contra dos, estableció que los contenidos de ese artículo no constituyen una sanción inusitada, inhumana o cruel, contradiciendo sus argumentaciones previas y en consecuencia sus propias decisiones.

Curiosa y significativamente —en el marco de esta acción de inconstitucionalidad— la SCJN llevó a cabo su primer intento de establecer la constitucionalidad de la prisión vitalicia; sin embargo, al no conseguir el voto mayoritario de ocho ministros, las tesis jurisprudenciales 125 y 127/2001 no pudieron ser modificadas.

De tal forma, el proceso de modificación de jurisprudencia fue solicitado por el ministro presidente Azuela Güitron y los ministros Ortiz Mayagoitia y Valls Hernández, argumentando que, al resolver la acción de inconstitucionalidad en el caso Chihuahua, se generó un conflicto jurídico de urgente resolución, en virtud de que si bien el pleno de la SCJN sostuvo un nuevo criterio —no con carácter de jurisprudencia— existían dos tesis

por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte o alguna de las prohibidas por el artículo 22 de la CPEUM, acorde con las leyes de la parte requirente, la extradición podrá ser rehusada, a menos de que esta parte dé las garantías suficientes de que no se impondrá la pena de muerte, o bien, de que si es impuesta no será ejecutada. En estas condiciones, al ser la pena de prisión vitalicia una pena inusitada prohibida por el citado artículo 22, en tanto que se aparta de la finalidad esencial de la pena, consistente en la readaptación social del delincuente para incorporarlo a la sociedad, resulta inconcusos que el Estado solicitante debe comprometerse a no imponer la pena de prisión perpetua, sino otra de menor gravedad.

Tesis jurisprudencial: P/J. 125/2001. Registro IUS: 188601.

²⁹ La modificación de los criterios jurisprudenciales transcritos en la cita 28 no pudieron ser encontrados en el *CD IUS 2005*, en el cual se compilan las jurisprudencias y las contradicciones de tesis desde 1917 a la fecha. Sin embargo, en la sesión plenaria de la SCJN del día 31 de enero del 2006, el ministro Ortiz Mayagoitia textualmente señaló que mediante un procedimiento de modificación de jurisprudencia ambos criterios fueron aprobados. Consúltese la versión taquigráfica de esa sesión en www.scjn.gob.mx.

jurisprudenciales en contrario, cuya aplicación era obligada para todos los órganos jurisdiccionales de la República.

Según las disposiciones conducentes de la Ley de Amparo (LA), para que proceda una modificación de jurisprudencia es necesario satisfacer algunos requisitos, cuya existencia fue controvertida.³⁰ Uno de los más preocupantes requisitos no satisfechos fue expuesto por el ministro Góngora Pimentel, al expresar que cuando se pretende una modificación de jurisprudencia es necesario resolver el tema controvertido. Como anteriormente se ha señalado, al tratar la acción de inconstitucionalidad presentada por el estado de Chihuahua, el tema controvertido no fue la condena a perpetuidad, sino el hecho de que frente a la aplicación de la norma relativa al concurso real de delitos se puede aplicar una pena excesiva, en consecuencia esta acción de inconstitucionalidad no versó sobre la aplicación de una pena vitalicia, lo cual implica que uno de los requisitos impuestos por la LA no fue satisfecho.

Por otro lado, el ministro Silva Meza, retomando lo afirmado anteriormente, refirió que antes de llevar a cabo el procedimiento de modificación de jurisprudencia era necesario resolver los casos pendientes en los cuales dicha modificación podría incidir, porque en caso contrario se estaría creando una especie de norma *ad hoc* para un caso concreto. El comentario del ministro Silva Meza toma importancia cuando la SCJN tiene pendiente la resolución de un amparo en revisión, en el cual es necesario determinar si para extraditar a un ciudadano a los Estados Unidos es necesario cumplir los requisitos que la LEI contiene en su artículo X, fracción V.³¹

Es decir, la SCJN a sabiendas de que en escasos días debía resolver un amparo en revisión, donde la materia controvertida era precisamente el artículo X, fracción V, de la LEI, solicitó un procedimiento de modificación de criterios jurisprudenciales, presumiblemente para estar en posibilidades de extraditar a nacionales mexicanos a los Estados Unidos. Tal idea parece confirmarse cuando el ministro Góngora Pimentel, al ser cuestionado por la rapidez en el procedimiento de modificación de las tesis 125 y 127/2001, que constituían un candado a la extradición de ciudadanos mexicanos al extranjero —con la salvedad de que el gobierno en cuestión se comprometiera a no aplicar la prisión vitalicia— comentó a los medios de comunicación, que “[...] el problema de fondo es la extradición de criminales que está pidiendo Estados Unidos

³⁰ Véanse los artículos 192, 194 y 197 de la LA.

³¹ Véase “Extradición de nacionales (segundo caso)”, en este mismo informe.

que le manden, y entiendo que es una fuerza indudable al cambiar la jurisprudencia”.^{32 33}

2.2. Jurisprudencia relevante. Caso *Cavallo*

El 25 de agosto del año 2000, Ricardo Miguel Cavallo fue detenido en territorio mexicano y con ello se dio inicio al procedimiento de extradición solicitado por el Reino de España. Como afirma Guevara Bermúdez, a partir de ese momento México ingresó a la comunidad internacional de Estados que persiguen, juzgan o castigan a los responsables de la comisión de los más graves crímenes internacionales.³⁴

España fundó su petición de extradición, entre otros tratados, en el de Extradición y Asistencia Mutua firmado con México, por lo cual la SRE transmitió dicha petición a la PGR, quien solicitó ante el correspondiente juez de distrito la adopción de las medidas conducentes. El juez sexto de distrito consideró que la petición efectuada por el país ibérico era procedente y el 2 de febrero del 2001 la SRE avaló esa decisión concediendo la extradición por los delitos de genocidio, tortura y terrorismo.

³² Jesús Aranda, “Luz verde de la Corte a extraditar reos aunque les apliquen la prisión perpetua”, en *La Jornada*, miércoles 30 de noviembre de 2005. Francisco Reséndiz, “Determina la Corte que la cadena perpetua no es anticonstitucional; podrán extraditar a mexicanos con esa condena”, en *La Crónica*, miércoles 30 de noviembre de 2005.

³³ Una vez más es necesario tomar en consideración la política antidrogas en el país. Actualmente Washington señala que México es el ejemplo mundial de lucha antinarcoóticos, no obstante que los niveles de efectividad del gobierno mexicano no se han traducido en una reducción significativa de las cantidades de cocaína, marihuana y heroína que se introducen a los Estados Unidos, en virtud de que la guerra bilateral contra el narcotráfico México-Estados Unidos se ha enfocado en la detención de los operadores de los carteles de droga —no siempre respecto de los principales dirigentes— pero no en la erradicación de cultivos. Una vez que inició la administración Fox, se observa que este gobierno retomó y endureció la militarización de la política antinarcoóticos —el titular de la PGR fue hasta el 2005 un militar con licencia— y Estados Unidos apoyó sin restricción el flujo de recursos, asesoría y entrenamiento al personal militar mexicano. Por otro lado, una vez iniciada esa administración, las fricciones entre México y Estados Unidos a causa del combate al narcotráfico han prácticamente desaparecido, lo cual puede observarse en tres cuestiones fundamentales: Estados Unidos suspendió temporalmente la evaluación de la política mexicana en el proceso de certificación; hasta el año 2005, los militares mexicanos seguían recibiendo entrenamiento antinarcoóticos en Estados Unidos, y persistía el flujo de financiamiento y equipamiento militar hacia las agencias policíacas y militares del país. De hecho, Estados Unidos no pierde la ocasión para resaltar los esfuerzos del gobierno mexicano en la lucha antidrogas; muy recientemente el FBI entregó un reconocimiento a diversos miembros de la AFI, en virtud de su destacada participación en el combate al narcotráfico. No obstante todo lo anterior, es necesario recordar que, como consecuencia de la ratificación del ER por el Estado mexicano, Estados Unidos ha reducido notablemente el apoyo económico-militar a México, que hasta el momento mantiene su postura de no firmar un acuerdo bilateral respecto del artículo 98 del ER.

Si la eficacia del gobierno mexicano puede ser cuestionada en virtud de la no disminución de la producción de cultivos de drogas ilícitas, ¿por qué es felicitado por el gobierno norteamericano? ¿Existen acaso otras acciones que congratulan a los Estados Unidos en la guerra contra las drogas? ¿Será acaso la modificación de criterios jurisprudenciales de la SCJN y la reducción de requisitos para la extradición de nacionales a ese país, la razón de su beneplácito? ¿Cuál será el paso siguiente en las consecuencias que el Estado mexicano deberá asumir por la ratificación del ER? ¿Se reflejará nuestra condición de Estado parte en la CPI en la calificación que los Estados Unidos hagan de la lucha de México contra el narcotráfico?

³⁴ José Antonio Guevara Bermúdez, “México frente a la jurisdicción universal: la extradición...”, o. cit., p. 69.

Frente a esa resolución, Cavallo interpuso un juicio de amparo, reclamando la inconstitucionalidad de los instrumentos internacionales en que se basó su solicitud de extradición, a través del cual obtuvo la protección de la justicia federal, por lo cual se ordenó que la SRE emitiera un nuevo acuerdo por el cual se otorgaba la extradición a España, pero esta vez por los delitos de genocidio y terrorismo, en virtud de que el delito de tortura había prescrito, negándose así la extradición por ese delito.

Los contenidos de esta resolución fueron impugnados nuevamente a través de un recurso de revisión por todas las partes: Cavallo, SRE y por el Ministerio Público, estos dos últimos argumentando que el delito de tortura no se encontraba prescrito. Por su parte, la autoridad competente para resolver el recurso de revisión fue la SCJN, en virtud de la facultad de atracción prevista especialmente en la CPEUM y en la LA. El amparo en revisión fue turnado al ministro Piña Palacios y marcado con el número 140/2002.

Al resolver el amparo en revisión antes señalado, la SCJN discutió diversos argumentos que reflejan la postura del Estado mexicano en materia de crímenes internacionales.³⁵

Un primer proyecto —al menos en la parte que importa respecto de crímenes internacionales— modifica la sentencia del juez de distrito y, por un lado, considera que la extradición por el delito de tortura no debe concederse porque este ha prescrito; por el otro, niega a Cavallo la protección de la justicia federal por lo que respecta a los delitos de genocidio y terrorismo, es decir considera adecuada la extradición por estos delitos. Es de destacar que, en el momento en que se discutió este proyecto, el ministro ponente enfatizó que, si bien en un procedimiento de extradición no debe analizarse la competencia del tribunal del país que ha solicitado la entrega de la persona, también es cierto que cuando esa competencia trasciende al ámbito interno del país requerido y además vulnera el orden público —en este caso, el mexicano— los tribunales del país requerido sí deben analizar la resolución judicial con la cual se solicitó la extradición. Ello, en virtud de que España solicitó la extradición de Cavallo con base en el artículo 23 de la LOPJ —que data de 1985—, en el cual se prevé la competencia de los tribunales españoles para conocer de los delitos de genocidio y

³⁵ Otro de los argumentos expresados por Cavallo en el amparo en revisión consistía en señalar la inconstitucionalidad de los actos del presidente de la República, de la Cámara de Senadores, de los secretarios de Relaciones Exteriores y de Gobernación, así como la PGR, consistentes en la creación, celebración y aprobación del tratado de extradición y asistencia judicial firmado con España, así como sus dos protocolos posteriores.

terrorismo, en virtud del principio de jurisdicción universal. El punto controvertido a juicio del ministro Román Palacios es que los hechos atribuidos a Cavallo sucedieron entre los años 1976 y 1983, y la ley invocada es de una fecha posterior y, en consecuencia, debía otorgársele la libertad al solicitado en extradición por los delitos de genocidio y terrorismo.

La postura mayoritaria de los ministros de la SCJN —encabezada por el ministro Silva Meza— estableció que la figura de la extradición se encontraba inmersa en una acción solidaria entre México y España para combatir la impunidad, y que según el tratado de extradición respectivo no se había pactado el verificar la competencia del país requirente para concederla. Esto en virtud de que revisar la competencia de los tribunales extranjeros podría implicar una intromisión en la soberanía de los Estados, al analizar los contenidos de su sistema jurídico.

Al interponer el recurso de revisión, Cavallo señaló que la jurisdicción competente para conocer del delito de genocidio según el artículo VI de la Convención de Genocidio era la del tribunal del Estado donde el delito fue realizado, o bien una CPI y que los contenidos de esta Convención eran de observancia obligatoria para el Estado mexicano.

A este respecto, la SCJN sostuvo que la Convención para Prevenir el Delito de Genocidio reconocía implícitamente el principio de la jurisdicción universal y que España había fundado su petición también en esta Convención, que data de 1948. Por otro lado, sostuvo que las disposiciones de esta Convención no afectaban el procedimiento de extradición y que, en todo caso, frente a la posibilidad de que Cavallo fuera juzgado en España por un tribunal incompetente, México tendría que solicitar a España el compromiso de que el acusado fuera juzgado respetando las garantías del debido proceso, respetando entonces el derecho de aquel, de ser oído en su defensa y, en consecuencia, esto implicaría la posibilidad de Cavallo de impugnar inclusive la competencia de los tribunales españoles.

Por lo que respecta al delito de tortura, la ministra Sánchez Cordero señaló que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles e Inhumanos (CTTP-CID), de la cual México es parte, establece que en caso de no proceder la extradición por haber prescrito la acción penal, el asunto debe ser juzgado por los tribunales internos. Ahora bien, tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 133 de la CPEUM —que establece la supremacía jurisdiccional de la propia Constitución y de los tratados internacionales firmados por México—, podría implicar que México

enjuiciara a Cavallo, aun cuando no es nacional mexicano ni el delito que se le imputa ha sido realizado en territorio mexicano, ni las víctimas de este delito son mexicanas. En opinión de la ministra Sánchez Cordero, la posibilidad de que México conociera de este asunto implicaría el ejercicio de la jurisdicción universal.

Con relación a este mismo tema, el ministro Ortiz Mayagoitia comentó que la SCJN es un tribunal sometido al amparo de la ley, y que enjuiciar a Cavallo en territorio mexicano equivaldría a suplir los agravios que no hicieron valer las autoridades responsables de la extradición. Agregó, asimismo, que la SCJN, al resolver el recurso de revisión, debe limitarse a determinar si se han vulnerado o no las garantías que a favor del propio Cavallo consagra la CPEUM. Por tanto, la competencia o no de los tribunales españoles para juzgar al solicitado en extradición o el tema de la jurisdicción universal, no son cuestiones que puedan ser abordadas por la SCJN. Finalmente, ambos ministros comentaron que votarían a favor del proyecto que aprueba la extradición por los delitos de genocidio y terrorismo.

Por otra parte, los ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José de Jesús Gudiño Palacios, Juan Díaz Romero y Román Palacios —quien elaboró un voto particular—³⁶ discreparon del voto de la mayoría, en el cual se autoriza la extradición de Cavallo por el delito de genocidio. La razón por la cual sostuvieron esta posición se fundamenta en el hecho de que, conforme el artículo VI de la Convención de Genocidio, Cavallo debe ser juzgado por un tribunal argentino o por una CPI que sea competente.

Por último, y tomando en consideración los argumentos antes señalados, la SCJN tomó las siguientes decisiones en el caso Cavallo: a través de una votación unánime modificó la sentencia de amparo del juez de distrito que concedía la extradición por genocidio, terrorismo y tortura, en virtud de considerar que este último delito se encontraba prescrito. Después determinó que no era procedente otorgar la protección de la justicia federal, en lo que concierne a los argumentos de la defensa en el sentido de que el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal

³⁶ El voto particular establece genéricamente que si bien España y México, a través del tratado de extradición respectivo, no estipularon revisar la competencia del tribunal que solicitó la extradición, también es cierto que en su artículo 25 se establece que, en todo lo no dispuesto por el instrumento, se aplicarán las leyes internas de ambos países, en cuanto regulen el procedimiento de extradición. Esto, aunado a las disposiciones de la LEI en su artículo 10, fracción III, dispone que México exigirá a efectos de dar trámite a la extradición, que el Estado solicitante deberá comprometerse a que el extraditado debe ser sometido a un tribunal competente, establecido por la ley con anterioridad al delito. Por todo esto —consideró— con apoyo en la legislación mexicana, la SCJN debe analizar la competencia que se atribuyen los tribunales españoles para conocer de este asunto, en virtud de que la jurisdicción es un presupuesto del proceso, y no del delito.

entre México y España de 1978, y su Protocolo de 1995, así como la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio de 1948, que consistía principalmente en su inconstitucionalidad, esto también por unanimidad de votos. Finalmente, en lo que concierne al delito de genocidio determinó que era procedente la extradición, por mayoría de siete votos, y en lo que respecta al delito de terrorismo, por mayoría de diez votos, emitiendo cuatro tesis, que en tres casos constituirían jurisprudencia.³⁷

³⁷ Tesis I. Extradición. El tratado de extradición de 21 de noviembre de 1978 celebrado por los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España y su protocolo modificatorio no violan los artículos 16 y 19 constitucionales.

El artículo 15, inciso b, de los ordenamientos internacionales señalados, no viola los preceptos constitucionales indicados, al señalar que en el procedimiento de extradición instaurado entre México y España no es necesario demostrar la existencia del delito y los indicios racionales de su comisión por la persona reclamada, ya que dicho procedimiento de extradición se regula por lo dispuesto en el último párrafo del artículo 119 constitucional, en el sentido de que las extradiciones a petición del Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de la propia Constitución, los tratados internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias, por lo que la obligación de verificar el acreditamiento del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de un inculpado solo son exigibles para el libramiento de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, pero no para la extradición de una persona a requerimiento de Estado extranjero.

Amparo en revisión 140/2002. 10 de junio de 2003. Once votos. Ponente: Humberto Román Piña Palacios. N.º de registro: IUS: 184,134

Tesis II. Genocidio. No es delito político.

La SCJN ha sustentado el criterio reiterado de que por delito político debe entenderse aquel que se comete en contra del Estado, estableciéndose en el artículo 144 del CPF que los delitos políticos son los de rebelión, motín y conspiración para cometerlos. Ahora bien, en el artículo II de la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio, de 1948, se precisa que por ese delito debía entenderse cualquiera de los actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, describiéndose como tal la matanza de miembros del grupo, lesionar gravemente la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro. De esta descripción se desprende que el bien jurídico tutelado por este ilícito es la preservación de la existencia de determinados grupos humanos considerados como estables, mientras que el elemento subjetivo del tipo es la intención de destruir total o parcialmente al grupo humano, debiendo distinguirse que esa intención de destrucción no es el móvil del delito, sino un elemento subjetivo del injusto, lo que se traduce en que el móvil con el que se actúa es irrelevante para la existencia del delito, en razón de que se puede actuar con el propósito de destruir al grupo por motivos políticos, económicos, por venganza u otros, sin que ello sea relevante para la configuración del delito, porque lo que interesa es la intención de destruir total o parcialmente al grupo humano, con independencia de los motivos o razones que se tengan para ello. De aquí se desprende que el delito de genocidio no puede tener la naturaleza de político, en primer lugar, porque no se comete en contra del Estado, sino de determinados grupos humanos considerados estables; en segundo término, porque el elemento subjetivo del tipo es la intención de destruir total o parcialmente al grupo humano, siendo catalogado como un delito internacional contra la humanidad; finalmente, porque en nuestra legislación interna no se encuentra comprendido como delito político, ya que en el artículo 144 del CPF solo se califican como delitos políticos los ya especificados.

Amparo en revisión 140/2002. 10 de junio de 2003. Once votos. Ponente: Humberto Román Piña Palacios. N.º de registro: IUS: 184, 126.

Tesis III. Extradición. No debe analizarse la competencia de las autoridades jurisdiccionales del Estado requirente en el procedimiento a que se refiere el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal, celebrado entre México y el Reino de España el 21 de noviembre de 1978.

De lo dispuesto por el artículo 119, último párrafo, de la Constitución Federal, se desprende que la extradición a requerimiento de Estado extranjero será tramitada por el Ejecutivo federal, con la intervención de la autoridad judicial en términos de la propia Constitución, los tratados internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. Ahora bien, del articulado del ordenamiento internacional señalado y de la Ley de Extradición Internacional, aplicable supletoriamente, no se advierte la existencia de precepto legal alguno en el cual se establezca expresamente que el Estado mexicano se encuentra obligado a analizar la competencia legal del tribunal que haya emitido la sentencia condenatoria, orden de aprehensión, auto

Como un comentario final al caso Cavallo podría señalarse que, si bien finalmente la extradición fue concedida a España —a pesar del principio de jurisdicción universal invocado—, esa resolución no fue unánime y se corrió el riesgo de que los actos imputados hubieran quedado en la impunidad. Especialmente, porque varios ministros consideraron que el tribunal competente para conocer del delito de genocidio era un tribunal argentino o una CPI que en términos de la Convención del Delito de Genocidio no existe; en otras palabras, no consideraban que la jurisdicción española tuviera competencia para conocer del asunto, en virtud de que los hechos no ocurrieron en su territorio.

Por otro lado, se destaca la posición de la SCJN respecto de las disposiciones de la Convención contra la Tortura, ya que frente a la posibilidad de ejercer jurisdicción en base a un nexo jurisdiccional *similar* a la jurisdicción universal, consideró preferible asumir que es un tribunal de legalidad que no puede suplir los agravios presentados por la SRE o el Ministerio Público, aun cuando con ello se asuma el riesgo de que el Estado mexicano incurra en responsabilidad por violentar disposiciones de derecho internacional obligatorias para todos los poderes del Estado mexicano, independientemente de lo expresado por algunos ministros en el sentido de que este principio no es un asunto a discutir por la SCJN. Todo lo anterior evidencia la postura del Estado mexicano respecto de la persecución de crímenes internacionales, aun cuando un

de formal prisión o cualquier otra resolución judicial que tenga la misma fuerza según la legislación de la parte requirente, con base en la cual se solicite la extradición de alguna persona. Por tanto, al no encontrarse reglamentada esa cuestión en los ordenamientos aplicables en un procedimiento de esa naturaleza, no debe analizarse la competencia legal de los órganos jurisdiccionales del Estado requirente. Amparo en Revisión 140/2002. 10 de junio de 2003. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, José de Jesús Gudiño Pelayo y Humberto Román Piña Palacios. Ponente: Humberto Román Piña Palacios. N.º de registro: IUS: 184, 133.

Tesis IV. Terrorismo. No es delito político.

La SCJN ha sustentado el criterio reiterado de que por delito político debe entenderse aquel que se comete en contra del Estado, estableciéndose en el artículo 144 del CPF que los delitos políticos son los de rebelión, motín y conspiración para cometerlos. Ahora bien, el delito de terrorismo se encuentra previsto y sancionado en el artículo 139 del CPF, sancionándose la utilización de explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego, incendios, inundaciones o cualquier otro medio violento, en contra de las personas, las cosas o servicios al público que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación. De dicha descripción se desprende que el bien jurídico tutelado es la seguridad pública y de la Nación, señalándose además, en la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa, cuando estos tengan trascendencia internacional, suscrita en Washington el 2 de febrero de 1971, de la cual México es parte integrante, que las conductas relativas al terrorismo como son el secuestro, homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas serían considerados como delitos comunes de trascendencia internacional, cualquiera que fuera su móvil: por ello, el delito de terrorismo no puede tener la naturaleza de político, ya que no se comete en contra del Estado, además de que en el ámbito internacional está considerado como un delito común de trascendencia internacional y en nuestra legislación no se encuentra comprendido como delito político.

Amparo en revisión 140/2002. 10 de junio de 2003. Once votos. Ponente: Humberto Román Piña Palacios. N.º de registro: IUS: 183, 987.

delito de esa naturaleza y en el contexto del ER no ha sido ni investigado ni enjuiciado por el Estado mexicano, pues si bien el caso Cavallo originó jurisprudencia relevante en la materia, este se circunscribe a un acto de asistencia judicial, como lo es el procedimiento de extradición.

3. La cooperación con la Corte Penal Internacional

En este rubro, no obstante las reservas expresadas con anterioridad,³⁸ de manera sorpresiva el 27 de febrero del año 2006, la SRE compartió con la Coalición Mexicana de ONG para el establecimiento de la CPI un proyecto de ley de cooperación elaborado por la Consultoría Jurídica de esa Secretaría.³⁹ Este proyecto de ley de cooperación —que se pretende introducir en la agenda legislativa del Senado en el presente período ordinario de sesiones— consta de 51 artículos y un transitorio, que se limita a establecer las vías y formas en que el Estado mexicano habrá de colaborar con la CPI, en diversos supuestos previstos en el ER, sin incluir ninguna referencia a cuestiones de parte general o parte especial —ya sea con relación a los crímenes de competencia de la CPI o bien respecto de los delitos contra la administración de justicia—, así como tampoco “reduce los contenidos no deseados” de la reforma constitucional al artículo 21, sino que por el contrario limita la cooperación del Estado mexicano a sus contenidos,⁴⁰ argumentando que la LCEM debe ajustarse al marco jurídico establecido por la CPEUM.

A continuación se explican los contenidos de la LCEM con la CPI, con especial referencia a las reglas generales de cooperación y las causales para su aplazamiento; al

³⁸ Véase Elia Patricia Neri Guajardo, “Informe México”, en Ambos, Malarino y Woischnik (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo, KAS-Universidad de Gotinga, 2006, pp. 315-354.

³⁹ Agradezco a la Secretaría Técnica de la Coalición Mexicana de ONG para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, a cargo de la licenciada María Sirvent, por invitarme a participar en la reunión con la Consultoría Jurídica de la SRE. Sin su valioso apoyo no hubiera sido posible incluir en el presente informe los comentarios al proyecto de Ley de Colaboración del Estado mexicano con la CPI.

⁴⁰ Normalmente se valora positivamente que los actos de autoridad en cualquier materia se limiten a las disposiciones constitucionales correspondientes. No obstante, tal y como podrá verificarse en los comentarios al proyecto de Ley de Colaboración con la CPI, dicha actuación —dados los contenidos del artículo 21 constitucional reformado— no es compatible con las disposiciones del ER.

procedimiento para la entrega de personas y la concesión de una libertad provisional bajo caución; el tránsito de personas detenidas a solicitud de la CPI por territorio mexicano; investigaciones *in situ*; ejecución de sentencias y protección de víctimas y testigos.⁴¹

3.1. Proyecto de ley de colaboración con la CPI

3.1.1. Generalidades

Esta LCEM será reglamentaria del quinto párrafo del artículo 21 constitucional; su ámbito de aplicación territorial se extiende a toda la República Mexicana y será obligatoria para todos los niveles de gobierno (municipal, estatal y federal). Estas autoridades tendrán la obligación de cooperar plenamente y de manera expedita con la CPI, siempre y cuando —a juicio del Estado mexicano— cuenten con los elementos necesarios para dar la respuesta solicitada.

Por lo que se refiere a las autoridades involucradas en los procesos de cooperación con la CPI, las limita a la SRE, a la PGR y a los jueces de distrito, señalando que dicha actividad se llevará a cabo tomando en consideración los contenidos de los tratados internacionales ratificados por el Senado de la República, aun cuando sin especificar la materia sobre la cual deberán versar estos, lo cual pareciera sugerir que podrán ser incluidos tratados de derechos humanos, tratados donde se tipifiquen delitos y tratados donde se establezcan y reconozcan las garantías del debido proceso, por dar algunos ejemplos.

Reconoce como delitos de competencia de la CPI aquellos incluidos en los artículos 5.º y 70 del ER, es decir, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, agresión y delitos contra la administración de justicia contra la CPI, aun cuando materialmente el Estado mexicano se encuentra impedido de investigar, procesar y enjuiciar a los autores de estos crímenes, ya que con excepción del delito de

⁴¹ Cabe comentar que, en abril del año 2005, la Coalición Mexicana de ONG para el Establecimiento de una CPI logró que el entonces titular de la Consultoría Jurídica de la SRE se comprometiera a que esa organización participara en las discusiones y elaboración de la futura ley de implementación. No obstante —con un cambio del titular de esa dependencia— aquel logro no pudo materializarse. Posteriormente, la Secretaría Técnica de la Coalición, invocando la Ley Federal de Transparencia, logró que el nuevo titular de la Consultoría Jurídica, supuestamente a escasas semanas de su presentación al Senado de la República y una vez redactada, hiciera del conocimiento de la Coalición los contenidos de la LCEM, esto el 27 de febrero ya señalado y entregando de esta un ejemplar por escrito, solo 45 días después de esa reunión. Hasta la fecha de entrega del presente informe para su respectiva publicación, el anteproyecto de ley de cooperación con la CPI del Estado mexicano no ha sido presentado ante el Senado de la República.

genocidio —cuya definición no se corresponde con la Convención de 1948— ninguno se encuentra tipificado en la legislación interna, ya sea en el CPF o en el CJM (artículos 1 a 5).⁴²

3.1.2. Marco general de cooperación

Como regla general para la cooperación, establece la vía diplomática para la recepción de las solicitudes (artículo 7), las que deberán ser presentadas por escrito, acompañando los documentos que las justifiquen —los que podrán referirse a la probable responsabilidad del sujeto respecto del delito cometido, o bien a la sentencia correspondiente— y, en su caso, una traducción al castellano. Las formas de colaboración que prevé esta ley son las siguientes: identificación de personas, entrega de documentos, desahogo de testimonios, inspecciones oculares, cateos, decomisos, presentación de pruebas, protección de personas, ejecución de resoluciones y sentencias, tránsito de personas, intercambio de información, y cualquier otro tipo de colaboración que no se encuentre prohibida por la legislación nacional (artículo 9). Por lo que se refiere a las causales para aplazar una colaboración con la CPI, se establece en primer lugar que solo podrá ser aplazada una solicitud de cooperación o asistencia judicial cuando su ejecución interfiera con una investigación o enjuiciamiento que se lleve a cabo frente a la autoridad mexicana, respecto de hechos distintos de aquellos que motivaron la solicitud de la CPI; en segundo lugar se aplazará una cooperación en el caso de que la CPI no se haya pronunciado respecto de la admisibilidad de la causa; en tanto sea admitida, la cooperación será llevada a cabo (artículo 13). Evidentemente, este último punto es contradictorio con algunas disposiciones del Estatuto relativas a las actividades del fiscal, especialmente en el caso de contar con una oportunidad única de recabar información o desahogar una diligencia, antes de la admisión de la causa.

El trámite de las solicitudes de cooperación será realizado por la SRE, informando a las autoridades responsables de ejecutarlas —sin hacer mención de si estas autoridades pertenecerán al Poder Ejecutivo o Judicial—, señalando que en todo lo no previsto por la Ley de Colaboración para dar cumplimiento a las solicitudes de la CPI se aplicarán las disposiciones del CFPP (artículo 3). Posteriormente señala que,

⁴² Consúltense Elia Patricia Neri Guajardo, “Informe México”, en *Persecución Penal nacional...*, o. cit., pp. 406 y ss.

al recibir la solicitud de cooperación, la propia SRE analizará su contenido y la remitirá a la PGR, reservando la confidencialidad, es decir, si la CPI realiza una solicitud de cooperación o entrega, el Estado mexicano no dará conocimiento público a dicha petición (artículo 5).

Esta disposición del anteproyecto de ley de colaboración es contraria a los contenidos de la LFTAIP, que si bien establece los casos en que una información habrá de considerarse reservada, también expresamente reconoce que en el caso de la investigación de violaciones graves a los derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad, no podrá invocarse el carácter de información reservada, y es evidente que, dadas las limitaciones de la competencia material de la CPI, en todos los casos en que esta solicite la cooperación del Estado mexicano se tratará de delitos de lesa humanidad o de otros hechos en donde se han vulnerado derechos fundamentales.⁴³

Por otro lado, la LCEM establece que para proceder a dar trámite a la solicitud de colaboración de la CPI será necesario que, a solicitud del Ejecutivo federal, el Senado de la República decida en cada caso si procede el reconocimiento de su jurisdicción. Para tales efectos, la ley define como caso los procedimientos que tramite la CPI ante el Estado mexicano, respecto de hechos presuntamente delictivos y conforme la disposición aplicable, es decir el ER (artículo 6 y 6 *bis*). Según la propia opinión de la Consultoría Jurídica de la SRE, esta autorización del Senado se refiere a cualquier tipo de cooperación y no se limita a la entrega de personas o nacionales, aun cuando expresamente señaló que desconoce la interpretación que el Senado hará de la palabra *caso*, con lo cual parece sugerir que probablemente en cada trámite o colaboración derivado de una misma causa será necesario agotar el contenido de la reforma del artículo 21 de la CPEUM: el presidente de la República, con la autorización del Senado, decidirá en cada caso la competencia de la CPI.

Es evidente que, en esta cuestión, la Cancillería al redactar la LCEM está obviando los contenidos de la reforma constitucional al artículo 21, respecto de la jurisdicción facultativa de la CPI y de la prohibición del ER de hacer reservas respecto de sus contenidos, por lo cual —entre otras cosas— la Ley de Colaboración no puede identificarse con una voluntad política real de cooperar con la CPI.

Con relación a la supremacía de la jurisdicción nacional y la aplicación del principio de complementariedad, la LCEM establece que cuando la SRE tenga

⁴³ Véanse los artículos 13 y 14 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

conocimiento de que la CPI estudia un caso de competencia del Estado mexicano, lo informará de inmediato al MP con toda la información disponible, para que este determine si estos hechos están siendo objeto de una investigación o si ya fueron investigados por México. En ese caso, de haber información sobre la existencia de una averiguación, la PGR lo informará a la SRE en un plazo de diez días. En caso de que el asunto no esté siendo investigado o no haya sido objeto de investigación, la SRE lo denunciará para que se inicie la investigación correspondiente a fin de asegurar la supremacía de la jurisdicción mexicana (artículo 5). Cabe mencionar que existe una disposición expresa que señala que una de las funciones primordiales de la SRE junto con la PGR —ambas pertenecientes al Poder Ejecutivo federal— dentro de esta misma LCEM es salvaguardar la plena aplicación del principio de complementariedad.

Cabe comentar que esta actitud de solventar la plena aplicación del principio de complementariedad, entendido claro está desde la perspectiva de la Cancillería mexicana, es incompatible con el ER. Esto, atendiendo principalmente a la naturaleza de los crímenes competencia de la CPI, ya que sería impensable que en el caso de un crimen de genocidio o de lesa humanidad, respecto del cual el Estado mexicano sea considerado como el “Estado que normalmente ejercería jurisdicción” sobre el asunto, no cuente con la información suficiente y adecuada para cumplir con sus obligaciones en materia de administración y procuración de justicia. Porque en definitiva, si este fuera el caso, lo más probable es que no se haya iniciado con anterioridad una investigación, en virtud de no contar con los medios para hacerlo, ya sea porque no existe la voluntad de hacerlo o porque existe un colapso total o sustancial de la justicia, presupuestos contenidos en el artículo 17 de ER, para admitir una causa.

Por otro lado, es evidente que esta disposición busca que, en el supuesto de que la CPI ejerza jurisdicción complementariamente respecto de la jurisdicción mexicana en los casos previstos por el ER, la Sala de Cuestiones Preliminares se vea imposibilitada para admitir la causa, en virtud de la existencia de una investigación en curso, de las autoridades mexicanas, aun cuando esta se ha iniciado precisamente por la decisión de la CPI de conocer de un asunto que debió ser investigado o procesado por la justicia mexicana.

3.1.3. *Entrega de personas*

Aparentemente, en este rubro se siguen las mismas formalidades que en los casos de una solicitud de extradición a otro país. En términos generales, el trámite de

entrega a la CPI requiere que esta haga una solicitud por escrito ante la SRE, que a su vez turnará los documentos a la PGR, para que esta promueva ante el juez de distrito que resulte competente, siendo que esta autoridad será irrecusable y en ningún caso podrá impugnarse su competencia. La actuación del juez de distrito, en este caso, se limitará a determinar si la solicitud de la CPI satisface los requisitos legales.

El procedimiento de entrega a la CPI se desarrollará de la siguiente forma: la persona detenida comparecerá ante el juez de distrito, que tendrá la obligación de informarle sus derechos, entre los que se encuentran su derecho a no declarar, a tener un defensor y a ser oído en su defensa. La persona solicitada en entrega tendrá un plazo de tres días para oponer excepciones, que según la LCEM podrán únicamente consistir en la ilegalidad de la solicitud presentada o en el principio de cosa juzgada (artículos 15, 16 y 17). Esto último se aparta totalmente de las normas de procedimiento usualmente aplicables para el caso de la extradición de ciudadanos, porque la LEI prevé como excepciones de la parte requerida para evitar la extradición, la ilegalidad de la solicitud o bien que no se trata de la persona requerida.⁴⁴

Las partes involucradas tendrán un plazo de quince días para probar dichas excepciones y, una vez rendidas las pruebas o agotado el término sin que las hayan presentado, el juez de distrito resolverá la procedencia o no de la persona en un plazo de cinco días o de tres, en el caso de que no se hayan interpuesto excepciones, sin que exista la posibilidad de que las partes impugnen la resolución (artículos 20 a 30). La problemática en este punto surge respecto de la regulación de la cosa juzgada, en virtud de que la Ley de Colaboración no especifica en qué términos entenderá este principio, si conforme la regulación que de este hace la CPEUM para los sistemas de justicia penales internos, o según las disposiciones del ER respecto de la propia CPI, lo cual podrá ser objeto de muchas controversias.

Posteriormente, la entrega de personas se realizará por conducto de la PGR y las autoridades acordadas por la CPI. La PGR informará a la Secretaría de Gobernación los detalles de fecha, hora y lugar en que se realizará la entrega, presumiblemente en virtud de que a esta secretaría le corresponde verificar los trámites relativos a la calidad migratoria. Cabe mencionar que en la LEI también se prevé esta información, por lo que respecta al procedimiento de extradición, aun cuando no puede descartarse, por ese solo hecho, que esa información no

⁴⁴ Véase en este mismo informe el punto relativo a los requisitos de la extradición.

vaya a ser utilizada incorrectamente, a efectos de imposibilitar la entrega de la persona a la CPI por motivos de índole política.

La LCEM regula también la detención provisional con fines de extradición (artículo 20), cuyos requisitos son prácticamente los mismos que se especifican en una detención provisional con fines de extradición en México;⁴⁵ asimismo se prevé la regulación de la libertad provisional bajo caución, para el supuesto de una detención provisional con fines de entrega a la CPI, respecto de la cual la Cancillería mexicana argumenta un procedimiento muy similar al establecido por el ER, estableciendo que, para estos casos, el juez de distrito, a través de la SRE, pedirá una opinión a la CPI respecto de su solicitud y otorgamiento, concediendo un plazo de veintiuna horas a la CPI para que emita su opinión (artículo 24).

Finalmente, la LCEM establece que, en el caso de solicitudes concurrentes de entrega a la CPI y de extradición por otros países, se procederá en los términos del propio ER, sin especificar aparentemente las normas aplicables.

3.1.4. *Personas en tránsito*

Una persona, detenida a solicitud de la CPI, podrá permanecer en territorio nacional y ser custodiada por el propio Estado mexicano hasta por un término de noventa y seis horas. Si se excede este término sin que la persona haya abandonado territorio nacional, el asunto será turnado al juez de distrito para que verifique su situación jurídica, sin establecer las consecuencias de la participación de la autoridad judicial en el asunto.

De la misma forma, regula la posibilidad de que se verifique en territorio nacional un aterrizaje forzoso, estableciendo que en este caso la persona detenida a solicitud de la CPI podrá permanecer hasta un término de noventa y seis horas, hasta antes de que la CPI presente formalmente su solicitud de tránsito. En el caso de que las noventa y seis horas transcurran sin que medie la solicitud antes mencionada, las autoridades mexicanas podrán dejar en libertad a la persona.

⁴⁵ Véase todo lo relativo a la extradición de nacionales en México, en este mismo informe.

3.1.5. Investigaciones in situ

Se prevé la posibilidad genérica de que la CPI asista a la ejecución de medidas por ella ordenadas en territorio mexicano, las que se llevarán a cabo atendiendo las formalidades establecidas por el CFPP. No obstante, la LCEM no dice nada sobre la posibilidad de que el fiscal realice una investigación en el país, evidentemente atendiendo las disposiciones del artículo 21 de la CPEUM, que señala que la facultad de investigar delitos corresponde al MP. Esto necesariamente implica que, en el supuesto de que la CPI autorice al fiscal esta actuación, no se encontrará previsto el modo de proveerle de la ayuda necesaria, en el caso improbable de que el Estado mexicano autorice esa intervención en territorio nacional.

3.1.6. Ejecución de sentencias

Acorde a las disposiciones del ER, el Estado mexicano no podrá modificar las penas impuestas por la CPI; se reconoce que esta será la que tenga las facultades de revisión y supervisión de la sanción; así como también se establece que la persona que cumpla una pena impuesta por la CPI tendrá una comunicación irrestricta con aquella. Se establece la prohibición de recibir personas que deban cumplir una condena vitalicia, a pesar de los nuevos criterios jurisprudenciales establecidos por la SCJN.

3.1.7. Información que afecte la seguridad nacional

Según las disposiciones de la LCEM, en el caso de que la CPI solicite una cooperación que afecte la seguridad nacional, la SRE lo informará al Consejo de Seguridad Nacional, a efectos de que determine si la solicitud puede o no cumplirse, o al menos cumplirse parcialmente; para estos casos, se prevé que se buscarán formas alternativas de cooperación entre el Estado mexicano y la CPI; y para el caso de que definitivamente se considere que no existe la posibilidad de satisfacer la solicitud de cooperación de la CPI, la SRE lo informará a esta.

Por otra parte, la LCEM no toma en consideración las disposiciones del ER que hacen referencia a los casos en los que se ha previsto que existe la

posibilidad de afectar la seguridad nacional para el caso de una colaboración.⁴⁶ Esto indica que la Cancillería y el Consejo de Seguridad Nacional determinarán unilateralmente cuándo una solicitud de la CPI afecta la seguridad nacional, con lo cual queda en evidencia que las fórmulas de cooperación establecidas en esta LCEM no garantizan una colaboración vertical con la CPI, máxime si se toman en consideración las disposiciones respectivas de la LFSN, que considera como amenaza a la seguridad nacional, entre otras cosas, la comisión de un genocidio dentro del territorio nacional y cualquier otro acto de injerencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación del Estado mexicano y determina que es información reservada aquella cuya aplicación implique la revelación de normas, procedimientos, métodos, fuentes, especialidades técnicas, tecnología, equipos útiles a la generación de inteligencia para la seguridad nacional, sin importar la naturaleza o el origen de los documentos que la consignent.⁴⁷

3.2. Análisis del ordenamiento jurídico interno respecto de una ley de cooperación

Como ya es sabido, el propósito principal de la CPI es ser una jurisdicción complementaria que ha sido diseñada para funcionar de manera complementaria a la jurisdicción nacional, de tal modo que pueda eventualmente investigar y castigar, en su caso, a quienes cometan algunas conductas que abarcan situaciones límite.⁴⁸ Por esta complementariedad, los tribunales nacionales se mantienen incólumes en sus funciones y atribuciones, a menos que no quieran o no puedan investigar y enjuiciar a los responsables de esas conductas, las que han sido denominadas crímenes y no delitos, con el fin de poner el acento en su gravedad —que es una regla de competencia material— y, en consecuencia, la CPI estará facultada para juzgar a personas por genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra.⁴⁹

En el caso de México, se ha dado un gran paso con la ratificación del ER por el Senado, y posteriormente con el depósito del correspondiente instrumento de ratificación ante la asamblea general de la ONU. Para llegar a este punto —tal y como ya

⁴⁶ Tal y como lo establecen los artículos 56.2 y 56.3; 61.3; 64.3; 67.2; 68.6; 87.6 y 93 del ER.

⁴⁷ Véanse los artículos 5 y 51 respectivamente de la LFSN.

⁴⁸ Artículos 6.º, 7.º y 8.º del ER.

⁴⁹ El Estatuto incluye también el crimen de agresión, pero no se alcanzó a definir en las negociaciones diplomáticas de junio-julio de 1998, habiéndose dejado tal tarea para fecha posterior, siete años después de la entrada en vigor del instrumento.

se ha mencionado líneas arriba— hubo de reformarse el numeral 21 de nuestra CPEUM, con la adición del párrafo siguiente: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”.

Como puede observarse, este precepto tiene un doble candado que resulta muy controvertido, ya que la jurisdicción de la CPI será reconocida solo después de una decisión del presidente y del propio Senado de la República. Dado lo anterior —e independientemente del principio de complementariedad y de las obligaciones asumidas por el Estado mexicano— es fácil inferir que el papel de los órganos jurisdiccionales de nuestro país tendrá una primacía jurisdiccional “mal entendida” sobre la que pudiera ejercer la CPI en determinado caso. Puede afirmarse que se trata de una primacía jurisdiccional “mal entendida” porque, tal y como en otra ocasión se ha comentado, esta reforma constituye una reserva en términos de la Convención de Viena; porque violenta el principio *pacta sunt servanta*, y finalmente porque en su momento México tratará de hacer valer los contenidos de su derecho interno —llámense CPEUM o CPF— para evitar la jurisdicción de la CPI.

La relación entre la jurisdicción de la CPI y la de los tribunales nacionales es un tema político muy delicado y que adopta matices *sui generis* en nuestro país, especialmente en relación con la soberanía nacional. Sabemos, por las disposiciones del propio ER, que la jurisdicción de la CPI es complementaria y que depende, para su funcionamiento adecuado, de un sistema de cooperación mixto de los sistemas nacionales. En el caso de México —que ha buscado desde la misma Conferencia de Roma una cooperación horizontal— hay que considerar dos vertientes muy importantes. La primera es la cooperación con la CPI en el marco del capítulo IX del ER, por el cual todos los Estados partes están obligados a cooperar con ella, incluso aquellos que no son miembros, cuando la situación a investigar y enjuiciar sea remitida por el Consejo de Seguridad de la ONU. No obstante lo anterior, nuestro país todavía no ha puesto en efecto la legislación necesaria para poder cooperar de manera eficaz con la CPI.⁵⁰

⁵⁰ En México, como ya se mencionó en el punto anterior, existe un proyecto de ley de cooperación, elaborado por la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, única y exclusivamente relativo a la cooperación del Estado mexicano con la CPI.

El otro punto es que el CPF prevé, en su artículo 6.º, que los órganos jurisdiccionales de nuestro país aplicarán las penas previstas para los delitos contemplados en los tratados internacionales suscritos por México,⁵¹ sin que hasta antes de la entrada en vigor del ER ninguno de los tratados internacionales que son vinculantes para el país haya contemplado tipos penales perfectos, en el sentido de definir conductas punibles y la pena que les corresponde. Por ese motivo y porque México no ha modificado su legislación interna cuando así lo establece el tratado en cuestión, como en el caso de las Convenciones de Ginebra, ese artículo nunca ha sido aplicado. En el ER que da vida a la CPI, por primera vez se definen conductas punibles y las penas que les corresponden; sin embargo, por razones obvias, la técnica jurídica de los tratados internacionales es muy distinta a la de cada sistema nacional, de tal manera que al entrar en vigor el ER para México, existe la posibilidad de un gravísimo vacío legal, en el que los tribunales mexicanos pueden verse imposibilitados de imponer sanciones por los delitos previstos en el ER, por cuestiones estrictamente técnicas y en ese momento tendría que hacerse efectiva la jurisdicción internacional. Esto, porque es prácticamente imposible —atendiendo a la práctica mexicana— que, de realizarse algunas de las conductas establecidas en el artículo 5.º del ER, en este momento en que México se encuentra materialmente impedido para conocer de los crímenes de competencia de la CPI, se invoque el citado artículo 6.º del CPF para aplicar directamente sus contenidos, procesando a personas por genocidio, crímenes de lesa humanidad o de guerra e imponiendo una sanción de las comprendidas en su artículo 70.

Por todo lo anterior, necesariamente habrán de revisarse los tipos contenidos en el CPF para ajustarlos a los del ER. No se tratará de una revisión aislada o menor. Deberá comprender el tipo de genocidio, tal y como se reconoce en el ER o en la misma Convención de 1948, y no como actualmente se encuentra redactado en el artículo 149 *bis*; un amplio número de crímenes de lesa humanidad —muy someramente abordados en nuestro código punitivo— y prácticamente todas las violaciones graves a los Convenios de Ginebra y otros, reconocidos en el ER como crímenes de guerra. Es indispensable hacerlo, porque el vacío nacional convertiría a la justicia internacional en el único fuero disponible para el juzgamiento de estos delitos, en vez

⁵¹ Artículo sexto del Código Penal Federal Mexicano vigente, que establece: “Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán estos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente Código y en su caso, las conducentes del libro segundo”.

de que la justicia nacional actúe como sede natural del enjuiciamiento y la internacional como instancia subsidiaria.⁵² En el caso de México preocupan algunos elementos del tipo penal de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad contenidos en los incisos *g* y *k* del artículo 7,⁵³ en virtud de que no son tan precisos como lo exigen los artículos 14 y 16 constitucionales; esto implica realizar un ejercicio muy creativo que permita tipificar los delitos, sin perder lo que está en el ER y, al mismo tiempo, cubrir los requerimientos de exhaustividad que exige nuestra legislación penal.

Es cierto que con la aprobación del ER y la participación de nuestro país en la CPI, se presenta a los mexicanos una oportunidad de protección en contra de actos de carácter violatorio y autoritario en el nivel interno. Pero esa oportunidad implica no solo actualizarnos en lo que se refiere a los adelantos y a las nuevas corrientes de protección de los derechos fundamentales, ni tan solo estar a la vanguardia del derecho internacional. Esto va más allá de la defensa de los derechos fundamentales; es lograr que nuestros sistemas de procuración y administración de justicia en el nivel interno tiendan a la mejora continua, porque de lo contrario los asuntos podrían llegar a la CPI. Para poder lograr lo anterior y cumplir con el Estatuto hay que tener una ley específica de cooperación, en cuyo marco se podrían establecer los mecanismos específicos para que el gobierno de México pueda cumplir con las solicitudes que le requiera la CPI.

Aparte de las buenas intenciones y el entusiasmo que a la casi totalidad de los penalistas, internacionalistas y defensores de los derechos humanos nos despierta la existencia de la CPI, es indiscutible aceptar que se requiere un apropiado desarrollo legislativo para la adecuada recepción del ER en nuestro sistema jurídico. Los países que han ratificado o están en vías de hacerlo han promovido o introducirán reformas legislativas en su orden doméstico.⁵⁴

⁵² No se hace mención del supuesto de agresión, que también está dentro de la competencia material de la Corte, ya que si bien el ER alude a este posible delito, difiere el tratamiento del tema: "La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 [normas sobre enmiendas, aquélla, y revisión del Estatuto, esta] en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas" (artículo 5.2).

⁵³ El artículo 7, inciso *g*, habla de otros abusos sexuales de gravedad comparable, y el inciso *k*, de otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Las palabras *gravedad comparable* y *otros actos inhumanos de carácter similar* serán considerados en su momento por el Estado mexicano como tipos penales imprecisos, que permitirán la creación de delitos por la vía analógica, que precisamente vulneran las disposiciones constitucionales invocadas.

⁵⁴ Sobre este punto resulta interesante el estudio de Cristina Pellandini, "La ratificación e implementación del Estatuto de Roma: La experiencia de los países europeos", en Guevara y Valdés Riveroll, o. cit., nota 10, p.149.

El régimen de la CPI, con el trasfondo histórico de más de medio siglo de dificultosa confección, aporta nociones jurídicas novedosas y revolucionarias. En nuestro caso, son evidentes ciertas incompatibilidades y contradicciones con la CPEUM y la legislación secundaria, por lo que el acto dual de aprobar en lo interno y de ratificar en lo internacional demanda una ponderación cauta para salvar incongruencias y eventuales impugnaciones.

Por ejemplo, un juicio por la CPI contra un nacional mexicano que hubiera sido condenado en última instancia en nuestro país contravendría lo consignado en la CPEUM: “Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”.⁵⁵ Asimismo, aparece la disposición del artículo 15 constitucional que prohíbe la celebración “de convenios o tratados en virtud de los cuales se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano”. Encontramos otras incompatibilidades como la inmunidad que la CPEUM reconoce a ciertos funcionarios para el desempeño de sus funciones, el monopolio de la acción penal por el Ministerio Público y la inexistencia de la cadena perpetua.

No obstante, es posible lograr una interpretación armónica de la CPEUM con los contenidos del ER, sin olvidar que la labor de la justicia penal de cada nación es esencial para cumplir con el apoyo debido a la CPI, conservando su derecho y obligación de iniciar los procesos correspondientes. En virtud del principio de complementariedad, debemos cerciorarnos de que los tipos penales que señala el ER estén debidamente previstos por la legislación mexicana, de manera que nuestros tribunales tengan la facultad de ejercer jurisdicción sobre ellos de primera mano.

Ahora bien, por lo que se refiere al órgano competente en nuestro país para realizar investigaciones por la comisión de delitos, según el artículo 21 de la CPEUM es el propio Ministerio Público, ya que dentro del procedimiento penal en México el monopolio de la acción penal dentro del territorio nacional lo tiene por mandato constitucional única y exclusivamente esta autoridad. Lo controvertido en este punto y con respecto a las disposiciones del ER es que el fiscal de la CPI puede decidir realizar investigaciones *in situ*, lo cual podría ser observado como una lesión a la soberanía nacional y al contenido del artículo 21 constitucional referido, no obstante

⁵⁵ Artículo 23 de la CPEUM.

las obligaciones de cooperación con la CPI contraídas por el Estado mexicano al ratificar el ER.⁵⁶

Con relación a la solicitud y entrega de personas contempladas en el ER de la CPI, en su parte IX relativa a la cooperación internacional y la asistencia judicial, ha de reiterarse que México aún no cuenta con la ley de cooperación con la CPI —aun cuando ya se cuente con un proyecto de ley— presentándose aquí una complicación de acuerdo con la normatividad interna, porque, en caso de solicitarse una cooperación de la CPI al Estado mexicano en estos momentos, existiría un vacío legal, que podría ser tomado como una excusa para no proceder a la cooperación o, en el mejor de los casos, para entorpecerla.

Por otro lado, la CPEUM en su artículo 119 constitucional —reformado en 1993— se refiere al sistema de extradición o aseguramiento de personas y objetos dentro del procedimiento penal. En virtud de aquella reforma se cayó en el error de sustituir el principio de legalidad, que debe presidir esta materia, por un sistema de convenios administrativos cuando viene al caso la colaboración entre autoridades nacionales.⁵⁷ En todo caso, la extradición externa, sujeta a disposiciones nacionales e internacionales —LEI y los tratados bilaterales de extradición correspondientes—, solo se actualiza cuando es un Estado el que formula a México la solicitud respectiva; nada hay acerca de peticiones provenientes de otros organismos, como sería el caso de una solicitud de entrega requerida por la CPI en los términos de su propio Estatuto.⁵⁸

El hecho de que la disposición internacional se remita a los términos del procedimiento establecido en el derecho interno no remedia, por sí mismo, el problema que ahora examino. En efecto, se trataría de disposiciones subsidiarias de las internacionales, que no podrían alterar esencialmente el sentido de estas. Si nuestro país invocase estrictamente su derecho constitucional —esto es, el artículo 119 de la ley

⁵⁶ Artículos 86 y 87 del ER.

⁵⁷ Me refiero a la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 119 constitucional: “Cada estado y el Distrito Federal están obligados a entregar sin demora a los indiciados, procesados o sentenciados, así como a practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito, atendiendo a la autoridad de cualquier otra entidad federativa que los requiera. Estas diligencias se practicarán, con intervención de las respectivas procuradurías generales de justicia, en los términos de los convenios de colaboración que, con tal fin, celebren las entidades federativas. Para los mismos fines, los estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios de colaboración con el gobierno federal, quien actuará a través de la Procuraduría General de la República”.

⁵⁸ El artículo 89.1 del ER permite a la CPI transmitir una “solicitud de detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pudiera hallarse y solicitará la cooperación de ese Estado. Los Estados partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega de conformidad con las disposiciones de la presente parte [se refiere a parte como ‘porción’ del convenio internacional] y el procedimiento establecido en su derecho interno”.

suprema— se vería en el caso de negar sistemáticamente la extradición solicitada, porque el requerimiento no provendría de un órgano legitimado para formularlo.⁵⁹

En México es regla que se abone a la prisión dispuesta en la sentencia condenatoria, a título de sanción, el tiempo que el inculpado permaneció detenido en el curso de la averiguación y el proceso.⁶⁰ No se trata, en la especie, de una gracia o beneficio, sujeta a la discreción de la ley o del juzgador, sino de una disposición que obliga al legislador y al administrador de justicia, en el ejercicio de sus respectivas atribuciones. Esto enlaza con la norma, asimismo constitucional, que acota la duración de la prisión preventiva en función de la punibilidad máxima correspondiente al delito imputado.⁶¹ En efecto, carecería de sentido la exigencia de abono cuando el tiempo abonable excediese al que legalmente corresponde a la pena impuesta, en el caso más grave.

En contraste, el Estatuto de la CPI permite que se prolongue la detención cuando el fiscal presente una apelación, tomando en cuenta para aquel fin el peligro concreto de evasión del sentenciado, la gravedad del delito cometido y “las posibilidades de que se dé lugar a la apelación”;⁶² y no recoge en todos los casos la imperiosa necesidad de que se abone al reo el tiempo en que estuvo detenido, sino que introduce deslindes o ambigüedades que no se avienen con la terminante norma constitucional mexicana.⁶³

Con relación a la ejecución de las sentencias órdenes de la CPI, se ha de señalar lo siguiente. En cuanto a las penas, el Estatuto establece las de prisión por no más de treinta años, reclusión a perpetuidad, cuando esto se justifique en función de la extrema gravedad del crimen y de las circunstancias personales del condenado, multa y decomiso del producto, los bienes y los haberes que procedan directa o indirectamente

⁵⁹ El párrafo conducente del multicitado numeral 119 de la CPEUM a la letra dice: “Las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de esta Constitución, los tratados internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. En esos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales”.

⁶⁰ Establece el penúltimo párrafo del apartado A del artículo 20 de la CPEUM, que “en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de detención”.

⁶¹ Por disposición de la fracción X del apartado A del artículo 20, la prisión o detención no puede prolongarse a causa de deudas civiles del inculpado; el segundo párrafo de esa fracción añade: “Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso”.

⁶² Artículo 81.3 del ER.

⁶³ El artículo 78.2 del Estatuto señala, por una parte, que cuando se fije pena de reclusión la CPI “abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el inculpado”; e indica, por otra parte, que ese tribunal “podrá abonar cualquier otro periodo de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito”, lo cual pudiera referirse a la detención sufrida por orden de otra autoridad, no ya la CPI, a causa de la misma imputación —los hechos punibles— que se somete o someterá a la CPI, hipótesis que en los términos de la Constitución mexicana determinaría el abono de la detención.

del crimen cometido.⁶⁴ Nuevamente tropezamos aquí con puntos inquietantes en torno al principio de legalidad: *nulla poena sine lege*, que exigiría establecer las sanciones, describir su naturaleza y características, y adecuarlas a cada uno de los delitos, tomando en cuenta para ello el bien jurídico protegido y la mayor o menor gravedad de la infracción.

El ER, en cambio, enuncia las penas pero no las describe para cada caso en particular. Por ende, hay que construir el contenido a partir del enunciado. En el caso de la multa, se remite a las Reglas de Procedimiento y Prueba, conforme a un régimen de regulación que es bien conocido en el derecho internacional. Por otra parte, no fija la conveniente relación entre los delitos realizados y las penas aplicables; los tipos no contienen, en seguida, las sanciones correspondientes. Por ende, el juzgador de la CPI tiene unos amplísimos márgenes de discrecionalidad para determinar la cuantía de la pena, que son entendidos por el Estado mexicano como una pena indeterminada, por no conocer la pena exactamente aplicable al delito de que se trate.

Pudiera surgir además otra cuestión de constitucionalidad a propósito de la reclusión a perpetuidad, no tanto en función de la letra de nuestra CPEUM, cuando esta proscribiera ciertas sanciones inadmisibles,⁶⁵ entre ellas las inusitadas, sino en cuanto a la interpretación provista por la SCJN que considera a la cadena perpetua como pena inusitada y en tal virtud ha concedido amparo a individuos sentenciados a dicha pena o en riesgo de recibirla si fuesen trasladados al extranjero en cumplimiento de la extradición solicitada.⁶⁶

Los numerales 93 a 99 del ER de la CPI establecen formas diversas de asistencia y cooperación a la detención y entrega de personas, las que deberán estar acordes con el procedimiento interno de cada país miembro. Para el caso de México, las formas expresas señaladas en el numeral 93.1 del ER de igual forma se encuentran reconocidas en las leyes secundarias como facultades de la autoridad encargada de procuración de justicia (Ministerio Público)⁶⁷ o en algunos casos específicos es facultad

⁶⁴ Artículo 77 del ER.

⁶⁵ Así, en el primer párrafo del artículo 22 de la CPEUM: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales".

⁶⁶ No obstante, como puede observarse en el tema de la extradición de nacionales en este mismo informe, la SCJN ha modificado estos criterios y, a efectos de la extradición a países con cadena perpetua, ha considerado que esta no es una pena inusitada o trascendental, en términos del artículo 22 de la CPEUM.

⁶⁷ Que para el caso de México y de acuerdo con el proyecto de ley de cooperación, la autoridad en este caso sería el Ministerio Público Federal dependiente de la Procuraduría General de la República.

única y exclusiva de la autoridad judicial el ordenar el cateo, por ejemplo, para la búsqueda de personas u objetos, o el allanamiento señalado por el ER en el inciso *b* del numeral 93.1 antes citado.⁶⁸ Además habría conflicto constitucional con relación a los decomisos, ya que constitucionalmente el numeral 22 de la CPEUM considera excepción del decomiso solo algunos supuestos, no pudiendo considerarse lo establecido aquí por el ER.⁶⁹

Ahora bien, en lo relativo a la actuación de funcionarios de la CPI en territorio nacional, no tienen un fundamento procesal de desarrollo, ya que si bien la jurisdicción de la CPI está ya reconocida en nuestra Constitución conforme al artículo 21, no resulta suficiente para la intervención dentro de nuestro territorio en funciones que constitucionalmente le están encomendadas a otros actores públicos.

En las situaciones que se han descrito hasta aquí, es necesario que nuestro país examine la forma de compatibilizar su presencia y actividad en el sistema establecido por el ER para colaborar con la CPI, de una parte, y la observancia de las disposiciones constitucionales internas, de la otra, toda vez que el artículo 133 constitucional sostiene el principio de supremacía de la ley suprema doméstica sobre los tratados internacionales.⁷⁰

⁶⁸ Esto está establecido en la CPEUM, en el numeral 16, párrafo octavo, que a la letra dice: “En toda orden de cateo, solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. Asimismo en el proyecto de ley de cooperación se regulan los cateos siguiendo las reglas del CFPP en lo que se refiere a los requisitos y términos de la solicitud, es decir, solicitados por el Ministerio Público y ordenados por la autoridad judicial.

⁶⁹ El artículo 22 de la CPEUM establece “[...] No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales este se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes. Cabe hacer mención que el multicitado proyecto de ley de cooperación del Estado mexicano establece la figura del aseguramiento, localización e identificación de bienes, mediante el siguiente procedimiento: la CPI lo solicitará a la Secretaría de Relaciones Exteriores y esta, a su vez, turnará la orden al juez de distrito.

⁷⁰ En efecto, el artículo 133 de la CPEUM señala que los “tratados que estén de acuerdo con la misma”, tendrán la calidad de “ley suprema de toda la Unión”.

4. Protección penal de la administración de justicia de la CPI

La reforma constitucional al artículo 21 realizada en México, además de posibilitar la ratificación del Estatuto, es un punto de partida para la realización de los ajustes necesarios que eviten lagunas o imprecisiones preponderantemente en la legislación sustantiva y adjetiva penal, de manera que se concilien de manera armónica sus disposiciones con nuestro orden interno. En cuanto a la adaptación necesaria entre derecho interno y el ER, en principio todos los Estados partes requieren modificar de alguna manera su derecho interno para cumplir con la principal obligación contraída, que es la de brindar cooperación y asistencia, ya sea creando leyes de implementación o realizando modificaciones a diversos ordenamientos. Hay dos aspectos importantes que tendría que cubrir una legislación de implementación: la tipificación en la legislación mexicana de los delitos que están previstos en el Estatuto.

Todo Estado que quiera beneficiarse del principio de complementariedad y quiera garantizar el ejercicio de su jurisdicción nacional para conocer de crímenes como el genocidio, de guerra y de lesa humanidad, debe tener en su legislación esos delitos bien tipificados.

Así como también los delitos denominados contra la administración de justicia en el ER,⁷¹ tendientes a proteger penalmente a la propia administración de justicia de la CPI. En relación a este tipo de delitos en México, en materia federal se encuentran tipificados bajo el rubro de *delitos cometidos contra la administración de justicia*,⁷² con la diferencia de que, en los tipos previstos en el numeral 70 del ER, los sujetos activos pueden ser particulares o funcionarios públicos, como en el caso de los incisos *b*, *c* y *f* del citado numeral, y para el caso de México los supuestos señalados como delitos contra la administración de justicia solo pueden ser cometidos por servidores públicos de la procuración de justicia, de la administración y del sistema carcelario. El único tipo penal previsto en este título, y del que cualquier particular sería el sujeto activo, es el relativo al ejercicio indebido del propio derecho, que se corresponde con la prohibición constitucional de hacerse justicia de propia mano.⁷³

⁷¹ Artículo 70 del ER.

⁷² Tipificados en el CPF en el Título Decimoprimer de los numerales 225 a 227. El artículo 225 tipifica veintiocho supuestos de conductas cometidas por servidores públicos, tanto en la fase de la investigación del delito, como de la imposición de la sanción o de la ejecución de la sanción. De igual forma, los Códigos de las entidades federativas reproducen este tipo de delitos.

⁷³ Artículo 17 de la CPEUM, que en su primer párrafo establece: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho".

Los supuestos de delitos contra la administración de justicia establecidos por el ER son seis y se encuentran en nuestra legislación penal federal y local en supuestos tales como: la falsedad de declaraciones judiciales e informes dados a una autoridad,⁷⁴ la falsificación de documentos en general,⁷⁵ el cohecho, el cohecho a servidores públicos extranjeros,⁷⁶ el tráfico de influencia.⁷⁷ De igual forma, estos tipos penales se reproducen en los códigos penales de las entidades federativas, aun cuando evidentemente en el fuero federal, como en el fuero común, los tipos penales contenidos en la legislación penal mexicana protegen la administración de justicia de los tribunales internos, y es exigible una modificación en la cual se incluyan los mismos delitos pero en contra de la administración de justicia de la CPI.

En México, como ya se dijo en líneas anteriores, no existe una ley de implementación ni proyecto al respecto, por consiguiente la implementación en la legislación interna y dado el escenario político actual sería una implementación limitada mediante la introducción de normas de procedimiento necesarias para la cooperación y ampliación de los delitos correspondientes. Si bien es cierto que actualmente está en proyecto una ley de cooperación, no se ha hecho lo propio con relación a las modificaciones correspondientes en materia de derecho penal, tanto en la parte general como en la especial. Así, tampoco se han realizado las adecuaciones necesarias al procedimiento y a otras normas de nuestra CPEUM que, como ya quedó demostrado, crean ciertas controversias de incompatibilidad constitucional.

5 • Conclusiones

La ratificación del ER por el Estado mexicano es observada como la manifestación de una voluntad política de combatir espacios de impunidad por la comisión de los más graves crímenes internacionales. Esta voluntad no debe reflejarse únicamente en el depósito del instrumento de ratificación ante la Secretaría General de la ONU, sino también en un adecuado proceso de implementación en el nivel interno,

⁷⁴ Artículos 247, 248 y 248 bis del CPF.

⁷⁵ Artículos 243 al 246 del CPF.

⁷⁶ Artículos 222 y 222 bis del CPF.

⁷⁷ Artículo 113 del CPF.

incorporando las conductas que conforman la competencia *rationae materiae* de la CPI y los delitos contra su administración de justicia, así como también previendo las diferentes formas de colaboración con esta, a efecto de apoyar eficazmente la realización de los objetivos de esta jurisdicción penal internacional. En efecto, la tarea de la implementación y de la asistencia judicial con la CPI develan el grado de compromiso de los Estados partes.

En el caso mexicano existen algunas variables que complican este compromiso, tales como la vecindad con los Estados Unidos y —tal como en diversas ocasiones se ha expresado— esa especial conciencia de soberanía, que constituye un impedimento para la adopción de una nueva visión del ordenamiento jurídico interno e internacional.

Por lo que hace a la relación con los Estados Unidos, México ha mantenido la postura de no firmar acuerdos de inmunidad conforme la interpretación de Estados Unidos del artículo 98 del ER. Sin embargo, tras su ratificación en octubre del 2005, Estados Unidos redujo significativamente la ayuda militar a México, evidentemente en términos de la Ley de Protección al Personal Militar Norteamericano (BIAS), respecto de la jurisdicción de la CPI. Esta cuestión se torna aun más compleja si la situamos asimismo en la lucha bilateral contra el narcotráfico que encabezan ambos países. Desde el inicio del gobierno del presidente Fox, México ha sido exonerado del proceso de certificación en la lucha antinarcóticos, a la que condiciona su ayuda económica; pero, por otro lado, se ha visto obligado a revisar su política exterior en materia de extradición de nacionales —especialmente en el marco del acuerdo de extradición México-Estados Unidos— y en los últimos años se ha venido modificado la postura de la SCJN, en un sentido impensable hasta hace pocos años atrás, al menos en estos temas. Es de esperarse que en un futuro cercano, y precisamente en el combate al narcotráfico y a la delincuencia organizada, México sea presionado fuertemente por los Estados Unidos para modificar en un sentido aun más negativo su actitud respecto de la CPI.

Por otro lado, a escasos cuatro meses de la ratificación del ER, México a través de la SRE ha redactado un proyecto de LCEM que pretende regular las diferentes formas de asistencia judicial con la CPI. Desafortunadamente, lo que a primera vista puede entenderse como la mejor intención de establecer un marco jurídico adecuado para colaborar con la CPI es, en realidad, el cumplimiento de una regla tácita del país, de sostener un doble discurso cuando se trata del cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas.

Lo anterior es fácilmente detectable cuando la LCEM pretende respetar el orden constitucional establecido, a sabiendas de que ese orden —al menos en ese quinto párrafo del artículo 21 constitucional reformado— es incongruente con disposiciones de vital importancia para el funcionamiento adecuado y eficaz de la CPI. Nos referimos a ciertas normas del ER, cuyos contenidos no pudieron haber sido contruidos de otra manera, atendiendo precisamente a la práctica judicial de las naciones de la comunidad internacional, en donde la persecución de los más graves crímenes internacionales es la excepción y no la regla. Estas disposiciones son aquellas relativas a la prohibición de reservas, al reconocimiento de su jurisdicción facultativa, a la necesidad de una cooperación vertical, al principio de la *res judicata*, a las informaciones que puedan afectar a la seguridad nacional, y a la facultad de la propia CPI de revisar las actuaciones de los sistemas de justicia penales internos, entre otras.

El análisis somero de esta LCEM, que no se ocupa de las adecuaciones legislativas respecto de los principios generales de derecho penal ni tampoco de las conductas materia de prohibición del ER, confirma el doble discurso antes aludido. Los mejores ejemplos de esto son los siguientes:

- la determinación de que es necesaria la autorización del Ejecutivo y del Senado de la República para reconocer la jurisdicción de la CPI en cada caso, y la propia definición de *caso*, contenida en la LCEM;
- la intención de asegurar la plena vigencia del principio de complementariedad, tarea asignada a la propia Cancillería y a la PGR, facultando a la SRE a presentar denuncias cuando la CPI pretenda ejercer jurisdicción respecto de un asunto, del que previamente debió conocer el Estado mexicano. No obstante que las disposiciones del ER, respecto de la admisión de la causa, son muy claras a este respecto;
- la posibilidad de que una persona que haya sido solicitada en entrega a la CPI pueda imponer la excepción de la cosa juzgada, cuando en el procedimiento de extradición en el nivel interno esa posibilidad es inexistente. Y aun más, cuando no determina en qué sentido se entenderá este principio, si conforme a las disposiciones de la CPEUM, o bien del propio ER;
- la determinación de no recibir personas que hayan sido sentenciadas a condena a perpetuidad, aun cuando la SCJN en el marco de solicitudes

- de extradición a los Estados Unidos ha determinado que esta no es una pena prohibida por el artículo 22 constitucional; y, por último,
- la regulación de los casos en que la CPI solicite información o colaboraciones que afecten la seguridad nacional del país, ya que en términos de la LFSN es prácticamente una cuestión absolutamente discrecional determinar cuándo se afecta la seguridad nacional.

Por todo lo anterior, no es previsible un camino exento de dificultades hacia la implementación del ER en la legislación mexicana.

6. Bibliografía

- ARANDA, Jesús: "Luz verde de la Corte a extraditar reos aunque les apliquen la prisión perpetua", en *La Jornada*, miércoles 30 de noviembre de 2005.
- ARENAS GARCÍA, Rafael: "Fundamento, condiciones y procedimiento de la asistencia judicial internacional", en *Cooperación jurídica internacional*, Madrid: EDM, BOE, 2001. pp. 69-124.
- BECERRA RAMÍREZ, M., J. CARPIZO, E. CORZO SOSA Y S. LÓPEZ-AYLLÓN: "Cuestiones constitucionales. Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 3, julio-diciembre, 2000, pp. 169-208.
- BOLLO AROCENA, María Dolores: *Derecho penal internacional. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2004.
- CALA SAGUÉ, José Julián: "Un acercamiento al estudio de un tribunal penal internacional". www.cicr.org/Web/spa/sitespa=.nsf/iwplst320/BA0E4BFD81F136E8C1256.
- Código Penal Federal*, México: Sista, 2005.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México: Sista, 2006.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E.: *La justicia penal supranacional. El establecimiento de la Corte Penal Internacional*, México: Universidad de Xalapa, 2004.
- CORCUERA CABEZUT, Santiago: "El principio de subsidiariedad de la competencia de la Corte Penal Internacional", en José A. GUEVARA y Mariana VALDÉS RIVEROLL: *La Corte Penal Internacional. Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto*, México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- DONDÉ MATUTE, Javier: "¿Existe el derecho penal internacional?", en *Revista Mexicana de Derecho Público*, n.º 3, abril 2002, pp. 105-123.

- ESCUADERO ESPINOZA, Juan Francisco: *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad. Hacia la paz por la justicia*, Madrid: Dilex, 2004.
- FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia: "Las formas de colaboración con la Corte Penal Internacional". Memoria del Foro Internacional la Soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional, México: CNDH, 2002, pp. 163-170.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco: "Sobre el fundamento de la cooperación jurídica internacional", en *Cooperación jurídica internacional*, Madrid: EDM, BOE, 2001, pp. 61-68.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: "Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales", en *Revista Académica*, año 1, n.º 2, enero 2004, pp. 117-137.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "Sobre algunos problemas jurídicos del caso Pinochet", en BERGALLI, TOURAINE, GIMBERNAT y otros: *El principio de justicia universal*, Madrid: Colex, 2001, pp. 55-61.
- GÓMEZ BENITEZ, José Manuel: "Jurisdicción universal por crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio y tortura", en BERGALLI, TOURAINE, GIMBERNAT y otros: *El principio de justicia universal*, Madrid: Colex, 2001, pp. 63-72.
- GÓMEZ ROBLEDO, Juan Manuel: "Consecuencias para la política exterior de México de la resolución del Secretario de Relaciones Exteriores por la que se concede la extradición de Miguel Ángel Cavallo", en *El Foro*, n.º 1, duodécima época, tomo XV, primer semestre 2001, pp. 217-224.
- GONZÁLEZ A. CARRANCA, Juan Luis: "La Corte Penal Internacional y su impacto jurídico político en México", en *Revista Académica*, año 1, n.º 2, enero 2004, pp. 139-178.
- GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio: "México frente a la jurisdicción universal: la extradición de Ricardo Miguel Cavallo", en *Revista Mexicana de Derecho Público*, n.º 3, abril 2002, pp. 69-103.
- "La extradición de Cavallo continúa. La responsabilidad internacional de México por la sentencia del juicio de amparo 350/2001 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 21, octubre 2004, pp. 85-114.
 - "La compatibilidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho*, n.º 30, 2000, pp. 195-209.
 - "¿La Corte Penal Internacional podría juzgar a una persona que hubiere sido condenada o absuelta por un tribunal nacional de alguno de los Estados parte del Estatuto?", en José A. GUEVARA B. y Mariana VALDÉS RIVEROLL: *La Corte Penal Internacional. Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto*, México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios: "La extradición de mexicanos al extranjero", en *Lex. Difusión y análisis*, n.º 68, tercera época, año VI, febrero 2001, pp. 38-43.
- "La Corte Penal Internacional y la Constitución Mexicana", en *Lex. Difusión y análisis*, n.º 81, tercera época, año VI, marzo 2002, pp. 49-55.

- KREB, Claus: "Sanciones penales, ejecución penal y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en AMBOS y GUERRERO (comps.): *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- LABARDINI, Rodrigo: "El proceso estadounidense sobre certificación de otros Estados en la lucha contra el narcotráfico", *El Foro*, décima época, t. XI, n.º 1, primer semestre de 1998, pp.129-182.
- "México y la extradición de nacionales", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, 2002, pp. 111-150.
- LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena MARTÍN MARTÍNEZ: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001.
- MORENO CATENA, Víctor y Raquel CASTILLEJO MANZANARES: *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 182.
- OLLÉ SESÉ, Manuel: "Aspectos relevantes del crimen de genocidio. Cooperación judicial extradición y justicia universal", en BERGALLI, TOURAINE, GIMBERNAT y otros: *El principio de justicia universal*, Madrid: Colex, 2001, pp. 89-102.
- PELLANDINI, Cristina: "La ratificación e implementación del Estatuto de Roma: La experiencia de los países europeos", en José A. GUEVARA B. y Mariana VALDÉS RIVEROLL: *La Corte Penal Internacional. Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto*, México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- POZO PÉREZ, Marta del: "Extradición: la más tangible manifestación de colaboración entre Estados en orden a evitar la impunidad de los delitos", en Diego DÍAZ-SANTOS, SÁNCHEZ LÓPEZ (coords.): *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Madrid: Colex, 2000, pp. 111-126.
- PUEYO LOSA, Jorge: "Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la jurisdicción universal y la jurisdicción internacional", en *Cooperación jurídica internacional*, Madrid: EDM, BOE, 2001, pp. 143-203.
- RESÉNDIZ, Francisco: "Determina la Corte que la cadena perpetua no es anticonstitucional; podrán extraditar a mexicanos con esa condena", en *La Crónica*, miércoles 30 de noviembre de 2005.
- REUS MARTÍNEZ, Natalia: "Cooperación jurídica internacional en materia penal: una visión desde la práctica", en *Cooperación jurídica internacional*, Madrid: EDM, BOE, 2001, pp. 235-242.
- REYES TAYABAS, Jorge: "Traslado de reos nacionales o extranjeros con motivo de la ejecución de sentencias penales", en *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, nueva época, n.º 2, mayo-agosto, 1998, pp. 91-119.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J.: *Lecciones de derecho internacional público*, Madrid: Tecnos, 5.º ed., 2002.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga: "La extradición en la Suprema Corte", en *Iter Criminis*, segunda época, n.º 7, 2003, pp. 189-213.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN: *Guía de tratados promulgados y otros instrumentos internacionales vigentes suscritos por México*, México: Porrúa-Secretaría de Gobernación, 2005.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: *Ius 2005, junio 1917-diciembre 2005. Jurisprudencia y tesis aisladas*, México, 2005.
- SILVA, Cristina Isabel: "El Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional, la investigación y el procedimiento ante la Corte Penal Internacional", en *Revista Académica*, año 1, n.º 2, enero 2004, pp. 201-227.
- SIQUEIROS, José Luis: "La extradición y la jurisdicción universal. El caso Cavallo", en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año III, n.º 7, enero-abril 2004, pp. 115-130.
- SOLERA, Óscar: "Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 845, marzo, 2002.

1 • Introducción

El presente informe tiene por finalidad describir el estado actual de implementación¹ del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el Paraguay (ECPI).

El gobierno del Paraguay suscribió este instrumento internacional el 7 de octubre de 1998 y fue aprobado por el Congreso Nacional por ley 1663 de 17 de abril de 2001. El instrumento de la ratificación fue depositado el 14 de mayo de 2001 y entró en vigencia el 1.º de julio de 2002.

Consecuentemente, el ECPI integra el derecho positivo nacional y ocupa el segundo lugar en el orden de prelación establecido según el artículo 137 de la Constitución Nacional (CN).²

Surge entonces para el Paraguay la obligación de introducir reglas de procedimiento necesarias para hacer posible una cooperación con la CPI y la de ampliar los tipos penales previstos a fin de hacerlos extensivos a los *delitos contra la administración de justicia* de la CPI. Sin embargo, no se ha sancionado aún una ley de implementación y tampoco existe un proyecto de ley para tal efecto.

¹ Se entiende por *implementación* la adecuación del ordenamiento interno a las disposiciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

² Artículo 137. De la supremacía de la Constitución.

La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

En consecuencia, en las líneas sucesivas me limitaré a realizar una descripción y análisis del ordenamiento interno en los aspectos relevantes para la cooperación con la CPI, con miras a proponer ciertos lineamientos para una ley implementación. Previamente se describirán los mecanismos de asistencia judicial interestatal en el Paraguay y los instrumentos internacionales sobre la materia. Por último se describirán los tipos penales previstos en la legislación penal interna similares o equiparables a los previstos en el artículo 70 ECPI, y la manera en que podría llevarse a cabo una implementación a este respecto.

2 ● Asistencia judicial interestatal

La CN dispone, en su artículo 143 inciso 4,³ que la República del Paraguay acepta el derecho internacional y se ajusta, entre otros, al principio de solidaridad y a la cooperación internacional. A excepción de esto, la CN no contiene normas que regulen temas relativos a extradición u otro tipo de asistencia internacional.

En el Paraguay lo relativo a la asistencia judicial interestatal se encuentra regulado principalmente por tratados o instrumentos internacionales. No existen, como en otros países, leyes internas especiales de cooperación internacional.

En el Código Procesal Penal (CPP) solo se encuentran legisladas normas básicas⁴ sobre extradición y comunicaciones con autoridades extranjeras. Esta forma de legislar se fundamentó en la exposición de motivos del CPP, que sostiene que lo relativo a la extradición “[...] se rige de un modo muy dinámico, hoy en día, a través de tratados y convenios internacionales”.⁵

³ Artículo 143. De las relaciones internacionales.

La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios:

- 1) la independencia nacional;
- 2) la autodeterminación de los pueblos;
- 3) la igualdad jurídica entre los Estados;
- 4) la solidaridad y la cooperación internacional;
- 5) la protección internacional de los derechos humanos;
- 6) la libre navegación de los ríos internacionales;
- 7) la no intervención, y
- 8) la condena a toda forma de dictadura, colonialismo e imperialismo.

⁴ La sección se denomina “Autoridades extranjeras y extradición” y contiene cinco artículos que van desde el 146 al 150.

⁵ Exposición de motivos del CPP, ley 1286/98.

El artículo 147 CPP señala que lo relativo a la extradición de imputados o condenados se regirá por el derecho internacional vigente, por las leyes del país, por las costumbres internacionales o por las reglas de la reciprocidad cuando no exista norma aplicable.

En cuanto a la extradición activa se establece que la solicitud será decretada por un juez penal, a requerimiento del Ministerio Público (MP) o del querellante, conforme lo previsto en el párrafo anterior y que será tramitada por la vía diplomática. La extradición no podrá ser solicitada si previamente no se ha dispuesto una medida cautelar de carácter personal, conforme al libro IV CPP.⁶ Se hace referencia a las medidas de detención preventiva y la prisión preventiva.⁷

Con referencia a los condenados, se dispone que la extradición será decretada de oficio por el juez de ejecución.

Para entender en un procedimiento de extradición pasiva, es competente un juez penal de la capital de la República; de acuerdo con las reglas internas de competencias, este sería un juez de garantías. Si él rechaza el pedido de extradición, la resolución y los antecedentes deben ser enviados a la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, la que debe pronunciarse dentro de los quince días de recibidas las actuaciones. Si la persona requerida se encuentra detenida, debe permanecer en este estado hasta que la Corte se pronuncie. Ahora bien, si la Corte no se pronuncia en el plazo mencionado, se establece que se ordenará la libertad inmediata y que la detención no podrá ser dispuesta nuevamente.⁸

El juez que entiende en el pedido de extradición podrá decretar la detención provisoria del requerido o su prisión preventiva. Los presupuestos son: que se invoque la existencia de una orden de prisión o una sentencia, se determine con claridad la naturaleza del hecho punible y se trate de un caso en el cual proceda la prisión preventiva según las reglas del CPP, en concordancia con el derecho internacional vigente.⁹

Está regulada la posibilidad de decretar la detención provisoria en casos de urgencia, aun cuando no se hayan presentado todos los documentos exigidos para la procedencia de la extradición. La detención así decretada no podrá durar más de quince días, salvo disposición en contrario de algún tratado. El pedido de detención

⁶ Artículo 148 CPP.

⁷ Los presupuestos para la aplicación de estas medidas se hayan previstos en los artículos 240 y 242 del CPP.

⁸ Artículo 149 CPP.

⁹ Artículo 150 CPP.

provisoria se podrá realizar por cualquier vía fehaciente y será comunicado inmediatamente al Ministerio de Relaciones Exteriores.¹⁰

Para otras formas de cooperación solo se establece en la legislación interna que los requerimientos a jueces o autoridades extranjeras se efectuarán por exhortos y que la tramitación se realizará en la forma establecida en el derecho internacional vigente, las leyes y las costumbres internacionales. Se prevé la posibilidad de dirigir directamente comunicaciones urgentes a cualquier autoridad judicial o administrativa extranjera, anticipando el requerimiento o la contestación a un requerimiento.¹¹

El Paraguay es parte de convenios internacionales¹² bilaterales sobre extradición con los siguientes países: China,¹³ Corea,¹⁴ Argentina,¹⁵ Italia,¹⁶ Francia,¹⁷ Australia,¹⁸ Estados Unidos de América¹⁹ y España.²⁰ Es igualmente parte de convenios internacionales bilaterales sobre cooperación jurídica internacional en materia penal con los siguientes países: Venezuela,²¹ Perú,²² Francia,²³ Colombia,²⁴ Ecuador²⁵ y España.²⁶

Asimismo pueden citarse los siguientes tratados multilaterales de extradición: Tratado sobre Derecho Penal Internacional de Montevideo, de 1889, y Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo, de 1940.²⁷ En el marco del Mercosur: Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR, de Río de Janeiro, de 1998.²⁸

Entre los tratados multilaterales de asistencia penal suscritos con Estados americanos se citan los siguientes: Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, de 1975;²⁹ Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rotatorias,

¹⁰ Artículo 150 CPP.

¹¹ Artículo 146 CPP.

¹² Se citan solamente los tratados vigentes y aprobados.

¹³ Aprobado por ley 1208, sancionada el 29 de octubre de 1986.

¹⁴ Aprobado por ley 984, sancionada el 30 de octubre de 1996.

¹⁵ Aprobado por ley 1061, sancionada el 16 de junio de 1997.

¹⁶ Aprobado por ley 1089, sancionada el 24 de julio de 1997.

¹⁷ Aprobado por ley 1090, sancionada el 24 de julio de 1997.

¹⁸ Aprobado por ley 1311, sancionada el 14 de agosto de 1998.

¹⁹ Aprobado por ley 1442, sancionada el 25 de junio de 1999.

²⁰ Aprobado por ley 1655, sancionada el 29 de diciembre de 2000.

²¹ Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal, aprobada por ley 1053, sancionada el 19 de mayo de 1997.

²² Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal, aprobada por ley 1047, sancionada el 23 de abril de 1997.

²³ Convenio de Cooperación Judicial en Materia Penal, aprobado por ley 1117, sancionada el 10 de setiembre de 1997.

²⁴ Acuerdo de Cooperación Judicial en Materia Penal, aprobado por ley 1211, sancionada el 29 de diciembre de 1997.

²⁵ Convenio sobre Asistencia Judicial en Materia Penal, aprobado por ley 1232, sancionada el 24 de marzo de 1998.

²⁶ Convenio de Cooperación Judicial en Materia Penal, aprobado por ley 1656, sancionada el 29 de diciembre de 2000.

²⁷ Aprobado por ley 584, sancionada el 20 de mayo de 1960.

²⁸ Aprobado por ley 2753, sancionada el 18 de octubre de 2005.

²⁹ Aprobada por ley 612, sancionada el 24 de noviembre de 1976.

de 1975;³⁰ Protocolo Facultativo relativo a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, de 1992;³¹ Protocolo Facultativo relativo a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, de 1993;³² y Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, de 1993.³³

En el marco del Mercosur existe un tratado multilateral de cooperación jurídica internacional: el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, de 1996.³⁴

Por último, cabe señalar que en el ámbito nacional no existen antecedentes de extradición referidos a crímenes internacionales.

3 • La cooperación con la Corte Penal Internacional

Como se mencionó en el punto anterior de este informe, en el Paraguay lo referido a la cooperación y asistencia internacional es materia propia de instrumentos internacionales, en el sentido de que existe una remisión casi total a la regulación en ellos contenida por la legislación interna, y que esta es una decisión del legislador fundada en la convicción de que lo relativo a la extradición “[...] se rige de un modo muy dinámico, hoy en día, a través de tratados y convenios internacionales”.³⁵

A partir de estos antecedentes podríamos afirmar que existiría una tendencia similar con respecto a la implementación del ECPI en lo relativo a la cooperación y asistencia judicial, es decir, a regirse o remitirse exclusivamente a las disposiciones del Estatuto.

El marco constitucional hace viable esta posibilidad, ya que, según los artículos 137 y 141 CN, los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados,³⁶ forman parte del ordenamiento legal interno y podrían ser aplicados en consecuencia directamente por los tribunales nacionales.

³⁰ Aprobada por ley 613, sancionada el 24 de noviembre de 1976.

³¹ Aprobado por ley 2194, sancionada el 4 de setiembre de 2003.

³² Aprobado por ley 2192, sancionada el 14 de agosto de 2003.

³³ Aprobada por ley 2195, sancionada el 4 de setiembre de 2003.

³⁴ Aprobado por ley 1204, sancionada el 23 de diciembre de 1997.

³⁵ Exposición de motivos del CPP.

³⁶ Como es el caso del ECPI.

Hay que considerar, sin embargo, que la cooperación con la CPI no es una cooperación horizontal; se trata de una cooperación vertical de un Estado hacia una organización supranacional. En este sentido, las normas contenidas en el CPP fueron concebidas desde una perspectiva de cooperación horizontal y no precisamente para una cooperación con un ente supranacional.

También hay que considerar que el ECPI realiza remisiones al derecho interno y que, además, sus disposiciones no siempre tienen una regulación precisa y exhaustiva.

Lo que se pretende significar es que la legislación interna debe ser ampliada a fin de cubrir las remisiones, eliminar las imprecisiones y regular acabadamente el procedimiento de cooperación en lo que no esté previsto en el Estatuto.

Hay que recordar que el artículo 88 ECPI establece que los Estados partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación previstas en la parte IX del Estatuto.

Las opciones de implementación podrían darse en el marco de una ley especial o mediante la incorporación de una nueva sección en el CPP, específicamente en el capítulo denominado “Comunicación entre autoridades”. En este capítulo existe una sección dedicada a las comunicaciones con “autoridades nacionales” y otra a las comunicaciones con “autoridades extranjeras y extradición”. La tercera, a incluirse, podría denominarse “autoridades de la Corte Penal Internacional” o “autoridades supranacionales”.

Primeramente se debería, de manera expresa, establecer cuáles son los órganos competentes para la cooperación y cuáles son sus funciones.

El Ministerio de Relaciones Exteriores, dependiente del Poder Ejecutivo, debería actuar de nexo entre la CPI y las autoridades locales, ya que es el encargado de ejercer la representación del Estado en las relaciones internacionales.

El Poder Judicial, y específicamente los jueces penales de la capital, deberán entender en las solicitudes de detención provisoria, detención y entrega, y en aquellas solicitudes para cuyo cumplimiento se requiera autorización judicial.

Para cumplir con las demás solicitudes de cooperación, el Ministerio Público y la Policía Nacional tendrían competencia con las facultades previstas en el derecho interno para realizar actos de investigación.

Se deberá prever el procedimiento para el caso de la solicitud de detención y entrega realizados por la CPI.

Como se afirma más arriba, el Ministerio de Relaciones Exteriores actuaría de nexo con el cargo de remitir las solicitudes a las autoridades que correspondan, sin

dilaciones indebidas. Es muy importante abreviar trámites para ahorrar esfuerzos y tiempo.

Debe preverse el procedimiento a seguir en los casos de solicitud de detención provisional en casos de urgencia; en especial, cuál sería el tiempo máximo que podría mantenerse a una persona privada de su libertad hasta el envío de los antecedentes; cuál sería el trámite y quién verificaría si las solicitudes cumplen con los requisitos formales establecidos; cuál sería el trámite de consulta si la solicitud no cumple con los requisitos formales; una vez detenida la persona, cuál sería el plazo en que el juez la recibiría para identificarla, comunicarle el contenido de la orden, el derecho a solicitar la libertad condicional, etcétera.

Se debería regular el trámite a seguir en el caso de solicitudes concurrentes; por ejemplo, que el Ministerio de Relaciones Exteriores sea el encargado de notificar a los requirentes la existencia de la situación; y establecerse las pautas para la decisión.

Con respecto al principio de especialidad, debe regularse si la dispensa del Estado a la CPI, que permita el procesamiento de la persona entregada por hechos distintos en los que se fundó el pedido de detención y entrega, se realizará mediante el estudio de cada caso o se establecerá la autorización como regla general. En caso de optar por la primera opción, se deberán prever las competencias y los criterios para la autorización.

En cuanto a la regulación sobre el tránsito por el territorio de Paraguay de una persona que otro Estado entrega a la CPI, bastaría con una remisión a las disposiciones del ECPI.

En virtud del ECPI, cada Estado parte puede integrar la lista de Estados receptores de condenados a penas privativas de libertad. No existe una obligación de recibir condenados. Para el caso de que el gobierno decida integrar la mencionada lista, se debería regular la posibilidad de admitir solo a condenados a una pena no superior a veinticinco años y que ellos sean de nacionalidad paraguaya.

En el artículo 93 ECPI se establece que los Estados partes, de acuerdo con lo dispuesto en la mencionada norma y el procedimiento previsto en su derecho interno, deberán cumplir con las siguientes solicitudes de asistencia:

- identificar y buscar personas u objetos;
- practicar pruebas, incluidos los testimonios bajo juramento, y presentar pruebas, incluidos los dictámenes e informes periciales que requiera la Corte;

- interrogar a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento;
- notificar documentos, inclusive los documentos judiciales;
- facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de testigos o expertos;
- proceder al traslado provisional de personas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 93;
- realizar inspecciones oculares, inclusive la exhumación y el examen de cadáveres y fosas comunes;
- practicar allanamientos y decomisos;
- transmitir registros y documentos, inclusive registros y documentos oficiales;
- proteger a víctimas y testigos y preservar pruebas;
- identificar, determinar el paradero o inmovilizar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, o incautarse de ellos, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe; y
- cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte.

Para estos casos se debería establecer igualmente la competencia para la verificación de las formalidades de la solicitud; la remisión inmediata de la solicitud a la autoridad correspondiente a ser determinada en virtud del tipo de asistencia solicitada; el trámite en caso de que la solicitud no pueda realizarse por una prohibición legal; el trámite para las consultas con la CPI a fin de establecer si se puede prestar la asistencia de otra forma.

Se preverá la posibilidad de ejecución de las diligencias arriba citadas, por el fiscal de la Corte en el territorio paraguayo, siempre que no requieran medidas coercitivas.

En cuanto a las solicitudes del Paraguay a la CPI, cabría establecer una disposición similar al artículo 146 CPP antes comentado, aunque con una descripción más exhaustiva.

4 • Protección penal de la administración de justicia de la Corte

Bajo el título “Delitos contra la administración de justicia” se tipifican, en el artículo 70.1 ECPI,³⁷ aquellas conductas que atentan contra el funcionamiento de la Corte Penal Internacional.³⁸

En el párrafo 4 de la misma disposición se establece que

[...] Todo Estado parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales; [...]³⁹

La implementación en este aspecto podría realizarse mediante una remisión al artículo 70 ECPI, o la reproducción de sus disposiciones en un nuevo capítulo del Código Penal⁴⁰ o en una ley especial. Esta reproducción podría ser textual o mediante una reformulación tendiente a otorgar una mayor precisión a los tipos penales descritos en el artículo 70 ECPI.

Otra alternativa⁴¹ es la de modificar las disposiciones⁴² y tipos penales existentes en la legislación nacional, en la medida en que sea necesario, para hacerlos extensivos a los *delitos contra la administración de justicia* de la CPI. Esta alternativa puede ir acompañada de la decisión de incorporar aquellas conductas del artículo 70.1 ECPI, que eventualmente no estén previstas en la legislación nacional, pero poniendo especial énfasis en lograr una tipificación más precisa.

³⁷ Artículo 70. Delito contra la administración de justicia.

1. La Corte tendrá competencia para conocer de los siguientes delitos contra la administración de justicia, siempre y cuando se cometan intencionalmente:

- a) Dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69;
- b) Presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas;
- c) Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba;
- d) Poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida;
- e) Tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario; y
- f) Solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales.

³⁸ Como puede apreciarse solo se prevé la punibilidad de las conductas dolosas.

³⁹ Artículo 70.4.a del ECPI.

⁴⁰ El Código Penal paraguayo se encuentra organizado en libros, títulos, capítulos y artículos. En algunos casos, los capítulos se encuentran a su vez divididos en secciones.

⁴¹ En esto consiste propiamente la obligación para los Estados partes, contenida en el artículo 70.4.a del ECPI.

⁴² Se debe prever la vigencia del principio de nacionalidad activa, para tipos penales equiparados al artículo 70.1 del ECPI.

Si la opción mencionada en el párrafo anterior es la elegida, habría que determinar qué tipos penales previstos en la legislación interna son similares o equiparables a los *delitos* previstos en el artículo 70.1 ECPI, y luego determinar cuáles serían las modificaciones necesarias.

El CP prevé tipos penales equiparables a varios de los previstos en artículo 70.1 ECPI, pero no a todos. Contiene un capítulo de “Hechos punibles contra la administración de justicia”, pero también existen otros tipos penales equiparables en otros capítulos.

La primera conducta prevista en el artículo 70.1.a ECPI es la de “intencionalmente [...] dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69 [...]”.⁴³

En el nivel interno el CP prevé el *testimonio falso*⁴⁴ en su artículo 242.⁴⁵ La conducta descrita en el inciso primero es la de formular dolosamente un testimonio⁴⁶ falso ante un tribunal u otro ente facultado para recibir testimonio jurado o su equivalente.

A los fines de la implementación cabría preguntarse si la CPI puede ser considerada “un tribunal u otro ente facultado para recibir testimonio jurado o su equivalente”. Una respuesta negativa se basaría en que en el tipo penal se hace referencia solo a tribunales nacionales, no así a tribunales extranjeros o internacionales.

Por el contrario, una respuesta afirmativa podría fundarse en que en el CP se define la expresión *tribunal* como *órgano jurisdiccional*, y que la CPI posee esta característica, en virtud del artículo 1 ECPI.

Se podría argumentar también en este sentido que al concebirse la tipificación del *testimonio falso* no se tuvo en mente circunscribir el concepto de *tribunal* limitándolo a los órganos jurisdiccionales del país, ya que en virtud a lo dispuesto en el artículo 7, inciso 4, CP, este tipo penal es aplicable también al falso testimonio brindado ante un tribunal extranjero o un tribunal internacional.

⁴³ Artículo 69. Práctica de las pruebas.

1. Antes de declarar, cada testigo se comprometerá, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, a decir verdad en su testimonio.

⁴⁴ El “testimonio falso” se encuentra previsto en el capítulo de los “Hechos punibles contra la prueba testimonial”.

⁴⁵ Artículo 242. Testimonio falso.

1º) El que formulara un testimonio falso ante un tribunal u otro ente facultado para recibir testimonio jurado o su equivalente, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años.

2º) El que actuara culposamente respecto a la falsedad de su testimonio, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

⁴⁶ El artículo 213 del Código Procesal Penal paraguayo (CPP) establece que, antes de iniciarse la declaración del testigo, el mismo prestará juramento de decir verdad.

No obstante, y a fin de dirimir cualquier tipo de controversia a este respecto, convendría modificar el artículo 242 CP, incluyendo un inciso que equipare la CPI con los tribunales nacionales.

Una redacción tentativa sería la siguiente:

Artículo 242. Testimonio falso.

1.º *El que formulara un testimonio falso ante un tribunal u otro ente facultado para recibir testimonio jurado o su equivalente será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años.*

2.º *El que actuara culposamente respecto a la falsedad de su testimonio será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.*

3.º *Serán equiparados a un tribunal, en el sentido del inciso 1.º de este artículo, los órganos de la Corte Penal Internacional que tengan competencia para recibir un testimonio jurado o su equivalente.*

El artículo 70.1.b ECPI describe la conducta de “presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas”. Serían equiparables a esta conducta el tipo penal de *declaración falsa* (artículo 243 CP) y los siguientes “hechos punibles contra la prueba documental”: producción de documentos no auténticos (artículo 246 CP); manipulación de graficaciones técnicas (artículo 247 CP; uso de documentos públicos de contenido falso (artículo 252 CP); uso de certificados de salud de contenido falso (artículo 256 CP); uso de certificados sobre méritos y servicios de contenido falso (artículo 259 CP); abuso de documentos de identidad (artículo 260 CP).

Igualmente sería equiparable el tipo penal de *denuncia falsa*⁴⁷ y, más específicamente, la conducta descrita en el inciso 3.º del artículo 289 del CP.⁴⁸

Esta conducta consiste en simular pruebas contra otra persona, a sabiendas y con el fin de provocar o hacer continuar un procedimiento penal.

En este punto se debería equiparar la utilización de estos medios probatorios en el procedimiento interno a su utilización en el procedimiento llevado a cabo en el marco de la competencia de la CPI.

⁴⁷ El hecho punible de “denuncia falsa” se encuentra previsto en el capítulo de los “Hechos punibles contra la administración de justicia”.

⁴⁸ Artículo 289. Denuncia falsa.

El que a sabiendas y con el fin de provocar o hacer continuar un procedimiento contra otro:

1. le atribuyera falsamente, ante autoridad o funcionario competente para recibir denuncias, haber realizado un hecho antijurídico o violado un deber proveniente de un cargo público;
2. le atribuyera públicamente una de las conductas señaladas en el numeral anterior; o
3. simulara pruebas contra él, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

El artículo 70.1.c del ECPI hace referencia a “corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba [...]”.

El hecho de corromper a un testigo podría equipararse en el nivel interno a la *instigación*,⁴⁹ a formular un *testimonio falso*.

Si bien en el artículo 30 CP la conducta descrita es la de inducir a otro a realizar un hecho antijurídico doloso, esta abarcaría a la conducta de *corromper*, ya que en el contexto del ECPI constituye un medio de inducción, es decir, de “sobornar a una persona con dádivas o de otra manera”, para que preste un testimonio falso.

Obstruir la comparecencia de un testigo u obstruir o interferir su testimonio son conductas que generalmente tienen por finalidad impedir la prueba de hechos relevantes y, consecuentemente, la aplicación de una sanción. En este caso sería equiparable el hecho punible de “frustración de la persecución y ejecución penal” previsto en el artículo 292 CP.

La conducta descrita en el derecho interno consiste en impedir intencionalmente o a sabiendas de que otro fuera sancionado a una pena o sometido a una medida por un hecho antijurídico. Se prevé igualmente la sanción de la tentativa.

A los fines de la implementación cabría modificar el artículo 292 CP introduciendo un nuevo inciso que establezca que “se entenderá como pena también las sanciones que la CPI pueda aplicar en el ejercicio de su competencia”.

Con respecto a tomar represalias en contra de un testigo por motivo de su declaración, no existe en el derecho interno un tipo penal que se corresponda en forma clara con esta conducta.

A las conductas de destruir o alterar pruebas e interferir en las diligencias de prueba se podría equiparar igualmente el hecho punible de “frustración de la persecución y ejecución penal” previsto en artículo 292 del CP, pues también por regla general estas conductas tienen por finalidad impedir la aplicación de una sanción.

El artículo 70.1.d ECPI describe las conductas de “[...] poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida”.

Con respecto a las conductas de “poner trabas o intimidar” a un funcionario de la Corte, no existe en el derecho interno un tipo penal que se corresponda en forma

⁴⁹ Artículo 30 CP.

clara con esta conducta. A la conducta de “corromper a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida”, le sería equiparable el tipo penal de *soborno* y el de *soborno agravado*, previstos en los artículos 302 y 303 CP, respectivamente.

El artículo 70.1.e ECPI describe la conducta de “[...] tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario”. En la legislación penal nacional no existe una figura equiparable.

El artículo 70.1.e ECPI describe las conductas de “[...] solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales”. Estas estarían cubiertas por los tipos penales de *cohecho pasivo* y *cohecho pasivo agravado* previstos en los artículos 300 y 301 CP, respectivamente.

A los efectos de la implementación, se debe introducir una disposición que equipare a los integrantes de los órganos de la CPI y sus funcionarios con los funcionarios y jueces nacionales, para los casos de soborno, soborno agravado, cohecho pasivo y cohecho pasivo agravado.

Para incorporar aquellas conductas del artículo 70.1 ECPI no previstas en la legislación nacional, hay que realizar el esfuerzo necesario para lograr una mayor precisión en los tipos penales.

A manera de ejemplo, las conductas de “poner trabas o intimidar [...] a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida” podría reformularse de la siguiente manera: “El que mediante fuerza o amenaza de fuerza coaccionara a un integrante de los órganos de la Corte Penal Internacional o a sus funcionarios con el fin de que no ejerzan sus facultades o lo hagan en un determinado sentido será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años”.

En el artículo 71 ECPI se describen faltas de conductas ante la CPI, así como la posibilidad de aplicar sanciones administrativas. En el nivel interno podrían citarse como equiparables las reglas contenidas en los artículos 372,⁵⁰ 113,⁵¹ y 114⁵² CPP.

⁵⁰ Artículo 372. Poder de disciplina.

El presidente del tribunal ejercerá el poder de disciplina de la audiencia. Quienes asistan a la audiencia permanecerán respetuosamente y en silencio mientras no estén autorizados para exponer o responder a las preguntas que se les formulen. No podrán llevar armas u otros objetos aptos para incomodar u ofender, ni adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo, ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo sus opiniones o sentimientos.

⁵¹ Artículo 113. Poder de disciplina. Los jueces velarán por la regularidad del litigio, el ejercicio correcto de las facultades procesales y la buena fe. No podrán, bajo pretexto de sanciones disciplinarias, restringir el derecho de defensa o limitar las facultades de las partes.

En todo lo demás serán aplicables a la naturaleza del procedimiento penal las normas previstas en el Código Procesal Civil.

5 • Conclusiones

En el ámbito nacional paraguayo no existen avances significativos en cuanto a la implementación del ECPI en el ámbito legislativo. A la fecha no ha sido adoptada o sancionada una ley de implementación y tampoco existen proyectos de implementación al respecto presentados al Congreso Nacional.

Se ha determinado que en el aspecto de la *cooperación internacional o interestatal* la legislación interna cuenta con un número sumamente reducido de normas que regulan la materia. Solamente existen disposiciones básicas en el CPP, que realizan una remisión casi total a los instrumentos internacionales celebrados por el Paraguay.

Si bien las disposiciones del ECPI en lo relativo a la *cooperación y asistencia judicial* podrían ser aplicables directamente por los tribunales nacionales, con base en lo dispuesto por los artículos 137 y 141 CN, existiría no obstante la necesidad de contar con una legislación interna que complemente las disposiciones hoy existentes.

Es necesario contar con disposiciones que señalen la especial naturaleza de la cooperación con la CPI (cooperación vertical); que cubran las remisiones que realiza el Estatuto; y que precisen y regulen acabadamente el procedimiento de cooperación en lo que no esté previsto.

En relación con los “delitos contra la administración de justicia” de la CPI, se han verificado en el nivel interno los tipos penales similares o equiparables. La mayor parte de las conductas previstas en el artículo 70 del ECPI también se encuentran previstas en la legislación nacional, lo que facilitaría la implementación mediante modificaciones no sustanciales de los tipos y las disposiciones penales ya existentes.

Puede concluirse finalmente que el marco normativo interno no ofrece mayores dificultades a la implementación del ECPI en lo que se refiere específicamente a la cooperación internacional y asistencia judicial, como tampoco la adaptación de la legislación penal interna a los “delitos contra la administración de justicia”.

⁵² Artículo 114. Sanciones.

Cuando se compruebe mala fe o se litigue con temeridad, los jueces podrán sancionar hasta con cien días multa en casos graves o reiterados y, en los demás casos, con hasta cincuenta días multa o apercibimiento. Para la aplicación de la multa regirá lo establecido en el Código Penal.

Antes de imponer cualquier sanción procesal se oír al afectado.

Las sanciones procesales son apelables con efecto suspensivo.

6. Bibliografía

AMBOS, Kai: *Los crímenes más graves en el derecho penal internacional*, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.

— “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania” (traducción del alemán de Pablo Galain Palermo y Oliver Buchl), en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 15-46.

Código Penal de la República del Paraguay. Ley n.º 1160.

Código Procesal Penal de la República del Paraguay. Ley n.º 1286.

Constitución Nacional de la República del Paraguay, 1992.

GRAMAJO, Juan Manuel: *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.

MALARINO, Ezequiel: *La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay. Aspectos legales, institucionales y plan de acción*, Asunción, 2004.

PARENTI, Pablo: “Informe sobre Argentina” en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 49-98.

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

Sitios web

«www.mre.gov.py»

«www.senado.gov.py»

1 • Introducción

1.1. Antecedentes legislativos

En el Perú, las primeras normas de derecho interno sobre cooperación judicial internacional han estado referidas al tema de la extradición. La primera ley de extradición en el Perú se dio el 23.10.1888. Esta ley sentó las bases de la extradición y consagró el principio de reciprocidad, lineamientos que fueron seguidos por el Código de Procedimientos Penales de 1940.

La realización de diligencias en territorios extranjeros, a través de exhortos, desde 1928 ha estado regulada por la Convención de Derecho Internacional Privado, conocida como Código de Bustamante. Posteriormente, y en el marco de la Organización de Estados Americanos, el Perú suscribió la Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares, la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero y la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias y su Protocolo Adicional, celebradas en Montevideo, Uruguay, en 1979, y ratificadas por nuestro país, mediante decreto ley n.º 22953, el 26.03.1980.

El 1987 se promulgó la ley n.º 24710, Ley de Extradición, que, en sintonía con el Código de Ejecución Penal de 1985, vigente en aquel entonces, estableció la posibilidad del cumplimiento de las sentencias en el país de origen del condenado extranjero, siempre de acuerdo con los tratados y convenios vigentes. Este mismo

criterio fue recogido posteriormente en el artículo VII del Código de Ejecución Penal de 1991.

El 27.04.1991 se promulgó el decreto legislativo n.º 638, Código Procesal Penal, que representó un intento de reforma de la legislación procesal y que solo pudo entrar en vigencia de manera parcial; en él no se incluyó una regulación sobre cooperación judicial internacional, salvo una mención al exhorto a fiscal extranjero, en el artículo 210.º, que nunca llegó a entrar en vigencia. Por ello, los actos de cooperación judicial internacional siguieron siendo regulados por los tratados y convenios vigentes, por el principio de reciprocidad y de manera interna, en el caso de la extradición, por la ley n.º 24710 y su reglamento, el decreto supremo n.º 044-93-JUS.

En 1995, la Comisión Especial Revisora creada por la ley n.º 26299, en un nuevo intento de reforma, redactó un proyecto de Código Procesal Penal. Este cuerpo legal, en el libro sexto, contenía reglas para la aplicación de los procedimientos de asistencia judicial mutua en materia penal. El proyecto fue aprobado por el Congreso de la República, pero observado por el Poder Ejecutivo en 1997.

El 14.03.2003, mediante el decreto supremo n.º 005-2003-JUS, se creó la Comisión de Alto Nivel para la implementación del nuevo Código Procesal Penal, en adelante NCPP, que propone un modelo procesal penal de corte acusatorio, oral y público, redefiniendo los roles de los juzgadores, el Ministerio Público y los sujetos procesales, concreta una gama de facultades discrecionales, salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal que tienden a racionalizar la actividad de la Fiscalía y reconoce a las garantías del debido proceso como eje central del desarrollo de este.¹

El nuevo Código, aprobado mediante decreto legislativo n.º 957, publicado el 29.07.2004, ha sistematizado en el libro séptimo los mecanismos de cooperación judicial internacional que hasta entonces se encontraban dispersos y ha incluido en la sección VII, del mismo libro, los actos de cooperación con la Corte Penal Internacional, al haber sido ratificado el Estatuto de Roma por nuestro país en octubre de 2001.

¹ Ronald Gamarrá Herrera, "Plan de implementación del Código Procesal Penal: borrador y necesidad de enmendar el rumbo", en *Justicia Viva*, n.º 180. Disponible en <www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0180.htm>.

1.2. El libro séptimo del nuevo Código Procesal Penal

El Perú suscribió el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, el 7.12.2000; manifestó su intención de hacerse parte del Estatuto el 13.09.2001, mediante la resolución legislativa n.º 27517, que depositó en Naciones Unidas el 10 de noviembre del mismo año y, conforme al procedimiento previsto en el artículo 56 de la Constitución Política del Estado, el Estatuto fue ratificado por el presidente de la República mediante decreto supremo n.º 079-2001-RE, de 9.10.2001.

Una de las obligaciones principales de los Estados signatarios de la Corte Penal Internacional es implementar en el derecho interno los mecanismos necesarios que permitan la cooperación judicial entre las entidades estatales y los órganos de la Corte. El cumplimiento de esta obligación resulta fundamental puesto que solo con una legislación satisfactoria dentro de cada Estado la Corte podrá cumplir plenamente su función.

Teniendo en cuenta este último aspecto, el NCPP incluye en el libro séptimo, que es la sistematización de diversos actos de cooperación judicial, la sección VII, en la que se prevén los actos de cooperación con la Corte Penal Internacional. Para ello toma como fuente lo establecido en el Estatuto de Roma, a cuyos artículos hace remisión en no pocas ocasiones.

Efectivamente el libro séptimo está dividido en siete secciones, a saber: sección I: “Preceptos generales”, sección II: “La extradición”, sección III: “La asistencia judicial internacional”, sección IV: “Las diligencias en el exterior”, sección V: “El cumplimiento de las condenas”, sección VI: “La entrega vigilada”, y sección VII: “Cooperación con la Corte Penal Internacional”.

La sección VII, a su vez, está dividida en cuatro títulos, que incluyen 12 artículos, desde el 554.º al 565.º, en los que se recoge básicamente lo estipulado en la parte IX del Estatuto de Roma.

Conforme a la 1.ª disposición final, numeral 4, del nuevo Código Procesal Penal, el 1.º de febrero de 2006 entró en vigencia en todo el país el libro séptimo, “La cooperación judicial internacional”.

1.3. Estado de implementación en el nuevo Código Procesal Penal

Según lo dispuesto por la 1.ª DF NCPP, este entrará en vigencia de manera progresiva en los diferentes distritos judiciales, según un calendario oficial aprobado

mediante decreto supremo, de conformidad con el decreto legislativo que establece las normas complementarias y de implementación del Código.

Así, luego de la promulgación NCPP se promulgó también el decreto legislativo n.º 958, del 28.07.2004, mediante el cual se creó la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, integrada por representantes del Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio del Interior, Ministerio de Economía y Finanzas y del Ministerio de Justicia, el cual la preside, incorporándose posteriormente un representante de la Policía Nacional.

El decreto supremo n.º 013-2005-JUS, de 08.10.2005, aprobó el Plan de Implementación del Código Procesal Penal, elaborado por la Comisión Especial de Implementación, y el calendario oficial de la aplicación progresiva del Código.

El citado calendario indica que la implementación se iniciará en el distrito judicial de Huaura el 1.º de febrero de 2006 y en el distrito judicial de La Libertad, el 1.º de agosto de 2006.

En 2007 se implementará en los distritos judiciales de Ayacucho, Callao, Cusco, Lambayeque y Ucayali; en 2008, en los distritos judiciales de Amazonas, Arequipa, Cajamarca, Junín, Moquegua, Piura, Tacna y Tumbes; en 2009, en los distritos judiciales de Ancash, Apurímac, Cañete, Huancavelica, Ica y Puno; en 2010, en los distritos judiciales de Lima Norte, Huanuco Pasco, Loreto, Madre de Dios, San Martín y Santa; y culminará en 2011, con el distrito judicial de Lima.

Sin perjuicio de ello, la primera disposición final del Código establece que el 1.º de febrero de 2006 entrarán en vigencia en todo el país los artículos 468.º a 471.º, el libro séptimo “La cooperación judicial internacional” y las disposiciones modificatorias contenidas en el Código.

2. Asistencia judicial interestatal

2.1. Derecho penal internacional y legislación penal nacional

La doctrina contemporánea mayoritaria denomina derecho penal internacional a las disposiciones jurídicas de carácter penal que resultan de aplicación a la esfera

internacional, esto es, una legislación penal de carácter supranacional y de corte pacífico-humanitario a la que se hallen sometidos los ciudadanos de todas las naciones, más allá de la simple extradición, y cuya aplicación correspondería a una jurisdicción penal de carácter internacional.

Siendo así, esta es la rama del derecho cuyo objeto de estudio es la normativa referida a los delitos tipificados en el ámbito internacional y a los órganos internacionales con competencia para determinar la responsabilidad por estos delitos y establecer las sanciones correspondientes, aspectos que asimismo se establecen por medio de normas internacionales de carácter convencional.

Si bien el surgimiento del derecho penal internacional significó un avance importante, la dificultad se presentaba por la ausencia de un tribunal internacional encargado de juzgar estas conductas. Por ello se tuvo que recurrir al principio de la jurisdicción universal y, posteriormente, a la creación de tribunales ad hoc: el Tribunal para la Antigua Yugoslavia, con sede en la ciudad de la Haya (resolución n.º 808, de febrero de 1993, y resolución n.º 827, de mayo del mismo año), y el Tribunal para Ruanda, con sede en Arusha, Tanzania (resolución n.º 955, de noviembre de 1994).²

2.2. Mecanismos de cooperación judicial internacional en el Perú

La cooperación judicial internacional penal puede ser definida como un conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa, que involucran a dos o más Estados, y que tienen por finalidad favorecer la criminalización secundaria de un hecho delictivo ocurrido en territorio, cuando menos, de uno de tales Estados.³

Como se señalara líneas arriba, y a decir de Prado Saldarriaga, los mecanismos de cooperación judicial internacional en el Perú, tradicionalmente se han referido a la extradición, tramitación de cartas rogatorias y exhortos internacionales, a través de los cuales se procuraba la detención y captura en territorio extranjero del autor de un delito cometido en el Estado requirente o la actuación por un juez extranjero de determinados actos procesales a nombre de un juez nacional.

² Defensoría del Pueblo. *Corte Penal internacional. Estatuto de Roma*, Lima, 2000, pp. 13 y ss.

³ Víctor Prado Saldarriaga, "Cooperación judicial internacional". Suplemento de análisis legal del *Diario Oficial El Peruano*, año 1, n.º 4, p. 3.

Con el transcurso del tiempo y como desarrollo de una actitud solidaria entre los Estados en favor de la eficacia de la justicia penal interna de cada país, el abanico de posibilidades de cooperación judicial se ha diversificado. En ese proceso han tenido importante influencia los procesos políticos de integración que se han ido sucediendo en Europa y América.

Así, el decreto legislativo n.º 957 NCPP, que ha sistematizado la regulación de los actos de cooperación judicial internacional y establecido procedimientos acordes a las exigencias previstas en los instrumentos jurídicos internacionales suscritos y ratificados por el Perú, señala que son actos de cooperación internacional, sin perjuicio de lo que digan los tratados, los siguientes: la extradición; la notificación de resoluciones y sentencias, testigos y peritos para que presenten testimonio; la recepción de testimonios y declaraciones, la exhibición y remisión de documentos judiciales o copia de ellos, la remisión de documentos e informes; la realización de indagaciones o de inspecciones, el examen de objetos y lugares, la práctica de bloqueos de cuentas, embargos, incautaciones o secuestro de bienes delictivos, inmovilización de activos, registros domiciliarios, allanamientos, control de comunicaciones, identificación o ubicación del producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito, y demás medidas limitativas de derechos; el facilitar información y elementos de prueba; el traslado temporal de detenidos, condenados, o de personas en libertad para su comparecencia como testigos; el traslado de condenados; las diligencias en el exterior; la entrega vigilada de bienes delictivos; los actos de asistencia con la Corte Penal Internacional.

2.3. La extradición

La extradición consiste en la entrega que un Estado hace a otro de un individuo, acusado o condenado por un delito común, que se encuentra en su territorio, para que en este país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena, realizada conforme a normas preexistentes de validez interna o internacional.⁴

De esta definición, Valle-Riestra señala que en la extradición podemos distinguir que se trata de una entrega de carácter internacional entre dos Estados, en la que el individuo debe estar procesado, con orden de detención o comparecencia, o

⁴ Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, tomo II, Buenos Aires, Losada, 1964, 3.º ed., pp. 883-884.

condenado en presencia, y que se puede solicitar tanto para el juicio como para la ejecución de la pena.

La extradición se legitima en virtud de normas preexistentes de validez interna o externa, lo que equivale al *nullum crimine nulla pena sine lege*, es decir, la tipificación del delito por el ordenamiento nacional o por *el ius cogens* internacional.⁵

En el Perú, tras la puesta en vigencia del libro séptimo del NCPP, la extradición es regulada por los tratados y convenios internacionales, y por el principio de reciprocidad en ausencia de tratado. Corresponde a la Fiscalía de la Nación y Ministerio de Relaciones Exteriores informar al Poder Judicial sobre los casos en los que tal principio fue invocado o aceptado por Perú.

2.3.1. Clases de extradición

Dentro de las clases de extradición que regula el NCPP están las siguientes:

2.3.1.1. Extradición activa

Se da cuando el Estado, que tiene jurisdicción para reprimir el delito, solicita al Estado donde se encuentra el presunto responsable su entrega para el juzgamiento o el cumplimiento de la condena. En el Perú es el Poder Ejecutivo que, a instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema, puede requerir la extradición de un procesado, acusado o condenado al Estado en el que se encuentra, siempre que lo permitan los tratados o virtud del principio de reciprocidad.

2.3.1.2 Extradición pasiva

Está prevista en el artículo 516.º NCPP, se da cuando el Estado peruano recibe de otro Estado la petición para la entrega de una persona que se encuentre en territorio nacional, sea como residente, como turista o de paso, y que es procesada, acusada o condenada como autor o participe de un delito cometido en el país extranjero, a fin de ser investigada o juzgada o para cumplir la sanción impuesta como reo presente.

⁵ Javier Valle-Riestra, *La extradición. Principios, legislación y jurisprudencia*, Lima, AFA, 1989, p. XIV.

Para otorgarla deben existir garantías de una recta impartición de justicia en el Estado requirente y tenerse en cuenta que la extradición no haya sido rechazada anteriormente por otro Estado por considerarla con implicancias políticas.

2.3.1.3. Extradición de tránsito

Se refiere a la autorización del tránsito de un extraditado y sus guardas por el territorio nacional. Esta figura, que ya había sido prevista en la ley n.º 24710, ha sido incluida en el NCPP, disposición que además señala que, cuando el medio empleado es el aéreo, la autorización solo será necesaria si se ha de hacer una escala en el territorio nacional. No se trata de una extradición propiamente dicha; lo que busca es brindar facilidades al paso del extraditado y garantizar una adecuada custodia.

2.3.1.4. La preextradición o arresto provisorio

Según el NCPP, el arresto provisorio o preextradición procede cuando es solicitado formalmente por la autoridad central del país interesado; o cuando una persona pretende ingresar al país mientras es perseguido por la autoridad de un país limítrofe. El primero de los supuestos fue contemplado también por la ley n.º 27410.

2.3.1.5. La reextradición

Se presenta cuando, habiendo conseguido un Estado la entrega de un individuo, este es reclamado por un tercer Estado por causa de un delito anterior a aquel por el que le fue entregado. En virtud del principio de especialidad, no se puede conceder la entrega al tercer Estado sino con el consentimiento del Estado que concedió la extradición.

Al respecto, el NCPP autoriza la reextradición a través del deber de la justicia y el gobierno de pronunciarse acerca de la procedencia de la extradición solicitada por el Estado que no la obtuvo de inmediato, ya que en este caso la extradición no preferida tendrá los efectos de una reextradición autorizada.

2.3.2. Aspectos generales

2.3.2.1 Fuentes

El artículo 513.º NCPP señala que la extradición se sustenta en el principio de reciprocidad solo ante la ausencia de tratado, y corresponde a la Fiscalía de la Nación y al Ministerio de Relaciones Exteriores informar al Poder Judicial sobre su aplicación. A diferencia de la regulación prevista en la ley n.º 24710, no se ha establecido expresamente el carácter complementario o subsidiario de las disposiciones internas.

2.3.2.2. Sistema

La doctrina considera tres sistemas, tal como lo expresan Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón:⁶

1. sistema gubernativo o exclusivamente administrativo;
2. sistema exclusivamente judicial;
3. sistema mixto, combinación de los dos anteriores.

La extradición, en sentido amplio, como acuerdo de cooperación entre los Estados, se ubica dentro del ámbito del derecho internacional. Esto quiere decir que las condiciones y requisitos no pueden ser reglamentados unilateralmente por cada Estado, y que la decisión ya sea de solicitarla o de otorgarla viene a enmarcarse dentro de la competencia del Poder Ejecutivo.

Por otra parte, es cierto que, si se considera el proceso de extradición como un medio jurídico, debe estar regulado por el ordenamiento interno y ponerse en práctica a través de la autoridad judicial competente. De ello surge su carácter mixto con participación de la autoridad administrativa y judicial.⁷

En el caso del Perú corresponde al gobierno decidir la extradición, pasiva o activa, previo informe de una comisión oficial presidida por el Ministerio de Justicia e integrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Esta decisión no puede tomarse

⁶ En Alberto Huapaya Olivares, *La extradición*, Lima, Horizonte, 2000, p. 51.

⁷ Alonso Gómez Robledo Verduzco, *Extradición en derecho internacional*, México, UNAM, 2000, 2.º ed., pp. 10-11.

sin la intervención de la Sala Penal de la Corte Suprema, que emitirá una resolución consultiva, que es remitida al Ministerio de Justicia, con conocimiento de la Fiscalía de la Nación.

Es decir que se requiere el concurso de las autoridades judiciales y del Poder Ejecutivo, por lo que nuestro sistema se encuadra en lo que la doctrina denomina sistema mixto.

2.3.3. Extradición pasiva

2.3.3.1. Condiciones de la concesión

La concesión de la extradición esta condicionada a:

- a. la existencia de garantías de una recta impartición de justicia en el Estado requirente; y
- b. que la extradición no hubiere sido rechazada anteriormente por otro Estado, por considerarla de implicancias políticas.

2.3.3.2. Requisitos de la demanda

La demanda de extradición debe contener la descripción del hecho punible, la explicación del fundamento de la competencia del Estado requirente y de los motivos por los cuales no se ha extinguido la acción penal o la pena, copias autenticadas de las resoluciones judiciales que se dispusieron en presencia del extraditable, así como la que ordenó su detención o lo declaró reo ausente o contumaz, y copias autenticadas de la resolución que ordenó la extradición. También deberá contener las normas penales y procesales aplicables al caso, y todos los datos conocidos que identifiquen al reclamado.

La ley n.º 24710 disponía que deberían adjuntarse también las pruebas del hecho y de la participación del reclamado. Al respecto, el NCPP establece en el artículo 518.º que la demanda debe contener las pruebas suficientes cuando lo disponga el tratado suscrito por el Perú con el Estado requirente o, en aplicación del principio de reciprocidad, la ley interna de dicho Estado lo exija en su trámite de extradición pasiva.

2.3.3.3. Concurso de la extradición

La ley n.º 24710 indicaba una prelación distinta a la que actualmente dispone el NCPP. Así se establecieron las siguientes reglas:

Si se trataba del mismo delito: tenía preferencia el pedido de aquel en cuyo territorio el delito hubiese sido consumado, intentado o frustrado.

Si se trataba de delitos diversos: tenía preferencia el Estado donde hubiera sido cometido el crimen cuya pena fuere más grave; si eran de igual gravedad, se prefería al Estado que primero solicitare la extradición y, si los pedidos fueren simultáneos, al Estado de origen del reclamado o en su defecto al del domicilio del criminoso.

Actualmente, la prelación es como sigue:

Si se trata del mismo delito: se tiene en cuenta la existencia de un tratado vinculante; las fechas de las demandas y el estado de cada procedimiento; que el delito se haya cometido en el territorio de alguno de los Estados requirentes; las facilidades de obtención de las pruebas; el domicilio y nacionalidad del extraditado; la gravedad del hecho delictivo en función a la pena conminada y su coincidencia con la ley nacional, en especial que no se prevea la pena de muerte.

Si se trata de delitos diferentes: se atiende a la mayor gravedad de los delitos según la legislación peruana; la nacionalidad del extraditado y las posibilidades de reextradición a otro Estado.

2.3.3.4. Rechazo de la extradición

La demanda de extradición no procede en los siguientes casos: cuando el hecho materia del proceso no constituye delito, tanto en el Estado requirente como en el Perú; cuando ambas legislaciones no tienen una conminación penal, igual o superior a una pena privativa de un año; si el Estado solicitante no tiene jurisdicción o competencia para juzgar el delito; si el extraditado ya ha sido absuelto, condenado, indultado o amnistiado; si ha transcurrido el término de la prescripción del delito o de la pena siempre que no sobrepase el término de la legislación peruana; si se ha de responder ante un tribunal de excepción o el proceso no cumple las exigencias internacionales del debido proceso; si el delito es exclusivamente militar, contra la religión, político, de prensa o de opinión; si el delito es perseguible a instancia de parte o si se trata de una falta; si el delito es tributario; si la demanda es presentada con el fin de

perseguir o de castigar a un individuo por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas; por razones de soberanía nacional, seguridad u orden público u otros intereses esenciales del Perú; cuando no se computa el tiempo de privación de libertad que demande el trámite de extradición; cuando se establezca la pena de muerte.

Cabe señalar que la ley n.º 24710 consideraba a la mayoría de estos supuestos como causales de inadmisibilidad y establecía también que si el Perú denegaba la extradición podría someter al inculcado a proceso, para lo que pediría al Estado solicitante los elementos de prueba.

Asimismo, algunas de las causales de improcedencia señaladas por el NCPP formaron parte de los compromisos que debía asumir el Estado requirente con la ley n.º 24710, como son el cómputo del plazo de detención y la pena de muerte.

2.3.3.5. Procedimiento

Recibida por la Fiscalía de la Nación el pedido de extradición, el juez de la investigación preparatoria dicta mandato de detención. Producida la detención y puesto el extraditado a disposición judicial por la oficina local de la Interpol, el juez de la investigación preparatoria, con citación del fiscal provincial, toma declaraciones al detenido, informándole de sus derechos. En un plazo no mayor a quince días, el juez de la investigación preparatoria cita a una audiencia pública que se lleva a cabo con el fiscal, el extraditado, su defensor y un representante de la embajada. Al término, el expediente se eleva inmediatamente a la Sala Penal. La Sala Penal señala fecha para la audiencia de extradición y emite una resolución consultativa en el plazo de cinco días, que se remite inmediatamente al Ministerio de Justicia, para que la Comisión de Extradición emita su opinión, que se envía al Consejo de Ministros para la resolución correspondiente. La resolución suprema emitida por el Consejo de Ministros es puesta en conocimiento de la Fiscalía de la Nación y del Estado requirente por la vía diplomática. Si la decisión es denegatoria de la extradición, la Fiscalía de la Nación comunicará el hecho a Interpol. El detenido, en cualquier estado del procedimiento judicial, puede dar su consentimiento libre y expreso a ser extraditado. Si esto sucede, el órgano jurisdiccional da por concluido el procedimiento y la Sala Penal dicta la resolución consultativa favorable.

El NCPP ha establecido un procedimiento similar al que dispuso la ley n.º 24710; sin embargo, esta no incluía de manera expresa la obligación del juez de

la investigación preparatoria de informar al detenido los motivos de la detención y los detalles de la solicitud de extradición.

2.3.3.6. Ejecución

Si la extradición es concedida, el Estado requirente debe efectuar el traslado del extraditado en el plazo de treinta días. Adicionalmente, la Fiscalía de la Nación puede conceder un plazo adicional de diez días más. Al vencimiento del plazo, el extraditable será puesto inmediatamente en libertad y el Estado requirente no podrá reiterar la demanda. Los gastos de la carcelería y entrega corren a cargo del Estado requirente.

A diferencia de lo dispuesto en la ley n.º 24710, el NCPP faculta a la Fiscalía de la Nación a conceder el plazo adicional de diez días para el traslado del extraditable. Si transcurre el plazo y el Estado no conduce al extraditado, se revoca la extradición y no podrá volver a pedirse por el mismo delito, pues habrá operado el principio de la cosa juzgada extradicional.⁸

2.3.3.7. Efectos

Concedida la extradición, esta tiene los siguientes efectos: el extraditado no podrá ser encausado por hechos anteriores y distintos a los que determinaron la concesión de la extradición sin previa autorización del Perú. Se deberá comunicar al Perú las modificaciones a la calificación del hecho delictivo que motivó la extradición, a fin de que se la autorice. La reextradición a otro Estado no podrá realizarse sin la previa autorización del Perú, a menos que el extraditado renunciare a esa inmunidad ante una autoridad diplomática o consular peruana, con el asesoramiento de un abogado, o cuando teniendo la posibilidad de abandonar voluntariamente el territorio del Estado requirente no lo hace en el plazo de treinta días, o regrese voluntariamente a ese territorio después de haberlo abandonado. Si el extraditado, después de la entrega al Estado requirente o durante el respectivo proceso, fugue para regresar al Perú, será detenido mediante requisición directa y nuevamente entregado sin otras formalidades. El cuerpo del delito o elementos de prueba que se hallen en poder del extraditado, aunque este haya desaparecido o muerto, serán entregados al Estado requirente,

⁸ Alberto Huapaya Olivares, o. cit., p. 65.

salvo si afectan derechos de tercero. Así debe constar en la resolución suprema que acepte la extradición.

La ley n.º 24710 no regulaba de esta manera los efectos de la extradición, si bien algunos de estos efectos estaban establecidos a modo de compromisos del Estado requirente al obtener la extradición.

2.3.3.8. Arresto provisorio

Esta figura, denominada *preextradición* por el NCPP, fue concebida para situaciones en las que es urgente detener a una persona, pero no se dispone del tiempo suficiente para reunir todos los documentos que se requieren.

En el NCPP los supuestos para concederlo son:

1. *Que lo solicite un Estado formalmente.* En caso de urgencia, la solicitud puede ser hecha por cualquier medio, inclusive vía telegráfica, telefónico, radiofónico o electrónico, con cargo a presentar el pedido formal de extradición dentro de treinta días de la fecha del recibido el pedido.
2. *Pretender ingresar al país mientras se es perseguido por la autoridad de un país limítrofe.* En este caso, la policía destacada en los lugares de frontera deberá poner inmediatamente al detenido a disposición del juez de la investigación preparatoria en el plazo de veinticuatro horas, para el trámite correspondiente. Este supuesto no estaba previsto en la regulación anterior.

2.3.4. Extradición activa

2.3.4.1. Ámbito

El NCPP indica que el Poder Ejecutivo del Perú, a instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema, puede requerir la extradición de un procesado, acusado o condenado al Estado en que se encuentra, siempre que lo permitan los tratados, o la reciprocidad y la ley del Estado requerido. Procede de oficio o a solicitud de parte.

2.3.4.2. Procedimiento

Para dar curso al procedimiento, el juez de la investigación preparatoria o el juez penal, según el caso, debe pronunciarse al respecto. El juez puede emitir una resolución de requerimiento de extradición o una resolución desestimatoria que es apelable ante la Sala Penal superior. Luego de emitir la resolución respectiva, el juez formará el cuaderno conteniendo el mismo tipo de documentos que son necesarios para la extradición activa. El cuaderno será elevado a la Sala Penal de la Corte Suprema. Si la resolución consultiva es desfavorable a la extradición activa, se devolverá lo actuado al órgano jurisdiccional inferior. Si es favorable, se remitirá el cuaderno íntegro al Ministerio de Justicia, previa legalización de lo actuado. El gobierno se pronunciará mediante resolución suprema aprobada en Consejo de Ministros. Emitida la resolución suprema, se dispondrá la traducción del cuaderno de extradición, respecto de las piezas indicadas por la Comisión de Extradición. La presentación formal de la extradición corresponderá a la Fiscalía de la Nación con el concurso del Ministerio de Relaciones Exteriores.

2.3.4.3. Arresto provisional

El NCPP indica que, en casos urgentes, el juez de la investigación preparatoria o en su caso el juez penal podrá solicitar al Estado requerido, directamente con conocimiento de la Fiscalía de la Nación y a través de la Interpol, dicte mandato de arresto provisorio con fines de extradición. La resolución deberá acompañar copia de la orden de detención o de la sentencia condenatoria, la descripción del delito, los datos del reclamado y la declaración formal de instar la demanda formal de extradición.

2.4. Tratados de extradición celebrados por el Perú

2.4.1. *Tratados multilaterales*

Los tratados multilaterales suscritos por el Perú son de dos tipos: tratados genéricos, relacionados con la extradición, y tratados referidos a delitos específicos, cuyas normas autorizan a servir de base para solicitudes de extradición por aquellos delitos.

2.4.1.1. Genéricos de extradición

1. Tratado de Derecho Penal Internacional, celebrado en Montevideo el 23.1.1889 y aprobado por resolución legislativa de 25.10.1889.
2. Acuerdo sobre Extradición, celebrado en Caracas el 18.7.1911, aprobado por resolución legislativa n.º 2154, de 22.10.1915.
3. Convención sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en La Habana el 20.2.1928, aprobada por resolución legislativa n.º 6442, de 8.1.1929.

2.4.1.2. Extradición por delitos específicos

1. Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, aprobada por resolución legislativa n.º 15013, de 16.4.1964, modificada por el Protocolo de Enmienda a la Convención Única sobre Estupefacientes, de 1972, aprobado por decreto ley n.º 21881, de 12.7.1997.
2. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por resolución legislativa n.º 24815, de 12.5.1988.
3. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por resolución legislativa n.º 27527, de 8.10.2001.
4. Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado por resolución legislativa n.º 27544, de 29.10.2001.
5. Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, aprobado por resolución legislativa n.º 27549 de 6.11.2001.
6. Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996, aprobada por resolución legislativa n.º 26756, de 5.3.1997.
7. Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estos tengan Trascendencia Internacional, aprobada por resolución legislativa n.º 24811, de 12.5.1988.
8. Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados, aprobada por resolución legislativa n.º 27127, de 24.5.1999.

2.4.2. *Tratados y convenios bilaterales*

1. Tratado de Extradición con Francia, de 30.9.1874.
2. Convención sobre Extradición y Declaración con el Reino Unido de Bélgica, de 23.11.1888, y su protocolo adicional de 24.8.1890, aprobados por resolución legislativa de 25.10.1890.
3. Tratado de Extradición con el Reino Unido de la Gran Bretaña, de 26.1.1904, aplicable a Canadá como miembro de la Comunidad Británica de Naciones, aprobado por resolución legislativa n.º 226, de 29.9.1906.
4. Acuerdo sobre Extradición. Congreso Bolivariano de Caracas, suscrito en Caracas, el 18.07.1911. Aprobado por resolución legislativa n.º 2154 de 22.10.1915. Los países signatarios fueron Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, pero en la actualidad está vigente solo con Colombia, por haber sido reemplazado respecto de los demás firmantes, por las disposiciones de la Convención sobre Derecho Internacional Privado, firmado en la Conferencia Panamericana de La Habana, que Colombia no ha ratificado.
5. Tratado de Extradición de Criminales con Brasil, de 13.2.1919, aprobado por resolución legislativa n.º 4462, de 9.1.1922.
6. Tratado de Extradición con Chile, de 5.11.1932, aprobado por resolución legislativa n.º 8374, de 16.6.1936.
7. Acuerdo de Extradición con la Comunidad de las Bahamas, mediante cambio de notas entre los ministerios de Relaciones Exteriores de la Comunidad de las Bahamas n.º EXT/133/33, de 7.03.1978, y del Perú n.º (Lt) 6/2, de 2.08.1978.
8. Tratado de Extradición con España, de 28.6.1989, aprobado por resolución legislativa n.º 25347, de 31.10.1991.
9. Tratado de Extradición con los Estados Unidos de América de 30.9.1874, aprobado por resolución legislativa de 11.11.1899, y Acuerdo sobre Extradición con los Estados Unidos de América, por cambio de notas de 15.2.1990, ratificado por decreto supremo n.º 012-96-RE, de 19.4.1996.
10. Tratado de Extradición con Italia, de 24.11.1994, aprobado por resolución legislativa n.º 26759, de 13.3.1997.
11. Tratado de Extradición con la República de Paraguay, suscrito en Lima, el 17.10.1997, aprobación mediante resolución suprema n.º 238-2001-RE, de 30.05.2001.

12. Tratado de Extradición con los Estados Unidos Mexicanos, suscrito en México, D. F., el 2.05.2000. Aprobado por resolución legislativa n.º 27428, de 23.2.2001.

13. Tratado de Extradición con la República del Ecuador, suscrito en Quito, el 4.04.2001, ratificado mediante decreto supremo n.º 099-2001-RE, de 20.12.2001.

2.5. Jurisprudencia relevante en materia de crímenes internacionales

No se han identificado casos de cooperación penal internacional relacionados con crímenes internacionales.

3 • Cooperación con la Corte Penal Internacional

3.1. Derecho internacional penal y mecanismos legales de cooperación nacional

El derecho internacional penal está referido al conjunto de disposiciones de derecho interno en virtud del cual el legislador local determina en qué casos es aplicable la ley penal.⁹ Señala Hurtado Pozo que no se trata de reglas de derecho internacional sino de disposiciones de derecho interno. La calificación de *internacional* está vinculada al hecho de que casi todos sus elementos se remiten a lo foráneo, pero en ningún caso se trata de un derecho penal supranacional. A través de estas disposiciones, el legislador establece el dominio de aplicación de la ley penal comprendiendo ciertos casos que tienen lugar en el extranjero para evitar que ciertos actos permanezcan impunes.

⁹ José Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima, Eddili, 1987, 2.º ed., pp. 203 y ss.

Antes de la existencia de la Corte Penal Internacional y de sus antecesores, —el Tribunal para la ex Yugoslavia y el de Ruanda— se ha recurrido al principio universal o de justicia mundial, que obliga a los Estados a reprimir conforme a los tratados internacionales, para evitar la impunidad de algunas acciones. Es así que el establecimiento de la Corte es la respuesta a la comunidad internacional a una situación real: la proliferación de conflictos caracterizados por la violencia ejercida en contra de la población civil y la inobservancia de las normas fundamentales de derecho humanitario. En la gran mayoría de los casos las autoridades no actuaron en contra de los responsables y simplemente contribuyeron a la impunidad.¹⁰

El Perú, como signatario de la Corte Penal Internacional, ha cumplido con la obligación de establecer en la regulación interna los procedimientos de cooperación que a continuación se detallan.

3.2. Regulación de la cooperación con la Corte Penal Internacional en el Código Procesal Penal de 2004

3.2.1. Aspectos generales

3.2.1.1 Órgano competente

Como órgano central, la Fiscalía de la Nación es la encargada de desarrollar los procedimientos de cooperación con la Corte Penal Internacional, de recibir las solicitudes a través de la vía diplomática o directamente, y también de informar a la Corte de las normas de derecho interno y los requisitos necesarios para el debido cumplimiento de los actos de cooperación.

3.2.1.2. Ámbito de cooperación

El CPP establece que son actos de cooperación con la Corte Penal Internacional: la detención y entrega de personas, la detención provisional, los actos de cooperación previstos en el artículo 93 del Estatuto de la Corte, los actos de asistencia

¹⁰ Socorro Flores Liera, "México y la Corte Penal Internacional", en *Globalización y derechos humanos*, México, UNAM, 2003, pp. 70 y ss.

previstos en los literales *b-m* del artículo 511.º del Código, y lo relativo a la ejecución de penas impuestas a nacionales por la Corte.

3.2.1.3. Trámite inicial de las solicitudes de cooperación

Según lo dispuesto en el artículo 555.º, recibida la solicitud por la Fiscalía de la Nación, esta la cursará al juez de la investigación. La admisión del acto de cooperación corresponderá al fiscal provincial si se trata de la identificación y búsqueda de personas u objetos; la realización de exhumaciones y el examen de cadáveres y fosas comunes, y la identificación y determinación del paradero de bienes delictivos. También corresponderá al fiscal conducir las labores de protección a las víctimas y testigos, salvo que se requiera autorización jurisdiccional.

Las autoridades nacionales que intervienen en un acto de cooperación tienen la obligación de preservar el secreto de las actuaciones, de manera especial si las diligencias pudieran afectar la seguridad e integridad corporal o psicológica de los investigados, de las víctimas, de los posibles testigos, o de sus familiares.

3.2.2. *La detención y entrega de personas y la detención provisional*

La entrega opera en relación con toda nueva persona que se encuentre en territorio peruano, pudiendo tratarse de un nacional o un extranjero. El objetivo de esta facultad es lograr la presencia ante la Corte Penal Internacional de la persona sometida a su jurisdicción por uno de los crímenes sobre los cuales tiene competencia.¹¹

3.2.2.1. Trámite de la solicitud de detención y entrega

Recibida la solicitud de cooperación, que deberá contar con todos los documentos a los que hace referencia el artículo 91 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la Fiscalía de la Nación la remitirá, con conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema, al juez de la investigación preliminar, quien de inmediato expedirá mandato de detención, cuya legalidad se presume por estar regulado por el Estatuto de Roma.¹²

¹¹ Comisión Andina de Juristas (CAJ), *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Lima, 2001. p. 86.

¹² *Ibidem*, p. 109.

Producida la detención, el juez, con citación del fiscal provincial y dando cuenta del hecho a la Fiscalía de la Nación, tomará la declaración al detenido, informándole previamente de los motivos de la detención y los detalles de la solicitud de entrega, entregándole copia de esta; le hará saber el derecho que tiene a nombrar abogado defensor o de la designación de un abogado de oficio. El detenido podrá expresar lo que considere conveniente, o reservar su respuesta para la audiencia de entrega. Si el detenido no habla el castellano, se le nombrará un intérprete.

En un plazo no mayor de quince días, el juez citará a una audiencia pública, con citación del requerido, su defensor, el fiscal provincial, el representante de la Corte Penal Internacional y, de ser el caso, el representante de la embajada del país del detenido, quienes podrán presentar pruebas, cuestionar o apoyar las que aparezcan en el expediente de entrega, alegar la pertinencia o la impertinencia, formal o material, de la solicitud de entrega, o cuanto motivo a favor de sus pretensiones. Concluida la audiencia, el expediente se elevará inmediatamente a la Sala Penal de la Corte Suprema, que señalará fecha para la audiencia de entrega.

La Corte Suprema emitirá resolución consultiva en el plazo de cinco días; notificada la resolución y vencido el plazo de tres días, se remitirá inmediatamente al Ministerio de Justicia. La decisión sobre la entrega será mediante resolución suprema emitida por el Consejo de Ministros, que será puesta en conocimiento de la Fiscalía de la Nación y la Corte Penal Internacional por la vía diplomática.

Si la resolución consultiva de la Corte Suprema es denegatoria, así lo declarará el Poder Ejecutivo, y la Fiscalía de la Nación comunicará el hecho a la Interpol. En caso contrario, el Poder Ejecutivo podrá dictar la decisión que corresponda.

La Corte Penal Internacional deberá efectuar el traslado del detenido en el plazo de treinta días, contados a partir de la comunicación oficial. Cuando esta se viera imposibilitada de realizar el traslado oportunamente, la Fiscalía de la Nación podrá conceder un plazo adicional de diez días.

3.2.2.2. Trámite de la solicitud de detención provisional

A solicitud de la Corte Penal Internacional, el juez de la investigación preparatoria, cumplidos los requisitos que establece el artículo 92 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dictará mandato de detención provisional con fines de entrega.

Ejecutada la detención provisional, el juez de la investigación preparatoria oirá a la persona detenida en el plazo de veinticuatro horas y le designará abogado defensor de oficio, si aquel no designa uno de su confianza. La detención cesará si se comprobare que el detenido no es la persona reclamada.

El plazo para la entrega de la recepción de la solicitud de entrega y los documentos correspondientes es de sesenta días, si la Fiscalía de la Nación no los recibiera en ese plazo, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de ser detenido nuevamente, al ser recibidos la solicitud de entrega y los documentos correspondientes.

El detenido provisionalmente podrá consentir en su entrega antes de que transcurra el plazo de sesenta días. En este caso, el órgano jurisdiccional dará por concluido el procedimiento. La Sala Penal de la Corte Suprema, sin trámite alguno, dictará la resolución consultiva favorable a la extradición, remitiendo los actuados al Ministerio de Justicia.

3.2.2.3. Plazos de la detención

La detención, en ningún caso, podrá exceder de noventa días. Vencido el plazo sin haber resuelto la solicitud de cooperación, la autoridad judicial dispondrá la inmediata libertad del detenido, estando facultada a imponer medidas restrictivas o de control.

3.2.2.4. Libertad provisional

El detenido puede solicitar libertad provisional ante el órgano jurisdiccional que conoce la solicitud de entrega. Presentada la solicitud, la autoridad judicial dará cuenta a la Fiscalía de la Nación, la que se comunicará con la Corte Penal Internacional para que dé las recomendaciones necesarias, que serán tenidas en cuenta para resolver la solicitud.

La libertad provisional será concedida si se presentan circunstancias que la justifiquen y si existen garantías suficientes para la realización de la entrega. En este caso se dictará mandato de impedimento de salida del país y se retendrá el pasaporte del requerido, sin perjuicio de otras medidas de control.

3.2.2.5. Concurrencia de solicitud de entrega y demanda de extradición

Si hubiere concurrencia entre la solicitud de entrega y una demanda de extradición por la misma conducta, la autoridad competente, con conocimiento de la Fiscalía de la Nación, notificará el hecho a la Corte Penal Internacional y al Estado requirente, y realizará las consultas correspondientes a fin de llegar a una decisión concordante con el artículo 90 del Estatuto de Roma.

La demanda de extradición en trámite quedará pendiente hasta la decisión sobre la solicitud de entrega. La solicitud de entrega prevalecerá sobre la demanda de extradición, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

3.2.2.6. Principio de especialidad

El principio de especialidad consiste en que ninguna persona extraditada podrá ser detenida, procesada o penada en el Estado requirente por un delito cometido con anterioridad a la fecha de solicitud de su extradición y que sea distinto del propio delito por el cual se ha concedido la extradición.

Sin embargo este principio admite dos excepciones: la acción del Estado requirente, que solicita la dispensa del principio de especialidad; y la acción del extraditado que deja transcurrir el término de protección o reingresa voluntariamente al Estado después de salir.¹³

Al respecto, el artículo 101 del Estatuto de Roma indica que quien haya sido entregado a la Corte, en virtud de este artículo, no será procesado, castigado o detenido por una conducta anterior a su entrega, a menos que esta constituya la base del delito por el cual haya sido entregado. Sin embargo, la Corte podrá pedir al Estado que hizo la entrega que la dispense del cumplimiento de estos requisitos y, si fuere necesario, proporcionará información adicional de conformidad con el artículo 91. Los Estados partes tienen la facultad para otorgar esta dispensa a la Corte y procurarán hacerlo.

A tenor de ello, el artículo 558.º5 NCPP indica que, si la Corte Penal Internacional solicita al Perú la dispensa del numeral 1 del artículo 101 del Estatuto de

¹³ Al respecto, Alberto Huapaya Olivares, o. cit., p. 38.

Roma, previamente celebrará consultas con la Fiscalía de la Nación. La solicitud de dispensa será cursada directamente a la Sala Penal de la Corte Suprema.

3.2.2.7. Traslados de detenidos

El artículo 89.3 del Estatuto de Roma indica que el Estado parte autorizará de conformidad con su derecho procesal el tránsito por su territorio de una persona que otro Estado entregue a la Corte, salvo cuando el tránsito por ese Estado obstaculice o demore la entrega.

Esta figura es regulada en el NCPP como la extradición de tránsito y se refiere a la autorización del tránsito de un extraditado y sus guardas por el territorio nacional, que ya había sido prevista en la ley n.º 24710 y que es incluida en el NCPP, el que además indica que cuando el medio empleado es el aéreo la autorización solo será necesaria si se ha de hacer una escala en el territorio peruano. La denegación del tránsito podrá darse en el caso de entrega del extraditado hecha sin garantías de justicia.

3.2.3. *Ejecución de penas*

Según el Estatuto de Roma, los Estados partes que así lo deseen pueden manifestar su deseo de recibir a las personas condenadas y establecer condiciones para la ejecución de las penas.¹⁴ Así lo ha dispuesto el NCPP, al indicar que el Perú podrá manifestar a la Corte Penal Internacional su disposición para recibir condenados de nacionalidad peruana. Esta decisión requiere un informe favorable de la Fiscalía de la Nación y resolución suprema del Sector Justicia y la aprobación del Consejo de Ministros, previas consultas con la Corte Penal Internacional para determinar el ámbito de la ejecución de las penas y la aplicación del régimen jurídico, así como la supervisión que compete a la Corte.

Si la pena es privativa de libertad, la Fiscalía de la Nación, en coordinación con el Ministerio de Justicia, comunicará a la Corte Penal Internacional el establecimiento penal de cumplimiento de la pena. La ejecución de la pena privativa de libertad dependerá del acuerdo expreso a que llegue el Estado peruano con la Corte Penal Internacional.

¹⁴ Defensoría del Pueblo, o. cit, pp. 30 y ss.

La pena no puede ser modificada por la jurisdicción peruana. Todo pedido de revisión, unificación de penas, beneficios penitenciarios, traslado para la detención en otro país y otros incidentes de ejecución, así como los recursos, son de competencia exclusiva de la Corte Penal Internacional. El interno podrá dirigir los pedidos a la Fiscalía de la Nación, órgano que los trasladará inmediatamente a la Corte Penal Internacional.

Las autoridades nacionales permitirán la libre y confidencial comunicación del sentenciado con la Corte Penal Internacional.

Las penas de multa y el decomiso de bienes impuestos por la Corte Penal Internacional podrán ser ejecutados por la jurisdicción nacional.

3.2.4. *Evasión del condenado*

En caso de evasión del condenado, se dará cuenta a la Corte Penal Internacional a través de la Fiscalía de la Nación, que iniciará consultas para proceder con arreglo al artículo 111 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

3.2.5. *Otras formas de cooperación*

Además de la detención y entrega de personas, la detención provisional y lo relativo a la ejecución de penas impuestas a nacionales por la Corte, el NCPP reconoce como actos de cooperación con la Corte Penal Internacional los previstos en el artículo 93 del Estatuto de Roma y los indicados en los literales *b-m* del artículo 511: del Código, a saber: notificación de resoluciones y sentencias, así como de testigos y peritos a fin de que presenten testimonio; recepción de testimonios y declaraciones de personas; exhibición y remisión de documentos judiciales o copia de ellos; remisión de documentos e informes; realización de indagaciones o de inspecciones; examen de objetos y lugares; práctica de bloqueos de cuentas, embargos, incautaciones o secuestro de bienes delictivos, inmovilización de activos, registros domiciliarios, allanamientos, control de comunicaciones, identificación o ubicación del producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito, y de las demás medidas limitativas de derechos; facilitar información y elementos de prueba; traslado temporal de detenidos sujetos a un proceso penal o de condenados, cuando su comparecencia como testigo sea

necesaria, así como de personas que se encuentran en libertad; traslado de condenados; diligencias en el exterior; y entrega vigilada de bienes delictivos.

3.2.5.1. Trámite de las solicitudes

Para la realización de estos actos de cooperación se deberá estar a lo estipulado por los artículos 532.º a 537.º del decreto ley n.º 957. El trámite se realiza de la siguiente forma: la Fiscalía de la Nación cursa las solicitudes de asistencia al juez de la investigación preparatoria del lugar donde deba realizarse la diligencia, quien en el plazo de dos días decidirá acerca de su procedencia. Contra la resolución del juez de la investigación preparatoria procede recurso de apelación sin efecto suspensivo. La Sala Penal Superior correrá traslado de lo actuado al fiscal superior y a los interesados debidamente apersonados por el plazo común de tres días, y resolverá, previa vista de la causa, en el plazo de cinco días. En el trámite de ejecución del acto de asistencia judicial intervendrá el Ministerio Público y se citará a la embajada del país solicitante para que se haga representar por un abogado. También se aceptará la intervención de los abogados de quienes resulten ser partes en el proceso del que derive la carta rogatoria. Sin perjuicio de lo anterior, en todo lo referente a las condiciones y formas de realización del acto de asistencia, rige la legislación nacional. Corresponde actuar la diligencia de asistencia judicial al propio juez de la investigación preparatoria. Luego de ejecutarla, elevará las actuaciones a la Fiscalía de la Nación para su remisión a la autoridad requirente por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

3.2.6. *Consentimiento del detenido para su traslado*

Cuando se deba efectuar el traslado provisional de un detenido para su identificación o para que preste testimonio o asistencia de otra índole, se requerirá que el detenido preste su libre consentimiento, con el concurso de un abogado defensor, y que se asegure al trasladado no ser detenido o enjuiciado con base en la declaración que preste, salvo el caso de desacato o falso testimonio.

3.2.7. *Concurrencia de solicitudes de asistencia*

Si existiera concurrencia entre solicitudes de asistencia judicial con otro país, la autoridad judicial inmediatamente dará cuenta a la Fiscalía de la Nación

a fin que establezca consultas con la Corte Penal Internacional y con el Estado requirente. El trámite se reanuda al término de esas consultas. Se tendrá en consideración lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 93 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

3.2.8. *Dificultades en la ejecución del acto de cooperación*

Si la información fuese insuficiente para la ejecución de la solicitud, o fuere imposible ubicar a la persona buscada, o la ejecución de la solicitud, conforme a sus propios términos, estuviere en aparente conflicto con una obligación asumida por el Perú con otro Estado, por medio de un tratado, se comunicará a la Fiscalía de la Nación a fin de que inicie consultas con la Corte Penal Internacional.

3.2.9. *Interferencia con investigaciones*

En caso de que la ejecución de una solicitud de asistencia interfiera una investigación o enjuiciamiento en curso de un hecho distinto del que es materia de la solicitud de la Corte Penal Internacional, podrá aplazarse la ejecución por el tiempo que se acuerde con la Corte Penal Internacional.

En todo caso, la autoridad judicial, luego de declarar la presencia de una interferencia, dará cuenta a la Fiscalía de la Nación, a fin de que inicie consultas con la Corte para determinar, alternativamente, el plazo del aplazamiento, la ejecución de la solicitud bajo ciertas condiciones o, en su caso, para acordar medidas de protección de pruebas o de testigos, durante el lapso del aplazamiento.

3.2.10. *Consultas con la Corte Penal Internacional*

En el NCPP se indica que la autoridad central realizará consultas a la Corte Penal Internacional en los siguientes supuestos:

1. *Colisión con normas de orden público y principio fundamental de derecho*

La Fiscalía de la Nación realizará las consultas indispensables con la Corte Penal Internacional cuando el órgano que deba decidir la admisión y desarrollo de la ejecución del acto de cooperación le exprese reservadamente los motivos de una probable

colisión de la cooperación con una norma de orden público y un principio fundamental del derecho.

Al término de las consultas, la Fiscalía de la Nación se pronunciará, pudiendo fijar en coordinación con la Corte Penal Internacional el ámbito posible de la cooperación, aclarar los puntos de cuestionamiento de la decisión fiscal o judicial; o dictar cualquier otra recomendación que considere conveniente. Con esa respuesta, el fiscal encargado o el juez competente decidirá lo que considere arreglado a derecho.

2. *Seguridad nacional y secretos de Estado*

También se efectuarán consultas si la cooperación consiste en la presentación de documentos, informaciones o divulgación de pruebas que puedan poner en riesgo la seguridad nacional o se trate de secretos de Estado. En este caso, la Fiscalía de la Nación coordinará con los ministerios u órganos del Estado involucrados e iniciará las consultas con la Corte Penal Internacional.

Si la autoridad judicial acuerda que es imposible cumplir el acto de cooperación solicitado, comunicará su resolución a la Fiscalía de la Nación y esta a la Corte Penal Internacional.

3. *Alegación de cosa juzgada*

Si el detenido contestara la solicitud de entrega, alegando la ocurrencia de cosa juzgada, sin perjuicio de la continuación del trámite, el juez de la investigación preparatoria formará cuaderno con copia certificada de lo actuado y lo elevará a la Fiscalía de la Nación, la cual inmediatamente consultará a la Corte Penal Internacional para que informe si hubo decisión de admisibilidad de la causa.

El expediente principal, en el estado en que se encuentre, quedará suspendido hasta la respuesta de la Corte. En este caso, si la causa fue admitida, la autoridad judicial dará curso al pedido de detención y entrega; y si la decisión sobre la admisibilidad estuviese pendiente, la autoridad judicial podrá determinar la suspensión del procedimiento de entrega, a la espera de la decisión de la Corte Penal Internacional.

4. *Concurrencia entre la solicitud de entrega y una demanda de extradición*

Si hubiere concurrencia entre la solicitud de entrega y una demanda de extradición, la autoridad competente, con conocimiento de la Fiscalía de la Nación, notificará el hecho a la Corte Penal Internacional y al Estado requirente. La Fiscalía de

la Nación establecerá las consultas correspondientes para una decisión en armonía con el artículo 90 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. También se realizan consultas cuando existe concurrencia de solicitudes de asistencia judicial.

5. *Dificultades en la ejecución del acto de cooperación*

Si existiesen dificultades en la ejecución del acto de cooperación, la autoridad judicial lo comunicará a la Fiscalía de la Nación a fin de que inicie consultas con la Corte Penal Internacional.

6. *Interferencia con investigaciones*

La autoridad judicial, luego de declarar la presencia de una interferencia, dará cuenta a la Fiscalía de la Nación, a fin de que inicie consultas con la Corte para determinar, alternativamente, el plazo del aplazamiento, la ejecución de la solicitud bajo ciertas condiciones o, en su caso, para acordar medidas de protección de pruebas o de testigos, durante el lapso del aplazamiento.

3.2.11. Actuación de funcionarios de la CPI en territorio nacional

El fiscal de la Corte Penal Internacional podrá realizar en territorio nacional las diligencias de investigación que considere convenientes y se encuentren autorizadas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Para tal fin cursará la solicitud de cooperación a la Fiscalía de la Nación, la misma que, previas coordinaciones, la derivará al juez de la investigación preparatoria del lugar donde debe realizarse la diligencia, la cual previo traslado al Fiscal y a los interesados debidamente personados, decidirá luego de la vista de la causa en el plazo de cinco días. La decisión es recurrible con efecto suspensivo ante la Sala Penal Superior.

Si se acepta la solicitud de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, en tanto se cumplan los presupuestos y las condiciones establecidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, su ejecución está condicionada a que no se afecten derechos y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico peruano. En caso afirmativo, prestará a la autoridad extranjera el auxilio que requiere para el cumplimiento de dichas diligencias. El Ministerio Público será citado y participará activamente en el procedimiento de ejecución.

4 • Protección penal de la administración de justicia de la Corte

El cometido de la protección penal del artículo 70 del Estatuto de Roma se circunscribe a la función jurisdiccional internacional y nacional, esta última en tanto cooperación con la primera. Además de haberse precisado los tipos penales sancionables con exclusiva potestad de la Corte, en el numeral 4.a del artículo 70 se establece que los Estados miembros harán extensiva la punición de estos en las leyes nacionales. Asimismo, es de entender que los tipos penales contemplan un ámbito de actuación comisiva durante el procedimiento de investigación o enjuiciamiento de las actuaciones jurisdiccionales de la Corte Penal Internacional, bien se trate de actuaciones propias de la Corte o cuando esta requiera la intervención de las actuaciones jurisdiccionales nacionales. De este modo se concreta como objeto tutela penal la función jurisdiccional nacional orientada a la cooperación penal internacional.¹⁵

4.1. Bien jurídico protegido

En la doctrina como en la jurisprudencia, se define el objeto jurídico de protección manteniendo una visión nacionalista de la administración de justicia. La interpretación de las normas penales se amolda restrictivamente a brindar la tutela a una de las funciones esenciales del Estado peruano, en pos de lograr con ello la buena marcha de la administración en general. La conjunción de tipos penales desde ya ha obedecido a pretender reforzar penalmente la protección de los tres polos de la función del Estado, dándose un tratamiento especial a la administración de justicia, y desde esa óptica se describen sus rasgos esenciales. En un Estado social y democrático de derecho, a la administración de justicia se le describe por su independencia, responsabilidad y sometimiento exclusivo a la ley.¹⁶

La tutela penal pretende ello, y lo desenvuelve sin distingo en las diferentes facetas jurisdiccionales que opera hasta en tres momentos:¹⁷ *primera*, etapa previa del

¹⁵ Cf. María del Carmen García Cantizano, "La tipificación de los delitos contra la administración de justicia en el Estatuto de Roma", en *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2001, p. 200.

¹⁶ Ramón Ferrer Baquero, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 40.

¹⁷ *Ibidem*, p. 41

proceso, en la que se tendría mayor consideración al acceso a la tutela jurisdiccional; *segunda*, etapa procesal, dándose mayor preponderancia el desarrollo objetivo, imparcial y justo del proceso y el pronunciamiento final; *tercera*, etapa ejecutiva del proceso, en donde la ejecución respondería a lo preceptuado por el ordenamiento jurídico. En cada etapa se incide en los mismos fines de protección penal. Asimismo se podría señalar sobre los objetivos y materias que se traten en los diferentes procesos (civiles, laborales, penales, etcétera), siempre en la búsqueda de la recta administración de justicia nacional. Siendo así, cabe estimar si se debe alegar similitud de tratamiento punitivo ante diferentes entes de administración de justicia.

La fuerte impresión de una administración de justicia internacional comienza a ventilarse con mayor importancia —a propósito de la formación de la Corte Penal Internacional—, cuando los fines de la administración encuentran importancia en varios Estados confluyentes de organismos internacionales, principales interesados en su normal ejercicio. En la legislación peruana se carece de planes políticos criminales en atención a la administración de justicia internacional. Los objetivos que se establecen en el artículo 70, hasta el momento, no encuentran acogida legislativa. Sin embargo, se advierte la importancia que guarda el presente bien jurídico, por lo que de *lege ferenda* la función jurisdiccional internacional habrá de encontrar acogida legislativa, sea en vía de reformulación de figuras penales básicas o mediante leyes especiales.

Por el momento podría señalarse que los actos de colaboración con la Corte se encuentran circunscritos como funciones jurisdiccionales nacionales. Esto siempre que se identifique normativamente como funciones públicas, aunque se hallen comprometidos más con la administración de justicia internacional.

Lo que al final se tiene que entender es que durante los actos de cooperación pueden intervenir tanto funcionarios nacionales como de la Corte, por lo que los actos que se ejerciten en actuación de dichas funciones requieren exclusiva protección penal por cada Estado miembro. La Corte asume exclusiva competencia de los delitos cometidos durante el proceso que dirige, no obstante se establece que los Estados miembros deben prever tipos penales similares a los mencionados en el artículo 70 del Estatuto de Roma que sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales. Con respecto a la primera situación cabe entender a primera vista que se hace alusión a brindar tutela penal a los actos de cooperación con la Corte ejercidos por funcionarios nacionales (entrega, detención provisional) en territorio nacional. En la

segunda situación, la tutela penal debe abarcar a los mismos actos jurisdiccionales de los de la Corte, con la condición de que el agente delictivo sea un nacional.¹⁸

4.2. Funcionario público de la Corte

La intervención de un funcionario público de la Corte en la comisión delictiva genera cierta incertidumbre para ser acogido con el mismo tratamiento punitivo como el que tendría un funcionario nacional. En el entendido a quienes se les asigna dicha condición se enmarcan los magistrados de la Presidencia, las Salas, Fiscalía y la Secretaría que hace referencia el artículo 34 del Estatuto de Roma. Los dieciocho magistrados que conforman la Corte deben guardar las condiciones que estipula el artículo 36 ER.

El Código Penal peruano prevé una definición propia de funcionario público en el artículo 425: bajo un catálogo. Así:

Se consideran funcionarios o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. [Numeral modificado por el artículo 1 de la ley n.º 26713, publicado el 27.12.1996] 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Sin embargo, se advierte de su último numeral una cláusula abierta que salvaguarda la interpretación para definir también como funcionario público a todo aquel que conlleve la misma condición de conformidad con la Constitución y la ley. Bajo este entendido normativo puede ampliarse la definición de funcionario público a la de la Corte.¹⁹ La implementación consistiría en un agregado legislativo a la definición del artículo 425.º, situación actual que no se concreta todavía.

¹⁸ Una particular forma de situación aplicable al principio de personalidad activa de la ley penal peruana que es ajena a los requerimientos del artículo 2.4 del Código Penal, lo que implicaría adiccionarla en esa fórmula.

¹⁹ Al respecto, María del Carmen García Cantizano expresa que “indudablemente, esta última cláusula facilitaría la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del texto del Estatuto, en la medida en que, a los efectos de calificar como funcionarios públicos al personal de la Corte, bastaría con que en la ley de aprobación del Estatuto emitida por el Congreso de la República

4.3. Delitos contra la administración de justicia del artículo 70 del Estatuto de Roma

La regla contenida en el artículo 70 genera al Estado miembro la obligación de adaptación legislativa de las conductas delictivas que prevé. Por ello, del examen típico la tarea primordial se perfila en la incorporación a nuestra legislación de aquellas conductas que en principio no se encuentran previstas como tales y a reexaminar las ya tipificadas para con ello poder dar más cabida a los modelos señalados en el artículo 70.²⁰

De los delitos contra la administración de justicia que se describen típicamente en el Estatuto de Roma se aprecia que el texto del artículo 70.1 centraliza la prevención penal hacia actividad probatoria y el desempeño de los sujetos procesales en los procesos que se generan en la Corte. En ese sentido, consideramos acertado clasificarlos sobre la base de estos dos intereses. Así, entre los delitos que atentan el normal desarrollo de la actividad probatoria encontramos los siguientes: falso testimonio (literal *a*), presentación de pruebas falsas (literal *b*), atentado y corrupción contra los testigos (literal *c*), violencia contra las pruebas (literal *c*), e interferencia en las diligencias probatorias (literal *c*). Con respecto a los delitos que afectan el normal ejercicio de los funcionarios de la Corte se aprecian: atentado contra los funcionarios de la Corte (literales *d* y *e*), corrupción activa (literal *d*), corrupción pasiva (literal *f*). Estas figuras delictivas tienen que ser interpretadas bajo los alcances fijados en el numeral 4.a que se cometan en territorio nacional o por uno de sus nacionales. Como hemos señalado, la comisión en territorio peruano contra la administración de la justicia de la Corte tendría referencia directa con los actos de colaboración del Estado peruano ejercido por funcionarios nacionales, lo que delimitaría los alcances solo en los delitos contra el normal desarrollo de la actividad probatoria, mientras que en las circunstancias de la comisión delictiva por un peruano no habría dudas en abarcar los delitos que atentan la actividad probatoria y el normal ejercicio de los funcionarios de la Corte.

expresamente se le reconociera tal condición; de esta forma, el personal de la Corte pasaría a tener la condición de funcionario público también en el ámbito interno de nuestra legislación, lo que permitiría así aplicar sin mayores problemas de interpretación las disposiciones penales en materia de delitos de función y, obviamente, las relativas a la Corte Penal Internacional", o. cit., p. 207.

²⁰ *Ibidem*, p. 201.

4.3.1. *Delitos contra la actividad probatoria procesal*

El interés del Estatuto en relación con la normal actividad probatoria reside en el papel constructor del estatus de los procesados. La Corte, a través de la actividad probatoria, logra determinar la culpabilidad de los infractores.

El fallo de la Corte no podrá estar fundamentado más que en una actividad probatoria cierta e indubitada que demuestra la participación del sujeto en los crímenes de los que se le acusa; en caso contrario, siempre tendría primacía el derecho a la presunción de inocencia.²¹

Así, la tutela penal que se pretende brindar habrá de abarcar todo el proceso de formación de la prueba, desde los actos iniciales de investigación fiscal y jurisdiccional hasta el momento de la constitución de la prueba en Sala. Con ello, las investigaciones obtenidas por actos de cooperación de los Estados miembros ingresarían en el ámbito de protección penal.

Entre las diferentes conductas que acoge el numeral 1 del artículo 70 se puede inferir que la finalidad es evitar la interferencia en la formación de la prueba, sea atentando contra su regular obtención (v. gr. falso testimonio, presentación de pruebas falsas, corrupción y violencia contra testigos), durante su formación (v. gr. interferencia en las diligencias de pruebas) o dirigiéndose contra ellas ya con calidad probatoria (v. gr. atentado contra pruebas).

4.3.1.1. Falso testimonio

Al respecto, el modelo típico del Estatuto plantea la conducta de “dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir la verdad”, teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 69.1, en donde se adiciona como presupuesto típico previo el compromiso del testigo a decir la verdad en su testimonio. Esta conducta se encuentra acogida en nuestro Código Penal en el artículo 409: que sanciona al testigo que en un procedimiento judicial hace falsa declaración sobre los hechos de la causa. Además acoge las conductas de auxiliares jurisdiccionales como el perito, traductor o intérprete que emite dictamen, traducción o interpretación falsos y que también atentaría

²¹ *Ibidem*, p. 202.

con el desarrollo probatorio, por lo que resulta más abarcativa de supuestos que la fórmula del Estatuto.

Sobre los elementos típicos no cabe observación profunda alguna, al denotar claramente cierta similitud en ambos. Sin embargo, es preciso tener en cuenta la mención expresa del artículo 70.1.a del Estatuto, del requisito previo del compromiso del testigo a decir la verdad. Esto, si bien no aparece de la lectura del texto penal nacional, es interpretable con la expresión *procedimiento judicial* (elemento normativo), por lo que se tendrá que atender la obligación de decir con la verdad previa juramentación para ello, conforme los preceptos procesales. Entiéndase que la obligación procesal principal del testigo es la de decir la verdad en todo lo que sea preguntado, por ello el juramento al deponente previo a su declaración es una forma solemne de la declaración que brinde.²² Quizá una adecuación de *lege ferenda* implique hacer mención expresa de ese requisito, aunque al final de cuentas sirva tan solo para complementar pequeños detalles en la tipificación.

La inclusión de la obtención de testimonios por actos de cooperación con la Corte se adecua en el elemento normativo “procedimiento judicial” del artículo 409, al entenderse a este procedimiento especial parte de la actividad jurisdiccional nacional. Los testimonios acogidos en los procesos propios de la Corte requerirán de una referencia adicional expresa en el presente tipo penal.

Además de la conducta de dar falso testimonio, el Código Penal peruano presenta otras conductas previas a la declaración testimonial, es decir, la concurrencia y prestación de la declaración testimonial. Pues se requiere también acoger típicamente modalidades de abstención de comparecer cuando ha sido notificado debidamente y de negarse a prestar la declaración (artículo 371.º). Así, se establece un sistema tutelar completo en el proceso de obtención de testimonio, carente en el artículo 70.1.a del Estatuto.

4.3.1.2. Presentación de pruebas falsas

En este caso, el modelo típico del artículo 70.1.b del Estatuto define la conducta como “presentar pruebas sabidas de que son falsas o han sido falsificadas”. Se entiende que con las pruebas la Corte logra determinar la veracidad de los hechos, de

²² Jorge B. Álvarez Hugo, *Delitos contra la administración de justicia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, pp. 144-145.

allí la razón de ser del presente tipo penal. Por ello, el Estatuto señala su inadmisibilidad en el proceso (artículo 69.7). El Código Penal peruano, si bien no acoge semejante fórmula, no obstante puede adecuarse por medio de dos supuestos delictivos: la simulación de pruebas (artículo 402) y aporte de prueba falsa del legalmente requerido artículo 412.^o,²³ aunque no cabría mal plantear una fórmula general que abarque ambas modalidades.

La fórmula del Estatuto abarca todos los casos de ingreso de pruebas falsas en procesos, sea cual fuera la forma en que se logre su admisión, y si el que lo presenta tiene o no el requerimiento legal para ello. No hace diferencia ni exclusiones punitivas cuando la previa formación falsa de la prueba deviene del mismo agente que las hace ingresar o de un tercero. En lo que sí da precisión es en el reforzamiento típico de los conocimientos mínimos con respecto a la calidad de medios probatorios que presenta en el proceso, lo que permitiría imputar subjetivamente a título de dolo directo.

En este sentido, la modalidad peruana de *simulación de pruebas* es asimilable a la fórmula del Estatuto, aunque delimitada por una actuación fraudulenta en la creación probatoria: se hace creer una prueba fingiendo o imitando lo que no se ajusta conforme a la realidad de los hechos.²⁴ El verbo rector *simular*, del texto nacional, es más restringido en relación con el del Estatuto (*presentar*), por lo que el último es recomendable. La idoneidad de las pruebas simuladas se comprueba cuando sirven de motivo para que se aperture un proceso penal. Es un requisito típico que delimita los alcances del tipo penal nacional a los inicios de los procesos penales, lo que no sucede con el texto del Estatuto, que permite sancionar toda presentación probatoria en cualquier momento del proceso. Por otro lado, cualquier sujeto puede simular pruebas en un proceso, sin necesidad de estar requerido legalmente para ello. Si bien no se hace mención expresa de los conocimientos de la situación probatoria, de *lege ferenda* no sería en vano retenerse a su alusión textual.

La otra modalidad *aporte de prueba falsa por quien está requerido legalmente* encuentra su delimitación en atención a la imputación en un sujeto cualificado (delito de infracción de deber propio) donde el deber especial vendría precisamente a residir en el requerimiento legal extendido personalmente por el magistrado para que

²³ María del Carmen García Cantizano, o. cit., p. 209.

²⁴ Jorge B. Álvarez Hugo, o. cit., p. 26.

concurra al juzgado y extienda medios probatorios correspondientes a la causa en concreto que se tramita, sin ser por ello parte del proceso.²⁵ Con esta figura se cierran las formas de pruebas falsas, constituyéndose en un tipo penal residual.²⁶ Sobre la precisión de los conocimientos mínimos para la imputación subjetiva, cabe alegar lo señalado en la modalidad anterior.

4.3.1.3. Atentado y corrupción contra los testigos

El Estatuto presenta la fórmula de “corromper a un testigo, obstruir su comparencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración” (artículo 70.1.c). Se apunta la tutela penal en tres momentos sucesivos desde la concurrencia, la declaración testimonial y con posterioridad a ella. Así, da prioridad a la obtención regular de los testimonios y, accesoriamente, a adoptar medidas adecuadas para la protección de la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de los testigos a que hace referencia el artículo 68.1 del Estatuto. Las formas de las que se valdría el agente serían violentas como corruptivas.

Nuestro Código Penal solo contiene conductas de abstención de comparencia y declaración testimonial por el mismo testigo (artículo 371). No existe una figura específica de obstrucción a las declaraciones testimoniales provenientes de terceros. En ese sentido, se carece de tutela penal de la administración de justicia en atención a las testimoniales. A lo mucho se podría plantear la imputación del delito de coacciones (artículo 151 CP) de los testigos, apoyando con ello los fines del artículo 68.1 del Estatuto (aunque es más permisible plantear una fórmula agravada en atención a la calidad especial del testigo en relación con el proceso que se genera en la Corte), no obstante persiste el vacío de protección penal a la administración de justicia. Por ende, se requiere adecuar la conducta de los particulares que bajo las modalidades de corrupción o violencia pretendan atentar la actividad probatoria en relación con las declaraciones testimoniales.

²⁵ Véase Manuel Frisancho Aparicio, *Delitos contra la administración de justicia*, Lima, Jurista Editores, 2000, p. 124.

²⁶ Cf. María del Carmen García Cantizano, o. cit., p. 209.

4.3.1.4. Atentado contra las pruebas

Ahora, sobre la conducta de “destruir o alterar pruebas” que acoge el artículo 70.1.c del Estatuto, nuestro Código Penal contiene una conducta genérica de similar fórmula pero generalizada a favor de toda la administración pública (artículo 372.º: “el que [...] objetos, registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso [...]”) sea cual fuere la finalidad que impulsa al agente, aunque si esta fuere de ocultamiento de pruebas se adecuaría típicamente el encubrimiento real (artículo 405.º).

El Estatuto presenta dos modalidades diferenciadas por la intensidad del desvalor de resultado: o la destrucción de la prueba, inutilizándolo para sus fines procesales, o alterándolo sin que llegue a afectar en todo su idoneidad. Sin problemas, el tipo penal del artículo 372.º admite también esas conductas (aunque son de advertir otras formas conductuales como la sustracción, ocultamiento que no precisa el Estatuto, siendo la fórmula nacional más extensiva), por lo que no existen problemas de adecuación legislativa; empero estaría pendiente hacer mención adicional del tipo de procesos en los que las pruebas están destinadas a servir como tales.

4.3.1.5. Interferencia en las diligencias de pruebas

En realidad, si se interpretase una de las conductas que contiene el artículo 70.1.c, “interferir en las diligencias de prueba”, como aquella desarrollada en todo acto de formación de la prueba a primera vista, sería amplia y por decirlo así residual con respecto a las demás conductas, pero de ser demarcada solo a los actos de formación probatoria durante el juicio mismo ante la Corte, permitiría alegar una adecuación a nuestra legislación al no encontrar casos tutelados de situaciones procedimentales de organismos internacionales.

4.3.2. *Delitos contra el normal ejercicio de los funcionarios de la Corte*

El objetivo recae en realidad en el normal ejercicio de la función jurisdiccional por los funcionarios de la Corte, por lo que se busca evitar cualquier intervención ajena que perturbe el ejercicio funcional, que, al fin de cuentas, es el interés

preponderante en este grupo de delitos, aunque se concrete en la libre decisión del personal de la Corte. Los diferentes papeles encomendados a los funcionarios de la Corte cobran la misma importancia en el desarrollo de los fines del proceso; por ello, de las conductas delictivas que mencionaremos a continuación se denota que el artículo 70.1 se ha remitido a una mención genérica, debiendo percatarse que se refiere a los dieciocho magistrados derivados en la Presidencia, área de investigaciones preliminares, primera instancia y apelación, fiscalía, entre otros. Por ende, lo importante es el hecho de que tales conductas afectan al ejercicio del cargo ejercicio por el funcionario, de tal forma que, para que pueda admitirse la comisión de cualquiera de estos delitos, lo primero que habrá que tenerse presente es si el funcionario de la Corte estaba o no actuando sobre la base de esta condición, dado que el simple hecho de ser funcionario no califica automáticamente estas conductas bajo la denominación de delitos contra la administración de justicia del artículo 70 del Estatuto”.²⁷

Las variadas formas delictivas que formula el artículo 70.1 pueden ser agrupadas en atención a la manera de violenta de la intervención del *extranei* (v. gr. atentado contra funcionario de la Corte) o disuasiva (inducción al incumplimiento de funciones; corrupción activa), o de la comisión propia del funcionario de la Corte (v. gr. corrupción pasiva).

4.3.2.1. Atentado contra funcionario de la Corte

Las modalidades acogidas en los incisos *d* y *e* del artículo 70.1 se acoplan a momentos *ex ante* (“poner trabas [...] o intimidar a un funcionario de la Corte a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida”) como *ex post* (“tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario”) del ejercicio de la función jurisdiccional de la Corte. Lo que se pretende tutelar es la libre determinación de los funcionarios en el ejercicio jurisdiccional, que podría verse afectada por actos coercitivos ajenos.

El Código Penal peruano en el artículo acoge modalidades *ex ante* de atentado contra funcionarios, sin distingo de que devengan de dependencia ejecutiva, legislativa o jurisdiccional. El texto penal del artículo 365.º presenta las conductas de

²⁷ *Ibidem*, p. 205.

impedir, estorbar el ejercicio funcional u obligar la práctica de estas, atentados *ex ante*, precisando los medios típicos de violencia y amenaza (delito de medios determinados). Las mencionadas figuras delictivas de la Corte de poner trabas o intimidar tienen acogida típica, sin embargo no existe previsión de comisiones *ex post* que ejerzan violencia contra funcionarios por los actos que hayan ejercido en atribución de sus funciones —como suele identificarse en otras legislaciones penales como la española, con la expresión “con ocasión de ellas” [ejercicio de la función pública]—, quedando tan solo la previsión genérica del delito de coacciones (artículo 151.º CP), aunque la protección penal reside solo en intereses personales fundamentales y no en la misma administración de justicia. Por ello, una reformulación del tipo penal peruano de atentado contra funcionarios requeriría abarcar conductas coercitivas *ex post* del ejercicio funcional. Además, es recomendable que se tenga en cuenta la calidad de funcionario de la Corte como agravante en las circunstancias previstas en el artículo 367.º del Código Penal peruano.

4.3.2.2. Inducción al incumplimiento de las funciones de la Corte

No obstante tener una fórmula genérica de inducción a la comisión de un crimen de competencia de la Corte (artículo 25.3.*b*), se insiste en una fórmula específica de esta, configurándola como una figura típica autónoma con la expresión “inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida” (artículo 70.1.*d*). El incumplimiento de funciones de la Corte no tiene acogida típica propia, sin embargo no sucede lo mismo con su inducción como forma de participación. En ese sentido, el Código Penal carece de una figura típica autónoma de inducción al incumplimiento de funciones jurisdiccionales; a lo mucho se rescata el incumplimiento de funciones de mención genérica a toda función pública.

4.3.2.3. Corrupción de funcionarios de la Corte

Las dos variantes en descripción típica de corrupción se advierten en los textos correspondientes en los incisos *d* y *f* del artículo 70.1, es decir “corromper a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida” (corrupción activa) y “solicitar o aceptar un soborno

en calidad de funcionario de la Corte y en relación sus funciones oficiales” (corrupción pasiva). Estas modalidades encuentran similitud de estructura típica de los tipos penales peruanos. Así, entendemos la corrupción pasiva como la comisión de un funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, sea para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltando a sus deberes (propia, artículo 393.º), o para practicar un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación (impropia, artículo 394.º). Concebimos la corrupción activa como la comisión de cualquier persona que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones (artículo 399.º). Como se aprecia, no cabe realizar la adaptación de los modelos del Estatuto en la tipificación de los tipos penales peruanos, quedando tan solo pendiente la ampliación del concepto de funcionario público a la de la Corte.

4.4. Sistema punitivo

En cuanto a la pena aplicable conforme a cada delito, el Estatuto plantea pena de reclusión cuyo límite superior del marco punitivo no supera los cinco años, asimismo adiciona facultativamente la imposición de la pena de multa, dejando las precisiones que se requiere en las Reglas de Procedimiento y Prueba. En comparación con el *quantum* punitivo, el sistema nacional supera al del Estatuto. Sin embargo, no cabe entender exigencia de adecuación punitiva en lo mencionado del artículo 70.4.a, solo “abarca, en realidad, a la forma y contenido de las conductas a sancionar, pero nunca puede ello implicar una obligación respecto del grado de castigo de las mismas; el *ius puniendi* sigue incólume”.²⁸ El Estado peruano, independientemente, puede formular los marcos punitivos a los delitos sin estar vinculado a asimilar legislativamente a los del Estatuto.

²⁸ Idídem, pp. 213.

5. Conclusiones

1. Los mecanismos de cooperación judicial internacional en el Perú tradicionalmente se han remitido a los procedimientos de extradición, tramitación de cartas rogatorias y exhortos internacionales. Con el paso del tiempo, los actos de cooperación se han ido ampliando y diversificando.

2. Después de algunos intentos de reforma, mediante el decreto supremo n.º 005-2003-JUS, de 14.03.2003, se creó la Comisión de Alto Nivel para la implementación de un nuevo Código Procesal Penal. Este nuevo Código, aprobado mediante decreto legislativo n.º 957, publicado el 29.07.2004, ha sistematizado en el libro séptimo los mecanismos de cooperación judicial internacional, que hasta entonces se encontraban dispersos, y ha incluido en la sección VII, del mismo libro, los actos de cooperación con la Corte Penal Internacional, al haber sido ratificado el Estatuto de Roma por nuestro país en octubre de 2001.

3. El libro séptimo del NCPP está dividido en siete secciones, a saber: sección I: “Preceptos generales”, sección II: “La extradición”, sección III: “La asistencia judicial internacional”, sección IV: “Las diligencias en el exterior”, sección V: “El cumplimiento de las condenas”, sección VI: “La entrega vigilada”, y sección VII: “Cooperación con la Corte Penal Internacional”.

4. Según la primera disposición final del NCPP, el día 1.º de febrero de 2006 entró en vigencia en todo el país el libro séptimo “La cooperación judicial internacional”.

5. Actualmente, los actos de cooperación judicial se regulan por los tratados y convenciones multilaterales o bilaterales que el Perú ha ratificado²⁹ y por el principio de reciprocidad; y de manera interna, en materia penal, por el libro séptimo del nuevo Código Procesal.

²⁹ Además de tratados genéricos de extradición y tratados referidos a delitos específicos, en nuestro país en la actualidad están vigentes los convenios de extradición celebrados con los gobiernos de Francia, Bélgica, Estados Unidos de América, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Canadá, Brasil, Chile, Bahamas, España, Italia, Paraguay, Colombia (al amparo del Convenio Bolivariano sobre Extradición, de 1911) y México, los cuales fueron detallados en el apartado correspondiente.

6. Dentro de los actos de cooperación que contempla la sección VII del libro séptimo del NCPP se encuentra la tradicional figura de la extradición, que según lo dispuesto por este cuerpo legal se regula por los tratados sobre la materia que el Perú ha ratificado y en su ausencia por el principio de reciprocidad.

7. Las disposiciones que se encuentran en el NCPP difieren de lo preceptuado en la ley n.º 24710 en algunos aspectos que a continuación se indicarán.

8. El NCPP señala que es considerado sujeto extraditable el autor o partícipe de un delito cometido en otro Estado. La regulación anterior distinguía entre autor, cómplice y encubridor.

9. El NCPP señala como base legal de la extradición a los tratados y, en su defecto, la aplicación del principio de reciprocidad, en un marco de respeto a los derechos humanos. La ley n.º 24710 señalaba expresamente el papel complementario o supletorio de la legislación interna, indicación que no ha sido recogida por el NCPP.

10. El artículo 517.º NCPP señala los supuestos en los que una extradición será rechazada. Este artículo ha tomado como base las causales de inadmisibilidad que establecía la ley n.º 24710 y ha incluido también algunos supuestos que estaban previstos anteriormente como compromisos del Estado requirente al obtener la extradición. Se han incorporado como supuestos de rechazo de la extradición el que no se cumpla con las exigencias internacionales del debido proceso, las razones de soberanía nacional, seguridad u orden público y los intereses esenciales del Perú.

11. La ley n.º 24710 disponía que deberían adjuntarse a la solicitud de extradición las pruebas del hecho y de la participación del reclamado. Al respecto, el NCPP establece en el artículo 518.º que la demanda debe contener las pruebas suficientes cuando lo disponga el tratado suscrito por el Perú con el Estado requirente o, en aplicación del principio de reciprocidad, o la ley interna de dicho Estado lo exija en su trámite de extradición pasiva.

12. El NCPP ha establecido una prelación distinta a la que señalaba la ley n.º 24710 para el concurso de extradiciones.

13. Respecto al plazo para realizar el traslado del detenido una vez concedida la extradición, se ha facultado a la Fiscalía de la Nación a conceder un plazo adicional de diez días en casos excepcionales.

14. El NCPP ha incluido los efectos de la extradición, que han tomado como base los que la ley n.º 24710 señalaba como compromisos del Estado requirente.

15. Se ha incluido como supuesto para la procedencia del arresto provisorio o preextradición el pretender ingresar al país mientras se es perseguido por la autoridad de un país limítrofe. En este caso es la policía destacada en los lugares de frontera la que deberá poner de inmediatamente al detenido a disposición del juez de la investigación preparatoria en el plazo de veinticuatro horas para el trámite correspondiente.

16. El procedimiento para la extradición que establece el NCPP es similar el previsto en la ley n.º 24710 y el decreto supremo n.º 044-93-JUS, salvo por la mención expresa de la obligación del juez de informar al detenido, antes de tomarle la declaración, los motivos de su detención y los detalles de la solicitud de extradición.

17. En lo que respecta a los compromisos internacionales que el Perú ha adquirido en esta materia, están vigentes: tres tratados multilaterales genéricos, ocho tratados multilaterales sobre delitos específicos y trece tratados bilaterales de extradición.

18. En la sección VII del libro séptimo del NCPP se han establecido cuáles son los actos de cooperación con la Corte Penal Internacional y se han implementado procedimientos para llevarlos a cabo, cumpliendo así con la obligación general de los Estados partes prevista en el artículo 88 del Estatuto de Roma. Sin embargo, si bien la incorporación del Estatuto, a través de la ratificación, vincula a las autoridades de todos los niveles, dado el objetivo de asegurar la mayor claridad legislativa podría haberse incluido de manera expresa lo preceptuado por el artículo 86, es decir, la obligación de cooperar con todos los órganos de la Corte en todos los aspectos y en todas las fases, en la investigación y el enjuiciamiento, incluidas las apelaciones y las revisiones de las sentencias.

19. Se ha cumplido con lo dispuesto por el artículo 87 del Estatuto de Roma con designar al órgano encargado de desarrollar estos procedimientos, que es la Fiscalía de la Nación. Esto se encuentra regulado en el artículo 555.º NCPP.

20. Se ha establecido también, de acuerdo con lo previsto por el artículo 87 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la obligación de preservar la confidencialidad de las actuaciones.

21. Respecto al contenido de las solicitudes para la detención y entrega de personas y la detención provisional, existe una remisión expresa a los artículos 91 y 92, y al artículo 93 del Estatuto de Roma en lo referido a otros actos de cooperación. El Estatuto de Roma constituye la fuente directa que ha inspirado la elaboración de la sección VII, libro séptimo, del nuevo Código Procesal Penal.

22. El artículo 55 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece los derechos de las personas durante la investigación. Al respecto, el Código establece que el juez de la investigación preliminar, producida la detención, cuya legalidad se presume por ser regulada por el Estatuto de Roma, informará al detenido los motivos de la detención y los detalles de la solicitud de entrega y entregándole copia de esta; hará saber al detenido el derecho que tiene a nombrar abogado defensor o, en su defecto, de la designación de un abogado de oficio.

23. El Código establece también plazo para la detención, el mismo que según lo dispuesto por el artículo 559.º NCPP no podrá exceder de noventa días; también se otorgará libertad al detenido si en un plazo de sesenta días la Fiscalía de la Nación no recibe la solicitud de entrega y los documentos previstos en el artículo 92 del Estatuto de Roma, en el caso de la detención provisional.

24. La solicitud de libertad provisional, aún regulada por el artículo 182 del Código Procesal Penal de 1991, se ha estipulado en el artículo 556.º NCPP para el caso de la cooperación con la Corte Penal Internacional, con la indicación expresa de que para resolverla se deberá tener en cuenta las recomendaciones de esta.

25. Respecto a la concurrencia entre una solicitud de extradición y una de entrega, podemos apreciar que el NCPP da prioridad a la Corte Penal Internacional al indicar que en estos casos la solicitud de entrega prevalecerá sobre la demanda de extradición, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

26. La excepción al principio de especialidad prevista en el artículo 101 del Estatuto de Roma es recogida en el artículo 558.º5 NCPP, que establece los pasos a seguir para el otorgamiento de esta dispensa.

27. El artículo 89.3 del Estatuto de Roma indica que el Estado parte autorizará, de conformidad con su derecho procesal, el tránsito por su territorio de una persona que otro Estado entregue a la Corte, salvo cuando el tránsito por ese Estado obstaculice o demore la entrega. Esta figura está regulada en el artículo 524.º NCPP, que indica que el tránsito de un extraditado de un tercer Estado y el de sus guardas, por el territorio nacional, será permitido previa presentación de los documentos correspondientes.

28. Se regula también las causales por las que se acudirá en consulta a la Corte Penal Internacional, siendo estas los casos de colisión de la solicitud de cooperación con normas de orden público y principio fundamental de derecho,

seguridad nacional y secretos de Estado, cuando el detenido alega cosa juzgada o cuando existen concurrencia entre la solicitud de entrega y una demanda de extradición, o cuando existan interferencia con una investigación o enjuiciamiento en curso. Se recoge así lo dispuesto en el artículo 97 de Estatuto de Roma respecto al tema de consultas.

29. Si bien el artículo 563.º NCPP permite las actuaciones del fiscal de la Corte Penal Internacional en el territorio, no encontramos una regulación sobre las sesiones de la Corte prevista en los artículos 3.3 y 62 del Estatuto de Roma y que establece la obligación de permitir a la Corte celebrar sesiones en el territorio de un Estado parte.

30. El Perú ha manifestado su disposición a recibir condenados de nacionalidad peruana, y también ha regulado la ejecución de penas de multa y comiso, así como la comunicación del sentenciado con la Corte.

31. El artículo 105 del Estatuto de Roma establece que la pena privativa de libertad tendrá carácter obligatorio para los Estados partes, quienes no podrán modificarla en caso alguno. En concordancia con ello, el NCPP establece que la pena no puede ser modificada por la jurisdicción peruana. Todo pedido de revisión, unificación de penas, beneficios penitenciarios, traslado para la detención en otro país y otros incidentes de ejecución, así como los recursos, son de competencia exclusiva de la Corte Penal Internacional.

32. Cabe indicar también que según el artículo 48 del Estatuto de Roma, la Corte “gozará en el territorio de cada Estado parte de los privilegios e inmunidades que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones”. Sin embargo, nuestro país no ha ratificado el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, de 22.07.2004, dejando así sin medidas de protección y garantías adecuadas al personal de la Corte, los abogados defensores, las víctimas y los testigos durante las investigaciones.

33. No es imprescindible incidir en una reforma legislativa general de las figuras delictivas contra la administración de justicia que acoge el Código Penal peruano, salvo algunas adecuaciones y agregados conductuales como atentado y corrupción contra los testigos, interferencia en las diligencias de pruebas (inciso *c*), e inducción al incumplimiento de las funciones de la Corte (inciso *d*) presentes en el artículo 70.1 del Estatuto de Roma. Lo que sí resulta imperioso es agregar en el texto del artículo 425 del Código Penal peruano la definición de funcionario de la Corte.

Libros y revistas

- ÁLVAREZ HUGO, Jorge B.: *Delitos contra la administración de justicia*, Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
- ALVARES VITA, Juan: "Antecedentes del proceso de aprobación por el Perú del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en *Revista Jurídica del Perú*, vol. LI, n.º 26, setiembre 2001.
- BLANCO LOZANO, Carlos: *Tratado de derecho penal español*, tomo I, Barcelona: J. M. Bosch, 2004.
- BLOSSIERS HÜME, Juan José: *Aportes para las nuevas funciones de la Corte Penal Internacional*, Lima: Disartgraf, 2005.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *Corte Penal internacional. Estatuto de Roma*, Lima: 2000.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ): *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Lima, 2001 y 2004.
- FERRER BAQUERO, Ramón: *El delito de prevaricación judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Delitos contra la administración de justicia*, Lima: Jurista Editores, 2000.
- FLORES LIERA, Socorro: "México y la Corte Penal Internacional", en *Globalización y derechos humanos*, México: UNAM, 2003.
- GAMARRA HERRERA, Ronald: "Plan de implementación del Código Procesal Penal: Borrador y necesidad de enmendar el rumbo", en *Justicia Viva*, n.º 180.
- GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: "La tipificación de los delitos contra la administración de justicia en el Estatuto de Roma", en *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001.
- GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso: *Extradición en derecho internacional*, México: UNAM, 2000, 2.º ed.
- HERENCIA CARRASCO, Salvador Martín: *La implementación del Estatuto de Roma en la región andina. Los casos de Bolivia, Colombia y Perú*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 2005.
- HUAPAYA OLIVARES, Alberto: *La extradición*, Lima: Horizonte, 2000.
- HURTADO POZO, José: *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima: Eddili, 1987, 2.º ed.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de derecho penal*, tomo II, Buenos Aires: Losada, 1964, 3.º ed.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor: "Cooperación Judicial Internacional". Suplemento de análisis legal del *Diario Oficial El Peruano*, año 1, n.º 4.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "La extradición y la cooperación judicial internacional". Ponencia presentada a la Academia de la Magistratura, diciembre de 2001, para el "Primer curso para el desempeño de la función jurisdiccional y fiscal, nivel magistrados supremos".

SALMÓN, Elizabeth: *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001.

VALLE-RIESTRA, Javier: *La extradición. Principios, legislación y jurisprudencia*, Lima: AFA, 1989.

Legislación

Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Constitución Política de 1993.

Decreto legislativo n.º 638, Código Procesal Penal de 1991.

Decreto legislativo n.º 957, nuevo Código Procesal Penal.

Ley n.º 24710, Ley de Procedimiento de Extradición.

Decreto legislativo n.º 958, decreto que regula el proceso de implementación y transitoriedad del nuevo Código Procesal Penal.

Decreto supremo n.º 013-2005. Plan de implementación del Código Procesal Penal y calendario oficial de la aplicación progresiva del Código.

Sitios web

Ministerio de Relaciones Exteriores, «www.rree.gob.pe»

Justicia Viva, «www.justiciaviva.org.pe»

Amnistía Internacional, «www.amnistiainternacional.org»

1 • Introducción

1. La República Oriental del Uruguay suscribió el Estatuto de Roma (ER) el 19 de diciembre de 2000 y ha legislado en forma interna su aprobación a través de la ley 17510, de fecha 27 de junio 2002, cuya entrada en vigor se produjo el 1.º de julio de 2002.

2. En cumplimiento del artículo 3 de la ley 17510, en enero de 2003 el Poder Ejecutivo envió al Parlamento una propuesta legislativa titulada “Proyecto de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” que, a pesar de contar con la ratificación del Senado, hasta la fecha no ha recibido la aprobación de la Cámara de Diputados. Por tanto, como presagí tiempo atrás,¹ este texto jamás se convertirá en ley nacional.

3. En marzo de 2005 se produjo un histórico cambio de orientación política en el gobierno uruguayo, tras la victoria de una coalición de partidos políticos de “izquierda” o “progresistas”, que rompe con una tradición de más de un siglo de gobiernos conformados por miembros de los “partidos tradicionales”, de orientación conservadora (nacionalista o liberal). Con la asunción del nuevo gobierno, entonces, se hizo público un proyecto de ley para la implementación del ER denominado “Anteproyecto de ley Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad, Crímenes de Guerra y Cooperación con la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)”, que, tras el

¹ Véase Galain Palermo, “Informe Uruguay” de fecha 1.5.2005, en http://lehrstuhl.jura.unigoettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte.html.

análisis del Poder Ejecutivo, ingresó al Parlamento en noviembre de 2005 con el rótulo de “Proyecto de ley Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad, Crímenes de Guerra y Cooperación con la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)”.²

4. Este *proyecto* fue aprobado por unanimidad en la Cámara de Senadores el día 4 de julio de 2006^{3 4} y, posteriormente, se convirtió en la ley 18026, denominada “Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el Genocidio, los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad”,⁵ con publicación en el Diario Oficial el día 4 de octubre de 2006.^{6 7}

² Este proyecto de ley se decanta por una implementación directa de las normas del ER, es decir, por la introducción en el ordenamiento interno de los tipos penales siguiendo el modelo alemán de un Código Penal Internacional. A su vez incluye otros tipos penales provenientes de anteriores tratados internacionales ratificados por Uruguay, pero que debido a una mala política internacional no habían sido implementados. Estas reiteradas omisiones legislativas obligaban a una retroalimentación de la constante discusión doctrinaria sobre el carácter ejecutable o no ejecutable de aquellos. De esta forma, y como había presagiado en anterior ocasión (véase nota 1), el gobierno uruguayo ha abandonado el sistema de remisión al texto del ER, como proponía el proyecto anterior del Poder Ejecutivo (proyecto 1) que quedará en el olvido con la media sanción del Senado, y ha optado por el sistema alemán al modo de un Código Penal Internacional. Véase al respecto, Galain Palermo, “Informe Uruguay”, en Ambos, Malarino y Woischnik (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 401 y ss.

³ Se modifica el artículo 4 (ámbito de aplicación, condiciones de extradición) y se exige en el inciso 4.2 que sobre la persona sospechada de haber cometido un crimen de los tipificados en los títulos I a IV de la parte II de la presente ley exista semiplena prueba de la comisión del crimen referido. De esta forma se limita el alcance de la expresión *persona sospechada* a la que refería el *anteproyecto* según las exigencias mínimas del sistema procesal penal nacional para proceder al auto de procesamiento de un indagado (cf. artículo 125 CPP). La exigencia de la semiplena prueba es indispensable para procesar a un individuo, no para iniciar investigaciones, por lo que dicha exigencia limitará notablemente cualquier tipo de investigación, pues exige la existencia de elementos de convicción suficientes de la comisión del crimen para que la persona pueda llegar a ser sospechada. Creo que la modificación que se ha hecho al *anteproyecto* limita en demasía las potestades de investigación de las autoridades uruguayas. Por otra parte, cuando se refiere a las “condiciones de extradición”, debió mencionarse también las “condiciones de entrega” a la CPI.

⁴ Curiosamente se mantienen en el proyecto de ley los crímenes del título II (crímenes de lesa humanidad), capítulo 2 (crímenes de lesa humanidad, actos aislados), contrariando el espíritu de este tipo de crímenes, caracterizados por la sistematización de las acciones (la reiteración a gran escala, proveniente de una política de Estado o de la tolerancia de este, conductas que forman parte de un plan global), así como, contrariando los principios básicos del derecho penal liberal, tornando a estas “conductas aisladas” en crímenes imprescriptibles (cf. artículo 7) con penas que lesionan el principio de proporcionalidad para estas conductas, pues muchas de ellas ya existen en el Código Penal como delitos con penas muy inferiores a las propuestas. Pero además, desde un punto de vista práctico, difícil tarea tendrán los jueces penales al momento de decantarse por unas u otras, pues el elemento de distinción que brindaba el hecho de la comisión masiva o reiterada ha desaparecido al considerarlos delitos de lesa humanidad, aunque se trate de actos aislados. Véase Galain Palermo, “Informe Uruguay”, o. cit., pp. 442 y ss.

⁵ La nomenclatura de la ley denota que se trata de una cooperación para la *lucha* o el combate contra determinadas prácticas contrarias a los derechos del hombre. No puede negarse, tampoco, que ella recoge muchos de los postulados del *derecho penal del enemigo* y en el título II, donde se tipifican los crímenes de lesa humanidad, se endurecen tipos penales ya existentes, como la privación de la libertad, la agresión sexual o la asociación para delinquir, según las pautas político-criminales de un derecho penal que persigue indefinida e imprescriptiblemente el castigo de un autor determinado antes que la protección del bien jurídico o el repudio del hecho en sí mismo. Además, el tipo penal del artículo 24 (agresión sexual contra persona privada de libertad) es tan laxo que podría llegar a lesionar el principio de legalidad (taxatividad). El legislador debería haber precisado en términos concretos a qué hechos concretos se refiere cuando prohíbe una *agresión sexual*, tal como se hace para los delitos que protegen la libertad sexual en el Código Penal.

⁶ De esta forma, Uruguay cumple con la resolución de la OEA AG/RES. 2127, XXXV-O/05, que insta a los Estados miembros a implementar en forma integral el derecho internacional humanitario y se convierte en uno de los primeros Estados latinoamericanos en cumplir con las obligaciones asumidas a partir de la suscripción y aprobación del ER.

⁷ La ley definitiva es casi idéntica al proyecto (véanse notas de pie 4 y 5) y tan solo agrega —a propuesta del Senado— un inciso 4 al artículo 13 (intervención de la víctima) adicionando mayores garantías a víctimas, testigos e indagados, a efectos de evitar la victimización secundaria. Se implementa por primera vez en el ordenamiento jurídico penal uruguayo el tipo penal del

5. Si bien se ha implementado el ER, hasta el momento Uruguay ha resistido a las presiones políticas y económicas de Estados Unidos y no ha firmado ningún tipo de acuerdo bilateral de inmunidad que beneficie a los ciudadanos de aquella nación.

6. El informe que aquí se ofrece, se realiza desde una perspectiva nacional, sin desconocer la normativa regional,⁸ incluyendo protocolos del Mercosur,⁹ para de

delito de desaparición forzada de personas y se dice en el artículo 21.2 que: “El delito de desaparición forzada será considerado como delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”. De esta forma, se sustituye la consideración de “delito continuado” según el *anteproyecto* y se adopta la figura de “delito permanente”, si bien cabe decir que tanto las figuras de delitos continuados o permanentes se manifiestan en relación con los delitos de resultado. El tipo penal objetivo se realiza no solo mediante la privación de libertad continua o permanente de una persona sino con la posterior negativa a brindar información acerca de su paradero, acciones estas que provocan un efecto delictivo espaciotemporal de desaparición actual y constante de la víctima. No me caben dudas de que la conducta se consuma en el momento en que se niega la información acerca de la persona que en ese instante desaparece de la vida social y del ámbito de protección jurídica. Según parece indicar el tipo penal del artículo 21.2, el delito no se consuma con ese acto sino que su consumación es permanente en el tiempo hasta tanto no se conozca el paradero del desaparecido. Sin embargo, en mi opinión, hay que realizar una distinción pues, si bien el tipo penal subjetivo es permanente siempre que el estado de desaparición continúa debido a la voluntad del autor de mantener la situación antijurídica, en los hechos el tipo penal objetivo se realiza en el momento en que se niega información respecto al paradero de la persona desaparecida. Dogmáticamente, los problemas se agudizan en cuanto al bien jurídico tutelado (v. gr. la vida, la libertad, la identidad personal, los derechos humanos, la garantía institucional del Estado democrático, etcétera; véase sobre el tema específico del bien jurídico en este delito: Vélez, *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 99 y ss), discusión que debe tener lugar en el Uruguay tras la novedosa tipificación de la desaparición forzada de personas. Si se analiza la sentencia 2146 de 20.12.2006 del Juzgado Penal de Primera Instancia bajo la competencia de la jueza Graciela Gatti, con referencia al ex presidente uruguayo Juan María Bordaberry, que dió el “golpe de Estado” junto a las Fuerzas Armadas en fecha 9.2.1973 (donde se lo condena por coautoría por cooperación indispensable con el acto criminal [cf. artículo 61.4 CP] de diez delitos de homicidio especialmente agravados [cf. artículo 312.1 CP] en reiteración real, en el período dictatorial entre 1973 y 1976), se puede apreciar que el reproche penal de la sentenciante se dirige al debilitamiento de las garantías institucionales del Estado de derecho, pues se le reprocha la coautoría de los homicidios por haber facilitado las acciones delictivas de las fuerzas armadas y la policía mediante la paulatina supresión de las garantías de los ciudadanos a través de sucesivos decretos que mermaban de continuo las instituciones democráticas, al punto de instaurar un régimen dictatorial donde los derechos humanos eran sistemáticamente lesionados por sujetos que actuaban con total impunidad.

Ahora bien, volviendo al delito de desaparición forzada, este se consuma en el momento en que se niega la información sobre la persona privada de libertad y, de esta forma, lo que permanece en el tiempo es la consecuencia o los efectos de la desaparición, es decir, si bien el delito se ha consumado, no se ha agotado. El agotamiento se producirá cuando los delincuentes consigan el propósito o los fines del delito, y estos son los que brindan la noción de permanencia a la figura típica. Véase en detalle sobre la cuestión del delito permanente, la próxima publicación del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional sobre autoría y participación en relación con la responsabilidad de los líderes de grupos y redes criminales, Chaves Hontou y Galain Palermo, *Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken in Uruguay*, pp. 71 y ss. (en prensa).

A su vez, en el artículo 21.3 se indica que: “El juez podrá considerar como atenuantes del delito de desaparición forzada de personas las siguientes circunstancias: a) que la víctima sea puesta en libertad indemne en un plazo menor a diez días; b) que se informe o actúe para posibilitar o facilitar la aparición con vida del desaparecido”. En el *anteproyecto*, la facultad de atenuar que ahora se brinda al juez competente no era tal, sino que la atenuación se consideraba como obligatoria, de darse cualquiera de las dos circunstancias recién descritas. De esta forma se relativiza el efecto premial que el *anteproyecto* consideraba, en mi opinión, en perjuicio de la víctima. Por otra parte, en el artículo 50 se cambió el término “solicitud de prisión preventiva” (*anteproyecto*) por el más técnico de “solicitud de detención provisional”.

⁸ Se hace mayor hincapié en los documentos del Mercosur, en consideración de que la integración latinoamericana, a partir de la ALALC y la ALADI, nunca ha dado los resultados esperados, pero también que la estructura institucional del Mercosur —a diferencia de la Unión Europea— no se orienta con tanto ahínco a la judicialidad y a la intervención parlamentaria. Véase Ciuro, “Razón e historia en el derecho de la integración: los casos de la Unión Europea y el Mercosur”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pp. 735 y ss.

⁹ El Mercosur tiene personalidad jurídica de derecho internacional (cf. artículo 34 Protocolo de Ouro Preto) y se trata de una entidad intergubernamental que adopta sus decisiones sobre la base del consenso de los Estados partes. Véase Correa Freitas, “Los órganos del Mercosur: hacia la conformación de un Parlamento común”, en *Anuario...*, o. cit., p. 810.

esta forma enunciar algunas características comunes de la cooperación internacional que puedan servir de parámetros comparativos al momento de aplicar la ley 18026 que implementó el ER.

2. Asistencia judicial interestatal

1. Cuando nos referimos a la asistencia judicial interestatal, tradicionalmente conocida como cooperación horizontal, nos interesamos por el modo en que los Estados soberanos colaboran entre sí para la realización de la justicia, cuando determinadas pruebas del proceso deben ser llevadas a cabo en el extranjero o remitidas desde el extranjero o, también, cuando la persona a ser juzgada o que debe cumplir una pena (o ser sometida a vigilancia) se encuentra fuera del territorio del Estado competente.¹⁰

2. Así cobran importancia los tratados internacionales sobre cooperación judicial en materia de prueba (v. gr. medidas cautelares, declaración de testigos, etcétera) y los que refieren al instituto de la extradición, considerado como la máxima expresión de colaboración entre Estados soberanos.

3. Uruguay se encuentra ligado, especialmente, a los países del Mercosur, con los que tiene un proceso de integración en ciernes, por tanto ha de tenerse en cuenta la existencia de una normativa comunitaria. En ese sentido rige el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, hecho en San Luis, Argentina, el 25.6.1996 (Protocolo de San Luis). En el ámbito interamericano rige la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, acordada en la República de Panamá el 30.1.1975¹¹ y la Convención Interamericana sobre Extradición, de Caracas, de 25.2.1981.¹²

¹⁰ Así lo entienden Schwaighofer y Ebensperger, *Internationale Rechtshilfe in strafrechtlichen Angelegenheiten. Einführung-Texte-Materialien*, Viena, WUV Universitätsverlag, 2001, p. 1.

¹¹ En esta se regula en particular sobre las formas que deben revestir a los exhortos o cartas rogatorias, para las materias civil y comercial (cf. artículo 2).

¹² Si bien Uruguay participó de la Convención, hasta la fecha no ha sido ratificada más que por algunos países centroamericanos y Ecuador: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-47.html>, consulta [13.03.2006].

4. Ahora bien, cuando se trata de la cooperación entre Estados y organizaciones supranacionales (v. gr. ONU, Tribunales ad hoc de la ex Yugoslavia o Ruanda, Tribunal de Justicia Internacional de La Haya, CPI, etcétera),¹³ aun cuando no rija ningún convenio de cooperación, la doctrina se refiere a un tipo de cooperación vertical.¹⁴ Es la cooperación vertical, entonces, la base que permite la construcción del principio de jurisdicción complementaria, que posee la CPI respecto a las jurisdicciones nacionales.¹⁵

2.1. Formas de colaboración

1. En un sistema internacional, merced a la creación de espacios supranacionales y de entidades internacionales como la CPI, puede hacer perder (o al menos pone en riesgo de cesión) cuotas de soberanía estatal, tanto para la persecución de los criminales como para el juzgamiento de los delitos; por tanto, debe encontrarse un delicado equilibrio entre los retos de la prevención y el control de las viejas¹⁶ y nuevas¹⁷ formas de criminalidad internacional (apañadas por la globalización, la sociedad de riesgo, la desaparición de las fronteras, etcétera) y las demandas de seguridad de los ciudadanos (que exigen, vaya paradoja, un Estado y un derecho penal cada vez más fuertes).

Para encontrar ese equilibrio, el ER se decantó por el *principio de la complementariedad*, brindando a los Estados partes la prioridad en el ejercicio de la jurisdicción, en relación con los crímenes internacionales que pueden ser competencia de la CPI.¹⁸

¹³ Cabe recordar que Uruguay no ha firmado con los tribunales ad hoc ningún tipo de convenio de cooperación.

¹⁴ Véase Schwaighofer y Ebensperger, *Internationale Rechtshilfe...*, o. cit, p. 1. Estos autores se refieren a una extradición horizontal (*horizontale Auslieferung*) entre Estados y una extradición vertical (*verticale Auslieferung*) cuando se trata de la entrega forzosa de sujetos a organizaciones o tribunales supranacionales. *Ibidem*, p. 4. Dentro de esa categoría de extradición vertical debería ubicarse la entrega forzada de personas a la CPI. En la doctrina italiana se habla de una *cooperazione privilegiata* con la CPI, pues el ER no se refiere al instituto de la extradición sino al de la entrega (*consegna*). Véase Marchetti, "Dalle convenzioni bilaterali alle 'nuove' forme di assistenza", en Giuseppe La Greca y Maria Riccarda Marchetti, *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Turín, Giappichelli, 2003, p. 25.

¹⁵ "The vertical approach departs from traditional interstate concepts of cooperation in that it attaches greater weight to the community interest in an international criminal prosecution than in conflicting interests of the requested state [...] The relationship is instead qualified as a vertical one: the Court's complementary jurisdiction being seen as a kind of extension of national jurisdictions". Véase Kaul y Kreß, "Jurisdiction and cooperation in the Statute of the International Criminal Court: principles and compromises", en Olympia Bekou y Robert Cryer (eds.), *The International Criminal Court*, Nottingham, Ashgate/Dartmouth, 2004, p. 158.

¹⁶ V. gr. genocidio, lesa humanidad, piratería, tráfico de seres humanos, tortura, agresión.

¹⁷ V. gr. ciberterrorismo, tráfico de drogas, tráfico de armas, estafas, violación de derechos de propiedad intelectual, pornografía infantil, incitación a la violencia, espionaje, piratería internacional, todos ellos cometidos mediante computadoras y otros medios electrónicos que operan a distancia.

¹⁸ Véase Kaul y Kreß, "Jurisdiction and Cooperation...", o. cit, pp. 145 y ss.

2. En líneas generales, las leyes de implementación no favorecen la comunicación directa entre distintos órganos judiciales (uno nacional y otro del orden internacional), es decir, una comunicación sin intermediarios políticos, ni demoras, ni mayores requisitos burocráticos o, para decirlo con mayor claridad, sin trabas de carácter político, pues, en materia internacional el camino de las comunicaciones continúa siendo el Poder Ejecutivo a través de alguno de sus ministerios.

No hace falta recordar que la materia que interesa al ER se relaciona con la protección estricta de los derechos humanos en lo que hace a las conductas tipificadas en los artículos 5 a 8 y con la persecución de los más abominables crímenes; aunque no debe olvidarse que se trata de un órgano jurisdiccional destinado a *administrar justicia* sobre presuntos culpables, es decir, sobre inocentes cuya culpabilidad debe ser comprobada mediante el debido proceso.

Por ello, si bien la colaboración judicial del Uruguay con la CPI debe ser efectiva y no una declaración más de derecho simbólico para evitar el rechazo de la comunidad internacional, también debe respetar los principios y formas del derecho procesal uruguayo.

Esta difícil ecuación político-jurídica debe ser considerada por cada Estado parte del ER para que la colaboración con la CPI no se transforme en un escollo que favorezca la impunidad, ni tampoco en una *caza de brujas* donde todo vale para contribuir en la lucha contra la impunidad, pues a partir del ER no se puede seguir hablando en exclusiva de protección internacional de los derechos humanos sino de derecho penal internacional, con todas las garantías y principios que lo informan, tanto en el aspecto material como en el formal.¹⁹

3. A un sector de la doctrina nacional, en particular la penal, le seduce diferenciar la cooperación internacional en distintos grados o niveles, según la posición que sustenta un funcionario de la ONU, el italiano Gioacchino Polimeni.²⁰ De ese modo, se ubica en el primer lugar a la colaboración de primer grado, que consiste en cumplir con medidas de mero trámite y otras de instrucción. En este nivel de colaboración se encontrarían las notificaciones, los peritajes, el diligenciamiento de prueba en el Estado requerido o el traslado voluntario de personas para prestar

¹⁹ Véase Galain Palermo, "Informe Uruguay", en *Dificultades...*, o. cit., pp. 406 y ss.

²⁰ Véase Polimeni, *La assistenza in materia penale*, Milán, Turccio, 1990, pp. 39 y ss.; conforme Cervini, "Medidas de asistencia judicial penal internacional de primer nivel y la doble incriminación", 2º Seminario Internacional "La regionalización del derecho penal en el Mercosur", publicación oficial, Maldonado, 1993, p. 62.

testimonio en el Estado requirente. En un segundo nivel se hallan las medidas de asistencia procesal penal internacional que —según Cervini— son “susceptibles de causar gravámenes irreparables a los bienes de las personas (registros, embargos, secuestros y entrega de cualquier objeto)”.²¹ Finalmente, en el tercer grado están aquellos niveles de cooperación extrema, que también “pueden causar gravámenes irreparables en los derechos y libertades propios de quienes alcanza”.²² Es en este tercer nivel de colaboración internacional, entonces, que deberíamos colocar a institutos de traslado forzoso de personas, tales como la extradición o la entrega de sospechados a la CPI.²³

2.1.1. Extradición

1. La extradición es una de las formas de cooperación internacional que más compromete a los Estados y a los derechos y garantías de los individuos. Por ello puede ser entendida tanto como un instituto de cooperación internacional entre distintos Estados²⁴ o, también, como un instituto de salvaguarda de derechos humanos frente a la pretensión punitiva de otro Estado. Esas dos visiones son las que dominan el panorama uruguayo, una defendida por publicistas e internacionalistas²⁵ y la otra, principalmente, por penalistas.²⁶

Ahora bien, más allá de matices, en Uruguay la extradición generalmente se la entiende como un instituto del orden internacional,²⁷ específicamente de naturaleza

²¹ Véase Cervini, “Medidas de asistencia”, o. cit., p. 61. De otra opiniones, Álvarez Cozzi, quien sostiene que admitir la diferencia de principios entre la asistencia y la extradición no tiene por qué significar el desconocimiento de las garantías para el afectado por la medida de cooperación judicial internacional, como pregona Cervini. Véase Álvarez Cozzi, *La asistencia jurídica internacional y la extradición en los delitos de narcotráfico y lavado de activos*, Montevideo, del Foro, 2001, p. 13.

²² Véase Cervini, “Medidas de asistencia”, o. cit., p. 61.

²³ De suyo que ninguna persona puede ser trasladada de forma compulsiva para ofrecer algún tipo de prueba testimonial hacia el territorio de otro Estado. Para ello, se debe recurrir a la colaboración voluntaria de los testigos, a quienes se debe ofrecer siempre un salvoconducto.

²⁴ Véase Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Berna, Bruylant SA Bruxelles, 2004, deuxième édition, p. 7.

²⁵ Véase Operti, “Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales con especial referencia a los últimos desarrollos convencionales en el ámbito multilateral y bilateral”, *Curso de Cooperación Penal Internacional*, Río de Janeiro, Valença, 1994, pp. 219 y ss.; citado por Vieira y García Altolaquirre, *Extradición*, o. cit., p. 109.

²⁶ La extradición “es un acto de asistencia jurídica (solidaridad) internacional y de respeto al ‘jus puniendi’ de otro Estado”. Véase Cairolí, *La cooperación*, o. cit., p. 59. Pero, también, “se vincula al interés político”. Por tanto, su naturaleza es jurídico-política. *Ibidem*, p. 60; Pereira Schurmann, “La extradición como instituto garantizador de los derechos humanos”, en *RCP*, 1, 1995, pp. 91 y ss.

²⁷ Entendida como una rama del derecho relativo a la cooperación procesal penal internacional. Véase Vieira y García Altolaquirre, *Extradición*, o. cit., p. 59.

procesal internacional,²⁸ un mecanismo de cooperación en la lucha contra el delito,²⁹ que combina ingredientes jurídicos con otros de índole político.³⁰

2. La jurisprudencia uruguaya, siguiendo una posición más cercana al derecho internacional privado que al derecho penal (internacional), ha sostenido en algún caso aislado que la extradición pertenece al orden internacional y se encuentra por encima de las constituciones nacionales.³¹ Sin embargo, esta tendencia jurisprudencial ha sido criticada categóricamente por la doctrina penal,³² defendiendo el mayor valor de la Constitución frente al procedimiento de la extradición.³³ Acontece que la supremacía de la Constitución es tan innegable que Uruguay no puede obligarse internacionalmente en caso de contradicción entre el texto internacional y el orden público nacional que la Constitución garantiza.³⁴

3. En materia de normas, en el Mercosur rige la ley 17499 (publicada DO 31.5.2002, n.º 26019), que implementó en el orden nacional el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Miembros, suscrito en Río de Janeiro el 10.12.1998.^{35 36}

4. En este trabajo me referiré en exclusiva a situaciones de extradición pasiva, aquellas en las que Uruguay es requerido por hallarse en su área territorial una persona demandada por el Poder Judicial de otro Estado.

²⁸ Véase Gelsi Bidart, "Planteamiento procesal del tema de la extradición extranjera", en *RIDP*, Madrid, 1959, 1, p. 103.

²⁹ Véase Langón, "La extradición en el ámbito del Mercosur", 2.º Seminario Internacional "La regionalización del derecho penal en el Mercosur", publicación oficial, Maldonado, 1993, p. 110. Según Fernández, "la extradición, tiene tan solo a vehicular el castigo penal mediante la entrega del delincuente; dinamiza o posibilita la pretensión punitiva del requirente, en cuanto pone a su disposición al justiciable". Véase Fernández, "Sobre un aspecto de calificación en derecho extradicional. Los delitos comunes cuya represión obedece a fines políticos y el Tratado de Derecho Penal Internacional de 1889", en *RIUDP*, año 1, n.º 2, 1980, p. 267.

³⁰ Véase Cairoli, *La cooperación*, o. cit., pp. 60 y ss.

³¹ Cf. sentencia de 28/7/89 del Tribunal de Apelaciones de 3.º turno; sentencia 6/93 del Juzgado Penal 2.º turno. Conforme Fernández, "Extradición, orden público interno y delito político", en *LJU*, tomo 107, doctrina 8, Internet, nota al pie 1.

³² "La supremacía respecto del derecho interno podrá defenderse en relación con el derecho internacional penal, un bloque jurídico de fuente internacionalista casi exclusiva, pero no cabe extrapolar ese principio al plano jurídico de la extradición que, muchas veces, ni siquiera emana de fuente convencional." Véase Fernández, "Extradición", o. cit., p. 2.

³³ "En suma, ni la extradición, ni ningún otro instituto jurídico, puede priorizarse en jerarquía a la Constitución de la República, malgrado su fuente convencional y la innegable estirpe 'internacional' que reviste". Véase Fernández, *ídem*.

³⁴ Véase Galain Palermo, "Informe Uruguay", o. cit., pp. 408 y ss.

³⁵ Este tratado todavía no se encuentra vigente pues necesita de la aprobación de alguno de los Estados asociados.

³⁶ En el ámbito interamericano existe la ley n.º 10 de 25.8.1879, que ratificó el Tratado de Extradición Americana, firmado en Lima el 27.3.1879, y que une a las repúblicas del Perú, la Argentina, la de Chile, la de Bolivia, la del Ecuador, la de Venezuela, la de Costa Rica, la de Guatemala y la Oriental del Uruguay. Cabe decir que con Argentina, Chile y Venezuela rigen tratados bilaterales recientes sobre extradición.

2.1.1.1. Problemas de la extradición cuando no existe tratado

1. Hay Estados que no extraditan a sospechosos o delincuentes si no media un tratado o un convenio, pero este no es el caso del Uruguay que, al igual que aquellos países con tradición europea continental, como la mayoría de los países de Latinoamérica, se inclina por la teoría de la reciprocidad.³⁷

2. Las solicitudes de otro Estado para someter a juicio o para el cumplimiento de condenas de sujetos refugiados en el territorio bajo jurisdicción uruguaya, cuando no ha existido tratado de extradición, han sido problemáticas para la judicatura nacional debido a la falta de claridad normativa que explicaré más adelante.

3. Ante la falta de tratado vinculante se aplican las normas nacionales; así lo determina el artículo 32 CPP a través de la expresión: “si no existe tratado”, relegando la ley nacional al principio de supletoriedad.

4. El principal inconveniente lo ha provocado el artículo 32 CPP, puesto que exige que los delitos pasibles de extradición sean aquellos que se castiguen con una pena mínima de dos años de penitenciaría, sin aclarar a qué ordenamiento se refiere la norma, esto es, si alude al mínimo punitivo de la figura penal respectiva del Estado requerido. Si fuera Uruguay el requerido, esa disposición obligaría a negar solicitudes de homicidio simple, que según el artículo 310 CP tiene un mínimo de veinte meses de prisión, con el contrasentido de otorgar extradiciones por delitos contra el patrimonio con violencia en las personas que superan ampliamente dicho mínimo (cf. artículo 344 *bis*, rapiña con privación de libertad o copamiento, que tiene un mínimo de ocho años de penitenciaría). Cabe decir que la mayoría de los delitos económicos—independientemente del daño provocado— tampoco sería pasible de extradición.

5. Según el Tratado de Extradición para los Países del Mercosur (ley 17499), el criterio decisivo parece ser el de la duración de la pena, que tiene que ser privativa de la libertad con un mínimo de dos años de duración (cf. artículo 2.1). De esta forma, ya no se debe recurrir a listas de delitos para negar extradiciones sobre la base del principio de doble incriminación, siendo ahora todos los delitos pasibles de extradición, mientras estén conminados con una pena privativa de libertad que tenga un mínimo de dos años de duración, aunque en esta propuesta sigue quedando fuera de

³⁷ Países como Estados Unidos o Gran Bretaña, y en particular todos los que integran el *Common World*, sostienen que cuando no existe tratado vinculante, cede la obligación de otorgar una extradición. Véase Bassiouni, *International Extradition and World Public Order*, Sijthoff-Leyden, Oceana Publications, 1974, pp. 8, 10 y 13.

la extradición el delito de homicidio del artículo 310 CP, que tiene en abstracto una pena mínima de veinte meses.

Esta situación pretendió ser resuelta por el nuevo Código de Proceso Penal —que a pesar de ser ley nacional nunca ha estado vigente—, cuyo artículo 338.2.8 dice:

Quando la pena impuesta sea inferior a dos años de privación de libertad y la parte de la sentencia que aún resta por cumplir, sea menor de seis meses. Si se tratare de personas requeridas para ser juzgadas, cuando el mínimo de la pena que la ley nacional prevé para el delito, sea inferior a veinte meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 54 del Código Penal.

El problema de interpretación vendría a solucionarlo recién el Tratado de Extradición con Argentina, que en su artículo 2 preceptúa:

Darán lugar a extradición los hechos tipificados como delitos por las leyes de ambas partes, cualquiera sea la denominación de dicho delito, que sean punibles con una pena privativa de libertad, cuya duración máxima no sea inferior a dos años.

Según parte de la doctrina, esta norma debería aplicarse en forma supletoria o analógica al artículo 32 CPP.³⁸

6. En el numeral segundo de esta sección hacía referencia a la falta de claridad normativa para la determinación del procedimiento de extradición. Pues bien, sucede que la dispersidad normativa es tan grande que los jueces no saben a qué atenerse cuando la solicitud proviene de un Estado con el que no existe un tratado de extradición. Los jueces, entonces, recurren al procedimiento sumario que describen los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, aun cuando el Estado requirente no haya sido signatario de estos. La ausencia de un procedimiento determinado exigiría la aplicación de las normas generales contenidas en los códigos material y formal que rigen la materia penal, esto es, el artículo 13 CP³⁹ y el artículo 32 CPP;⁴⁰ así como

³⁸ Véase Preza, "Panorama actual de la extradición en el Uruguay", en *Revista Penal*, 13, p. 604.

³⁹ Art. 13 Extradición: "La extradición no es admitida por delitos políticos, por delitos comunes conexos a delitos políticos, ni por delitos comunes cuya represión obedezca a fines políticos. Tampoco es admisible cuando el hecho que motiva el pedido no ha sido previsto como delito por la legislación nacional. La extradición puede otorgarse u ofrecerse aun por delitos no contemplados en los tratados, siempre que no existiere prohibición en ellos".

⁴⁰ Art. 32: "Si no existe tratado, la extradición solo puede verificarse con sujeción a estas reglas: A) Que se trate de delitos castigados con pena mínima de dos años de penitenciaría. B) Que la reclamación se presente por el respectivo Gobierno al Poder Ejecutivo, acompañada de sentencia condenatoria, o de auto de prisión, con los justificativos requeridos por las leyes de la

normas constitucionales (cf. artículos 15 a 17 CU). Pero, lamentablemente, ninguna de estas normas se refiere a la forma que debe revestir el procedimiento extraditorio, y esto ha dado lugar a fallos contradictorios.⁴¹

El procedimiento al que estos tratados refieren es sumario y consisten en informar al requerido sobre la causa y los fundamentos de la solicitud de extradición. El requerido solo puede, entonces, oponer las siguientes excepciones: a) no ser la persona reclamada; b) defectos de forma en la solicitud o la prueba que se adjunta; c) la improcedencia de la solicitud.⁴² En caso de oponerse excepciones se da traslado al Ministerio Público y una vez emitido su dictamen el juez dictará sentencia definitiva de concesión o denegación del pedido.⁴³ La sentencia puede ser recurrida con cualquiera de los recursos que admite la ley nacional.⁴⁴ Si la sentencia es firme, culmina la etapa jurisdiccional y se inicia —con la comunicación de esta al Poder Ejecutivo—⁴⁵ la etapa administrativa, que comienza con un ajuste de detalles con el Estado requirente acerca de la entrega del requerido.⁴⁶

7. El NCPP —que ha sido sancionado por ley 16893 pero que nunca ha entrado en vigor— ha pretendido solucionar los problemas relacionados con la tramitación de la extradición, dedicando el libro IV (“Procedimientos y disposiciones especiales”), título I (“Régimen y procedimiento de la extradición”), capítulos I a IV (artículos 337 a 359) regulando con detenimiento el procedimiento extraditorio.

Allí se indica, según el artículo 338, que no podrá extraditarse a ningún sujeto que sea requerido por la comisión presunta de un delito que no esté punido en la legislación del requirente con pena de privación de libertad. A su vez, el artículo 339.8 dice que para que la extradición prospere debe tratarse de delitos castigados con penas mínimas de dos años.⁴⁷

República para proceder al arresto. C) Que medie declaración judicial de ser procedente la extradición previa audiencia del inculpado y del Ministerio Público en lo penal”.

⁴¹ Véase Preza, “Panorama actual”, o. cit., p. 605.

⁴² Cf. artículo 34 Tratado de Montevideo de 1889. El artículo 33 del Tratado de Montevideo de 1940 agrega otra posible excepción: la incompetencia del juez del Estado requerido que ordenó el arresto.

⁴³ Esa es la opinión del profesor Preza. De otra opinión, la SCJ, que la ha considerado durante mucho tiempo una sentencia interlocutoria por no resolver el fondo del asunto. Véase Preza, “Panorama actual”, o. cit., p. 606.

⁴⁴ Me refiero a los recursos de apelación (cf. artículo 253 CPP) y nulidad (cf. artículo 268 CPP) para sentencias dictadas por juzgados letrados de primera instancia en lo penal y recurso de casación (cf. artículo 269 CPP) para sentencias dictadas por tribunales de apelaciones en lo penal.

⁴⁵ Cf. artículo 37 Tratado de Montevideo de 1889 y artículo 46 Tratado de Montevideo de 1940.

⁴⁶ Generalmente Uruguay realiza la entrega en el Aeropuerto Internacional de Carrasco, de modo de evitar el tránsito por otros países. Véase Vieira y García Altolaquirre, *Extradición*, o. cit., p. 144.

⁴⁷ Según interpreta el profesor Preza, “no procederá la extradición si el delito por el que se le pretende juzgar tiene un mínimo punitivo inferior a veinte meses de prisión; de tal modo, si se solicita la extradición de un requerido, aportándose la prueba de que cometió un delito de homicidio doloso (artículo 310 C.P.), el pedido de extradición debería ser amparado”. Véase Preza,

En cuanto refiere al procedimiento, se sigue el modelo del CGP estructurado sobre la base de dos audiencias, una preliminar (cf. artículo 351 NCPP)⁴⁸ y otra de debate (cf. artículo 352 NCPP),⁴⁹ que se llevarán a cabo una vez recibida la solicitud de extradición (cf. artículo 350 NCPP). Otorgada la extradición, su cumplimiento corresponde al Poder Ejecutivo, y la entrega al Estado requirente solo puede aplazarse si el requerido cumple condena en Uruguay por un delito con pena mínima de penitenciaría (cf. artículo 355 NCPP).

En todo caso, a pesar de ser una ley no vigente, esta debería ser la solución análoga en caso de una solicitud de extradición de un Estado con el que no existe tratado.

2.1.1.2. Problemas en relación con la doble incriminación, la reciprocidad y la especialidad

1. La *doble incriminación* puede enmarcarse en las condiciones tradicionales de reciprocidad entre Estados soberanos, y determina no solo el igual tratamiento de los individuos por hechos similares sino que los Estados se comprometerán en similares condiciones (v. gr. en materia de entrega de nacionales). Se trata de un principio básico que podría enunciarse como la no entrega de un *extraditorius* si el Estado requerido no pudiera ejercer jurisdicción sobre él porque el delito por el que es perseguido no tiene su correspondiente en la legislación penal. Sin embargo, prefiero

Comentarios al nuevo Código del Proceso Penal Uruguayo. Ley n.º 16.893, Montevideo, Ingranusi Ltda., 1988, p. 162. Sin embargo, a mí me quedan serias dudas de que pueda admitirse este pedido de extradición si en el caso concreto no se han producido otros delitos que permitan, siguiendo la técnica acumulativa del concurso de delitos (cf. artículo 54 CP), superar el monto mínimo de los veinte meses de prisión previstos para el homicidio.

⁴⁸ Esta audiencia se llevará a cabo dentro de las setenta y dos horas de estar el requerido a disposición del tribunal, debiendo comparecer el requerido con su abogado defensor, el Ministerio Público y el representante del Estado requirente (si hubiera sido designado, cf. artículo 348 NCPP). Allí se informará al requerido del contenido de la solicitud en su contra, quien puede consentir la entrega y, con ello, una extradición simplificada. En caso contrario, según indica el artículo 351.3 NCPP, el requerido puede oponerse al reclamo aduciendo: a) no ser la persona reclamada; b) defectos de forma en la solicitud o en la documentación presentada; c) improcedencia del pedido (v. gr. por tratarse de un delito político o conexo con un delito político, o porque está punido con pena de muerte, etcétera). A continuación se oye al Ministerio Público y se dicta resolución según el criterio de aplicar la ley más favorable al requerido. En caso de existir defectos formales se dará un plazo de treinta días para la subsanación, que se contarán desde la fecha de la detención del requerido. Si estos no fueran subsanados, se decretará el archivo de la causa y la libertad definitiva del requerido (cf. artículo 351.4 y 351.5 NCPP). Si los defectos son subsanados, la detención previa se sustituye por la prisión preventiva. Véase Jardí, "La extradición", o. cit., pp. 354 y ss.

⁴⁹ En la audiencia de debate se subsanan posibles nulidades procesales que hayan acontecido antes de esa instancia (v. gr. a causa de proposición de prueba), se incorporan pruebas, se confiere traslado al abogado defensor y al representante del Estado requirente (si hubiera comparecido), se oye al Ministerio Público y se dicta sentencia en la audiencia (de ser un asunto complejo, el juez podrá diferir el dictado por quince días, cf. artículo 352.5 NCPP).

adherirme a la posición de quienes entienden el fundamento de la *doble incriminación* como un derecho del individuo antes que del ejercicio de la soberanía estatal.⁵⁰

2. La *doble incriminación* no debe confundirse con la *reciprocidad*, pues, la primera impide conceder una extradición ante la inexistencia del delito en el Estado requerido y se constituye, por ello, en una garantía para los individuos; mientras que la segunda obedece a una promesa de igual tratamiento que acontece entre distintos Estados en una materia determinada (v. gr. nacionales, funcionarios diplomáticos, comercio, etcétera). Por ello, ambos conceptos no deben fusionarse sino distinguirse, puesto que, en última instancia, la legalidad siempre debe primar sobre la política.

Según la doctrina y la jurisprudencia nacionales, la *reciprocidad* no es fuente de la extradición, aunque sirva al momento de la interpretación de textos internacionales o, a falta de estos, para interpretar las normas internas en casos de lagunas o vacíos legales.⁵¹

3. El principio de *especialidad* indica que el extraditado no podrá sufrir un proceso o condena distintos a los que motivaron la concesión de la extradición, pues este tiene derecho a que los hechos que motivaron la extradición sean los únicos a ponderar en la jurisdicción del requirente.

De todas formas, este principio depende de cada tratado. Por ejemplo, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 permiten que, previo consentimiento del Estado requerido, el Estado requirente pueda juzgar y penar al extraditado por hechos distintos a los que motivaron la extradición (cf. artículos 24 y 26). En ausencia de tratado o ambigüedad, se ha dicho que debería seguirse un criterio restrictivo, en atención a los intereses del individuo.⁵²

Una violación de este principio amerita una protesta diplomática y la denuncia del tratado vigente,⁵³ así como la denegación de asistencia judicial al constituirse en una "*regola di esclusione probatoria*".⁵⁴

⁵⁰ Como dice Gafner: "Pour notre part, il nous semble plus adéquat de justifier la double incrimination par rapport à l'individu, plutôt que de la fonder sur la notion de souveraineté étatique". Véase Gafner d'Aumeries, *Le principe de la double incrimination. En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1992, p. 34.

⁵¹ Véase Vieira y García Altolaquirre, *Extradición*, o. cit., p. 57.

⁵² Véase Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, tomo II, p. 947; cit. por Pereira Schurmann, "La extradición", o. cit., p. 102.

⁵³ Véase Pereira, "La extradición", o. cit., p. 104.

⁵⁴ Entre otras cosas, esto indica que el Estado requerido puede exigir que el requirente se exima de utilizar las probanzas obtenidas en forma irregular (cf. artículo 729.2 CPP). Véase Carcano, "I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti alla concedibilità o utilizzabilità", en La Greca y Marchetti, *Rogatorie penale*, o. cit., p. 132.

4. El cambio de calificación del delito original, si ello no muda la esencia del hecho y la base de la presunta culpabilidad del extraditado, no significa incumplimiento de este principio.⁵⁵ De todas formas, será importante que el Estado que ha concedido la extradición siga las circunstancias judiciales y administrativas del extraditado en el Estado requirente (v. gr. debido procedimiento, ejecución de la pena), máxime si la extradición se ha otorgado bajo condiciones.

5. Para la cooperación internacional que se encuentra en el segundo y tercer grado, según la calificación de Polimeni, parte de la doctrina nacional exige que se cumpla con el principio de la *doble incriminación*, es decir, que para colaborar con la justicia de otro Estado la conducta que se investiga en el extranjero también constituya delito en nuestro ordenamiento penal.⁵⁶

Por mi parte considero que, si bien es entendible esta exigencia en casos de extradición o de entrega (tercer nivel de cooperación), no lo sería para colaborar con diligencias que guardan relación exclusiva con bienes materiales (segundo nivel de cooperación).⁵⁷

2.1.1.3. Problemas con relación a los delitos políticos o conexos con los delitos políticos

1. Como primer punto debo decir que el proceso de extradición solo se admite para delitos comunes, es decir, ya no guarda relación alguna con la persecución internacional de delincuentes políticos o sospechosos de delitos políticos.⁵⁸

⁵⁵ El principio de *especialidad* tampoco se incumple si hay consentimiento expreso del *extraditorius*, si se cumple con nueva solicitud de extradición (supletiva o complementaria) y si el *extraditorius*, una vez liberado, no abandona el territorio del Estado que lo ha requerido en un plazo razonable, o, si habiéndolo hecho —y, previamente, habiendo sido informado de las consecuencias de su regreso—, retorna voluntariamente. Véase Vieira y García Altolaquirre, *Extradición*, o. cit., p. 121.

⁵⁶ Véase Cervini, "Medidas de asistencia", o. cit., p. 63.

⁵⁷ Parte de la doctrina penal recurre a la protección de los derechos de los individuos para justificar las reiteradas negativas del Uruguay en materia de levantamiento del secreto tributario o del secreto bancario. Así, de continuo recurren al concepto de orden público para la salvaguarda de los secretos recién mencionados. Véase Cervini, *ibidem*, pp. 67, 69 y 72. Incluso, se dice "que no es ni científica ni éticamente admisible responder a la transnacionalización del delito con una transnacionalización del control, como se sugiere temerariamente desde ciertos ámbitos". Véase Cervini, *ibidem*, p. 72. En mi opinión, estas ideas no se conciben con la nueva orientación política criminal que refiere a la prevención de los ilícitos económicos, al menos mientras se pretenda mantenerlos dentro del ámbito de un derecho penal al que se le exige que cumpla con una función preventiva. En apoyo, véase Prittitz, "*Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*", 1993; Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas Ediciones, 2.º ed., 2001; Blakesley, "El sistema penal frente al reto del crimen organizado", en *Revue Internationale de Droit Penal*, (Les Systèmes Pénaux à L'èpreuve du crime organisé. Section II Droit Penal Spécial, Colloque Préparatoire Alexandrie 8-12 nov. 1997. Association Internationale de Droit Penal), año 69, nueva serie, primer y segundo trimestres de 1998, pp. 100 y ss.; Foffani, "Criminalidad organizada y criminalidad económica", en *Revista Penal*, n.º 7, Cisspraxis, 2001; Pradel, "Relación general. Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado", en *Revue Internationale de Droit Penal*", vol. 70, 3-4, 1998, p. 702.

⁵⁸ Véase De Olarte, *Extradición*, tomo I, Montevideo, Facultad de Derecho, Peña & Cía. Impresores, 1942, pp. 128 y ss.

El sistema penal uruguayo, ante la ausencia de tratado, en el artículo 13 CP no solo excluye al delito político sino, también, a los delitos comunes conexos con delitos políticos y a los delitos comunes cuya represión obedezca a fines políticos. De esta forma, el refugiado político en territorio nacional tiene la certeza de que no será extraditado al país requirente en caso de un “falseamiento de etiquetas”, toda vez que se pretenda su “entrega” aduciendo la comisión de un delito común, si el *extraditorius* demuestra la conexión de su delito con un delito político, o que su persecución obedece a un fin marcadamente político.⁵⁹

2. Como se dijo, cuando no existe tratado generalmente los jueces toman como marco adjetivo el procedimiento previsto en los viejos Tratados de Montevideo (1889 y 1940). Y cuando esto sucede, se puede apreciar que la hipótesis tercera del artículo 13 CP no se considera en el tratado de 1889, que solo menciona —en el artículo 23— como causa para denegar una extradición a los delitos políticos, los que atacan la seguridad interna o externa de un Estado, o los delitos comunes que tengan conexión con ellos. Cuando existe tratado podría acontecer que ante lagunas en el texto haya que recurrir supletoriamente a la normativa nacional y allí se plantearían nuevamente los problemas de primacía entre distintas normas. Frente a problemas de esta índole, la doctrina⁶⁰ y la CVDT (cf. artículo 27), en caso de controversia, son contestes en cuanto a la primacía del texto internacional frente al nacional.⁶¹ En estos casos podría ser de utilidad el recurso al principio *favor rei* y realizar una interpretación en beneficio del solicitado, de forma que tenga primacía la norma que fuera más beneficiaria de los intereses del *extraditorius*.⁶² Así por ejemplo, cuando la justicia uruguaya tuvo que resolver ante pedidos de extradición de ciudadanos vascos vinculados a la organización terrorista ETA,⁶³ debió aplicar conceptos como el de *banda*

⁵⁹ Este último supuesto, que el codificador uruguayo recoge de la ley francesa de fecha 10.3.1927, no está exento de críticas, puesto que, como indica Fernández, podría significar una “lesión de la soberanía del Estado requirente, al que, al fin y al cabo, se le vienen a atribuir, ‘ex-lege’, motivaciones espúreas en el pedido” (sic). Véase Fernández, “Sobre un aspecto de calificación en derecho extradicional. Los delitos comunes cuya represión obedece a fines políticos y el Tratado de Derecho Penal Internacional de 1889”, *Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal*, año 1, n.º 2, julio-diciembre 1980, p. 253.

⁶⁰ Como ya dije en trabajo anterior, la Constitución de poca ayuda sirve para dilucidar problemas de colisión entre normas nacionales (v. gr. constitucionales) con normas internacionales, puesto que ambas gozan del mismo rango. El texto constitucional no brinda superior jerarquía a los textos internacionales reconocidos por Uruguay, los que, una vez ratificados, tienen el mismo valor que la ley, incluso, por debajo de la Constitución. Véase Galain Palermo, *Dificultades jurídicas y políticas*, o. cit., pp. 411 y ss.; Fernández, “Sobre un aspecto”, o. cit., p. 255 y ss.

⁶¹ Salvo la existencia de reserva manifestada por dicho Estado al momento de la firma del tratado.

⁶² De la misma opinión, Berro, *Extradición con fines políticos*, Montevideo, 1944, p. 26; cit. por Fernández, “Sobre un aspecto”, o. cit., p. 268.

⁶³ Conforme sentencia 70, de 29.06.1993, del TAP de 2.º turno.

armada y otros institutos que estaban previstos en un tratado multilateral de 1889 (única vinculación jurídica que por aquellos tiempos relacionaba al Reino de España con Uruguay), provenientes de la época en que solo existía la navegación a vela. Y los jueces uruguayos, en estricta aplicación del principio de legalidad, denegaron solicitudes de extradición provenientes de la justicia española, fundados en que las solicitudes extraditorias no estaban contempladas en las situaciones específicamente previstas en aquel tratado. Ello motivó la inmediata reacción de las autoridades políticas y diplomáticas para la rápida aprobación de un tratado sobre extradición entre ambos países. Por tanto, debe interpretarse que no existió falta de cooperación por parte de las autoridades judiciales uruguayas sino el estricto respeto al principio de legalidad. De esta forma, no tiene que vincularse la denegación de las extradiciones solicitadas con una errónea interpretación del concepto de “delito político” o “delito conexo con el político”, sino con una interpretación de la norma en beneficio del *extraditorius*.⁶⁴

3. Cuando existe tratado, por ejemplo, en el artículo 4 del Tratado de Extradición con la República Argentina se establece:

en ningún caso se considerarán delitos políticos: A) el atentado contra la vida de un jefe de Estado o de gobierno o de un miembro de su familia; B) el genocidio, los crímenes de guerra o los que se cometan contra la paz y la seguridad de la humanidad; C) los actos de terrorismo, entendiéndose por tales los delitos que impliquen: a) el atentado contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos; b) la toma de rehenes o el secuestro de personas; c) el atentado contra personas o bienes cometido mediante el empleo de bombas, granadas, cohetes, minas, armas de fuego, cartas o paquetes con explosivos ocultos o dispositivos similares; d) en general, cualquier acto de violencia no comprendido en los supuestos anteriores, cometido con el propósito de atemorizar a los habitantes de una población o a clases o sectores de la misma, o de realizar represalias de carácter político, racial o religioso; e) la tentativa de comisión de alguno de los delitos previstos en este artículo, o la participación como coautor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos.

4. En el numeral 3.º del mismo artículo se encuentra recogido el *principio democrático* como un factor decisivo en la interpretación de la naturaleza del delito político:

⁶⁴ Habría que determinar, entonces, si el principio *favor rei* integra el orden público nacional.

“Para calificar la naturaleza política del delito, la parte requerida podrá tener en cuenta la circunstancia de que la parte requirente revista la forma democrática representativa de gobierno”.⁶⁵

5. Se debe insistir, entonces, en que los crímenes internacionales (genocidio, contra la humanidad, de guerra) y el terrorismo no se consideran delitos políticos.⁶⁶ Esto que hoy, tras el 11.09.2001 resulta tan evidente, pocos años atrás no solo causó controversias a la jurisprudencia sino que enfrentó a la sociedad uruguaya.⁶⁷

2.1.1.4. Problemas con la prisión preventiva, la detención provisional y la libertad provisional

1. Este tema ha causado inconvenientes en la jurisprudencia uruguaya⁶⁸ en relación con pedidos de extradición, principalmente, de los países socios del Mercosur, en épocas anteriores al tratado que vincula desde el 10.12.1998⁶⁹ a las repúblicas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con Bolivia y Chile, pues, en muchos casos, se solicitaron extradiciones por procesos llevados a cabo en rebeldía, es decir, procesando al requerido ausente, procedimiento que la Constitución uruguaya prohíbe expresamente (cf. artículo 126 CU) y que es contrario al orden público nacional.^{70 71}

⁶⁵ Téngase en cuenta que este principio es el que considera Bolivia para negar cooperación internacional. Véase el informe de Bolivia en este libro.

⁶⁶ Cf. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de París, de 9.12.1948, ratificada por Uruguay mediante la ley 13482 de 7.7.1966.

⁶⁷ El concepto de delito político ha causado graves controversias en la jurisprudencia uruguaya. En la conocida sentencia de 29.06.1993, respecto a la extradición de ciudadanos españoles vinculados a la organización terrorista ETA, se negó la extradición de algunos sujetos amparándolos en la categoría de delincuentes políticos y en que es una cuestión del orden público nacional no extraditar por delitos políticos o delitos comunes conexos con ellos (cf. artículo 13 CP). Véase sentencia n.º 70, Tribunal de Apelaciones de 2.º turno, redactor Preza, en Preza, *Comentarios*, o. cit., pp. 182 y ss. Una vez acordado por el Poder Ejecutivo el modo de entrega de los sujetos que la justicia resolvió extraditar, parte de la población se manifestó en las calles para impedir que la entrega se volviera efectiva y esa situación derivó en el homicidio de un joven manifestante.

⁶⁸ Véase sentencia n.º 202, de 20.12.1990, del Tribunal de Apelaciones de 1.º turno.

⁶⁹ Ratificado por Uruguay, por ley 17498, de 27.05.2002. Véase el artículo 17 sobre el cómputo de la pena y el descuento del tiempo de prisión preventiva sufrido en el país requerido a realizarse en ocasión de la ejecución de la pena.

⁷⁰ El tema ha sido tratado por Pereira, “Dos problemas”, o. cit., pp. 135 y ss.; “La extradición como instituto garantizador”, o. cit., pp. 105 y ss; Cairoli, *La cooperación*, o. cit., pp. 69 y ss.

⁷¹ Recientemente, la justicia chilena solicitó la extradición de tres militares uruguayos presuntamente implicados en el homicidio del químico industrial chileno Eugenio Berríos, colaborador y asesor del extinto dictador Pinochet, y decretó el procesamiento en rebeldía de los referidos militares uruguayos. No obstante, la justicia uruguaya hizo lugar a la demanda extraditoria. Véase <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/berrios.html>.

2. En cuanto a las normas a ser aplicadas, los jueces se guían por los artículos 15 y 16 de la Constitución,⁷² puesto que la norma que regula el proceso penal (CPP) no contempla aspectos internacionales de la detención.

3. Según un criterio jurisprudencial que se funda en una norma del Tratado de Montevideo de 1889, el arresto preventivo no puede durar más de sesenta días, es decir, la detención provisoria no puede exceder de este plazo. Pero, además, debe tenerse en cuenta que la liberación no constituye cosa juzgada, lo que indica que el juicio puede promoverse o reabrirse en cualquier momento.⁷³

4. Parte de la doctrina internacionalista sostiene que la libertad provisional no podrá ser solicitada ante las autoridades nacionales, que solo han procedido a efectivizar una detención por expresa solicitud de un Estado extranjero, así que esta debe ser promovida ante los juzgados del requirente.⁷⁴ Sin embargo, la doctrina penalista es de la opinión contraria.⁷⁵

5. La jurisprudencia uruguaya es propicia a la concesión de extradiciones bajo la condición de descuento del tiempo de reclusión sufrido por causa de prisión preventiva.⁷⁶

6. El arresto preventivo está regulado en el artículo 345.1 NCPP.⁷⁷ Sin embargo, como ya he manifestado, dicho Código —aprobado por ley 16893 de 1998— tiene suspendida desde esa fecha su vigencia.

2.1.1.5. Problemas con relación a la naturaleza jurídica de la sentencia de extradición

1. Siguiendo una teoría errónea, la jurisprudencia nacional consideraba que la sentencia que decide a favor o en contra de la extradición no resolvía el “fondo del asunto”, confundiendo la decisión definitiva sobre la culpabilidad o inocencia (competencia exclusiva del juez requirente) con la decisión definitiva sobre la procedencia

⁷² Aquí se habla de un plazo de veinticuatro horas para la comparecencia de un detenido ante el juez y que dentro de las cuarenta y ocho horas debe comenzar el sumario (etapa procesal que sigue al procesamiento). El artículo 17 regula el hábeas corpus para los casos de prisión indebida.

⁷³ Véase Vieira y García Altolaquirre, *Extradición*, o. cit., p. 102.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 103.

⁷⁵ Véase Cairolí, *La cooperación*, o. cit., p. 68.

⁷⁶ Véase sentencia n.º 42, de 26.3.1996, del Tribunal de Apelaciones de 2.º turno, Preza, *Comentarios*, o. cit., p. 191.

⁷⁷ Art. 345 NCPP. Arresto preventivo: 345.1: “En los casos urgentes podrá solicitarse el arresto preventivo por las vías especificadas en el artículo 341 o por medio de Interpol, haciéndose constar la intención de presentar un pedido formal de extradición y la existencia de una orden judicial de arresto o un fallo condenatorio”.

o no de la extradición (competencia exclusiva del juez requerido).⁷⁸ Y esta simple cuestión impedía la casación de las sentencias del juez requerido ante la SCJ pues, según el artículo 245.4 CPP, “en su parte dispositiva, la sentencia concluirá por fallo, condenando o absolviendo”, de modo que la sentencia de extradición se consideraba como una sentencia no definitiva o interlocutoria, que solo admite recurso de reposición (cf. artículo 250 CPP) con apelación en forma subsidiaria (cf. artículo 251 CPP). De esta forma, las sentencias de extradición jamás llegaban a la órbita de la SCJ, sino que eran resueltas por los tribunales de apelaciones en lo penal.⁷⁹

2. A partir de la sentencia 695, de 26 de agosto de 1998, la SCJ se considera competente para decidir en casación sentencias de extradición que revistan errores de aplicación de la ley en el fondo o en la forma (cf. artículo 269 CPP).

2.1.1.6. Procedimiento: órganos que intervienen en el procedimiento de extradición

Como en todo procedimiento penal, intervienen en la extradición órganos administrativos y judiciales. En ese sentido, debe considerarse que en Uruguay no existe un ministerio de Justicia⁸⁰ ni una policía judicial que dependa del juez encargado de la instrucción o del fiscal.⁸¹ La Policía uruguaya está subordinada al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio del Interior,⁸² y es la que interviene en auxilio del juez competente.

⁷⁸ Se interpretaba el artículo 269 CPP, que dispone que las únicas sentencias que admiten casación son aquellas “que pongan fin a la acción penal o hagan imposible su continuación”, como un obstáculo para casar sentencias de extradición, que tienen naturaleza interlocutoria por tener vedada la resolución del objeto principal del litigio y decidir solo la procedencia o improcedencia de la solicitud de extradición.

⁷⁹ Que bien vale decir que fueron los primeros en considerar a este tipo de sentencias como definitivas y no como interlocutorias. Véase sentencia 100, de 1994, del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1.º turno y sentencias 70 de 1993 y 40 de 1994 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2.º Turno. Véase Cairoli, *La cooperación*, o. cit., p. 95, nota 8.

⁸⁰ Ministerio que paradójicamente existió en período de dictadura militar, a cuyo frente se encontraba el penalista Bayardo Bengoa, aún hoy, doctrina más recibida en Uruguay, y se encargaba —entre otras cosas— de clasificar a las personas en ciudadanos clase A, B o C. Ese ministerio, que tan malos recuerdos trae a los uruguayos, fue eliminado con el retorno de la democracia, por el decreto 407/85. Hoy en día, es la autoridad central que depende del Ministerio de Educación y Cultura la encargada de dar trámite a las solicitudes de extradición.

⁸¹ En Uruguay, el fiscal no se encarga de la investigación sino solo del pedido de procesamiento y de la acusación o el sobreseimiento, aunque su decisión tiene fuerza definitiva, en el entendido de que no puede recibir la oposición del juez o la víctima (cf. artículo 235 CPP).

⁸² Cf. Ley Orgánica Policial (decreto 75/02 del Poder Ejecutivo, de 01.02.1972, leyes 13963 y 14050 y modificaciones por decreto ley 15098, de 21.12.1980). Véase González, “El caso Uruguay”, en Ambos, Gómez Colomer y Vogler (eds.), *La policía en los Estados de derecho latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación*, Colombia, Ibañez, 2003, p. 506.

a. Órganos administrativos

1. Con el fin de agilizar y tecnificar la cooperación judicial internacional, principalmente en el ámbito interamericano y del Mercosur, en 1985 se creó la Autoridad Central del Uruguay, órgano encargado de la transmisión internacional de las rogatorias requirentes de asistencia jurisdiccional internacional.⁸³

Los pedidos de cooperación penal recibidos por las vías pertinentes (Autoridad Central, diplomática, directa) serán diligenciados por las autoridades del Estado requerido según dispongan sus leyes y, siempre que estas no se opongan, se podrá diligenciar la solicitud de acuerdo con las formas y los procedimientos especiales indicados en la solicitud.⁸⁴

Esto obedece a un principio general que entiende que debe admitirse la aplicación de formas procesales distintas a las del país requerido, que puedan ser necesarias para el procedimiento que se tramita en el país requirente, siempre que estas resulten compatibles con la legislación del Estado requerido.

El diligenciamiento de la solicitud obedece al principio de la *gratuidad* (salvo gastos excepcionales, v. gr. traducción, a cargo del Estado requirente),⁸⁵ así como también al principio de *reserva* o *confidencialidad*.⁸⁶

2. La Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional del Uruguay actúa en la transmisión y recepción de solicitudes de cooperación jurídica internacional en materias civil, comercial, de familia, minoridad y penal, sobre la base de tratados⁸⁷ y normas de fuente nacional.⁸⁸

⁸³ De esta forma se dio cumplimiento a lo convenido en diversos tratados suscritos por Uruguay. Cf. Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

⁸⁴ Cf. artículo 6 Convención Interamericana de 1975; artículo 7 Protocolo de San Luis.

⁸⁵ Véanse artículo 13 Protocolo de San Luis; artículo 29 Convención Interamericana de Nassau.

⁸⁶ Véanse artículo 12.2 Protocolo de San Luis; artículo 25 Convención Interamericana de Nassau.

⁸⁷ Cf. ámbito mundial: artículo 7 (asistencia jurisdiccional recíproca) de la Convención de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y Convención de Viena de Naciones Unidas de 1988 sobre Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; artículos XVIII (autoridades centrales) de la Convención Interamericana de 1975 de Panamá sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y sus respectivos protocolos adicionales; la Convención de 1979 de Montevideo sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero y la que refiere al Cumplimiento de Medidas Cautelares; de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores y sobre Obligaciones Alimentarias; de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores; artículo 3 Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, el Protocolo de San Luis y el Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, y también el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares.

⁸⁸ Cf. libro II, título X, Normas Procesales Internacionales del CGP; artículos 75 a 80 ley 17016, de 22.10.1998; artículos 29 a 36 ley 17060, de 23.12.1998.

3. Tiene intervención preceptiva el Ministerio Público, que en Uruguay es un órgano técnico que depende del Poder Ejecutivo y responde a un fiscal de Corte, cuyo superior jerárquico es el ministro de Educación y Cultura. El artículo 349 NCPP dispone que el fiscal dejará de ser parte en el proceso de extradición para convertirse en un dictaminante técnico auxiliar del juez y solo podrá intervenir en forma directa para solicitar la postergación de la entrega del *extraditorius* (cf. artículo 355). Entonces, las partes en el proceso serían el abogado del Estado requirente y la persona requerida, constituyendo un proceso *sui generis* que podría constar de una sola parte (el requerido), ante la ausencia de un representante del Estado requirente.⁸⁹

4. A su vez, interviene la Policía nacional, así como la Interpol, que es la encargada de efectivizar las solicitudes de aprehensión que provienen de la Interpol afincada en el Estado requirente.⁹⁰

b. Órganos judiciales

1. En el proceso de extradición tiene intervención directa el juzgado letrado de primera instancia en lo penal que corresponda por razón de materia, lugar y turno. El turno quedará fijado según la fecha de libramiento del exhorto.⁹¹

2. En caso de habilitarse la vía recursiva contra la sentencia del juez de primera instancia, asume competencia la SCJ. El máximo órgano colegiado de Uruguay tiene competencia para conocer, entre otras cosas, y a lo que aquí interesa, “[...] en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados; conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República, en los casos previstos por el derecho internacional”.⁹²

También, la SCJ puede tener injerencia en temas que requieran la interpretación de tratados internacionales, aunque, en determinadas materias como la fiscal o la tarea de interpretación de tratados internacionales, puede esta —eventualmente— ser asumida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.^{93 94}

⁸⁹ Véase Preza, *Comentarios*, o. cit., p. 168.

⁹⁰ En detalle, Vieira y García Altolaguirre, *Extradición*, o. cit., pp. 97 y ss.

⁹¹ Conforme acordada 7134 de la SCJ.

⁹² Conforme artículo 239.1 CU.

⁹³ Cf. Convenio Constitutivo de la Corporación Interamericana de Inversiones, incorporado en la ley 15787, de 6.12.1985.

⁹⁴ Se ha dicho que “aunque no es frecuente que ello ocurra, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Uruguayo puede verse abocado, en materia fiscal, a interpretar un tratado internacional a fin de determinar si el acto administrativo enjuiciado viola o no alguna disposición del tratado en cuestión (regla de derecho)”. Véase Bermúdez, “La aplicación del derecho internacional por el juez administrativo. Definición e interpretación de las reglas internacionales por el juez”, en *LJU, Doctrina* 5, pp. 23 y ss., versión en Internet.

2.1.1.7. Tramitación de la solicitud de extradición

1. La solicitud de extradición tiene que provenir necesariamente de una autoridad judicial del Estado requirente. Suele ser canalizada a través de un agente diplomático del Estado requirente acreditado en el Uruguay, por intermedio de Interpol, o directamente del gobierno que reclama al sujeto a través de su Ministerio de Relaciones Exteriores o de Justicia. Ella debe estar dirigida al Poder Ejecutivo por la Autoridad Central (Ministerio de Educación y Cultura) que la remitirá a la SCJ, que a su vez dispondrá su envío al juzgado letrado de primera instancia en lo penal que corresponda (acompañada de un informe técnico no vinculante), para su diligenciamiento.

2. El juzgado letrado competente deberá dar vista preceptivamente al Ministerio Público.

3. La solicitud puede estar acompañada de un pedido de arresto preventivo que deberá ser controlado por el juez, quien determinará la orden de detención o de incautación de bienes o efectos del delito.

4. El cumplimiento efectivo del arresto corresponde a la policía y, luego, comienza una cadena de comunicaciones con la información policial al juez competente, de este hacia la SCJ, esta al Ministerio de Relaciones Exteriores para que este, finalmente, se encargue de informar al Estado requirente a efectos de que formule la demanda extraditoria según los plazos judiciales previstos en el ordenamiento jurídico nacional. En forma paralela, por lo general, Interpol de Uruguay informa a su símil del país solicitante.

5. Cumplido determinado plazo de tiempo,⁹⁵ si no se ha recibido la solicitud de extradición con las formas que ella requiere,⁹⁶ el detenido debe ser puesto en

⁹⁵ El tiempo varía según los tratados o convenciones. Cf. el Tratado Interamericano de Lima de 1879 (no ratificado por Uruguay, pero que sirve de antecedente) se refiere a un plazo de tres meses verificado el arresto preventivo; el plazo será de diez días desde la llegada del primer correo que solicita el arresto preventivo en el Tratado de Derecho Internacional de Montevideo de 1889 (artículo 44) y de sesenta días en el de 1940 (cf. artículo 46). La Convención Interamericana de Extradición de Montevideo, de 1933, habla de un plazo de dos meses desde la notificación del arresto. En los últimos tratados adoptados por Uruguay, el plazo estipulado varía entre cuarenta y cinco días (cf. convenciones con Israel 1969, Australia 1988, Lituania 1993, Francia 1996), cuarenta días (cf. tratado con Chile 1996) o treinta días (cf. tratado con Argentina 2001).

⁹⁶ Los requisitos formales se refieren a la documentación que debe acompañar la solicitud de extradición: "A) Si se trata de procesados, debe presentarse copia auténtica del auto de procesamiento así como del auto que disponga la privación de libertad, y la copia de las piezas procesales en que se funda la resolución. Si se trata de condenados, debe acompañarse copia auténtica de la sentencia de condena. B) Una relación de los hechos atribuidos a la persona reclamada, con indicación del tiempo y lugar de comisión, su calificación jurídica y los elementos de prueba. C) Transcripción de las disposiciones legales aplicables referidas a la descripción típica, la prescripción del delito y de la pena, clase y monto de la pena y sistema de aplicación de la misma y

libertad y solo podrá ser nuevamente arrestado de recibirse un pedido oficial de extradición formal que sea aprobado por el juez competente.

6. La sentencia de admisión o rechazo del pedido, que como se dijo tiene naturaleza de sentencia definitiva,⁹⁷ podrá ser impugnada primero con el recurso de apelación ante el Tribunal de Apelaciones en lo Penal y, eventualmente, mediante la interposición del recurso de casación ante la SCJ.

2.1.1.8. Procedimiento de *exequatur*

1. El procedimiento de *exequatur* ante la SCJ solo corresponde para el control de las sentencias extranjeras de condena que fueran invocadas con fines de ejecución.⁹⁸ En caso de que se quiera hacer valer en juicio efectos imperativos o de prueba de una sentencia extranjera, esta debe presentarse ante el juez competente (juez de la causa) con la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos que son exigibles (artículo 539 CGP).⁹⁹ El juez competente se pronunciará sobre el mérito del fallo extranjero habiendo previamente comprobado en audiencia (que requiere la presencia del Ministerio Público) el cumplimiento de las condiciones a las que se refiere el artículo 540 CGP.¹⁰⁰

normas procesales que autorizan el arresto. D) Toda información que permita la identificación del reclamado incluso fotografías y ficha dactiloscópica y mención de su probable domicilio o paradero en el territorio nacional". Véase Jardí, "La extradición en el nuevo Código del Proceso Penal", en *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Montevideo, FCU, 1999, p. 351.

⁹⁷ Véase sentencia n.º 70, Tribunal de Apelaciones de 2.º Turno, en Preza, *Comentarios*, o. cit., p. 181.

⁹⁸ Conforme artículo 541 CGP: (Ejecución) "541.1 Únicamente serán susceptibles de ejecución las sentencias extranjeras de condena. 541.2 La ejecución se pedirá ante la Suprema Corte de Justicia. Formulada la petición, se dispondrá el emplazamiento de la parte contra quien se pida según lo dispuesto en la sección II, capítulo II, título VI del libro I, a la que se conferirá traslado por veinte días. Se oírá seguidamente al fiscal de Corte y se adoptará resolución, contra la que no cabrá recurso alguno." 541.3 Si se hiciere lugar a la ejecución, se remitirá la sentencia al tribunal competente para ello, a efectos de que proceda conforme con los trámites que correspondan a la naturaleza de la sentencia (título V del libro II).

⁹⁹ Conforme artículo 539 CGP: (Eficacia de las sentencias) "539.1 Las sentencias extranjeras tendrán eficacia en la República, si reunieren las siguientes condiciones: 1) Que cumplan las formalidades externas necesarias para ser consideradas auténticas en el Estado de origen; 2) Que la sentencia y la documentación anexa que fuere necesaria estén debidamente legalizadas de acuerdo con la legislación de la República, excepto que la sentencia fuere remitida por vía diplomática o consular o por intermedio de las autoridades administrativas competentes; 3) Que se presenten debidamente traducidas, si correspondiere; 4) Que el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer en el asunto, de acuerdo con su derecho, excepto que la materia fuera de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios; 5) Que el demandado haya sido notificado o emplazado en legal forma de acuerdo con las normas del Estado de donde provenga el fallo; 6) Que se haya asegurado la debida defensa de las partes; 7) Que tengan autoridad de cosa juzgada en el Estado de donde provenga el fallo; 8) Que no contraríen manifiestamente los principios de orden público internacional de la República. 539.2 Los comprobantes indispensables para solicitar el cumplimiento de la sentencia extranjera son: 1) Copia auténtica de la sentencia; 2) Copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los numerales 5.º y 6.º del ordinal precedente. 3) Copia auténtica con certificación de que la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada".

¹⁰⁰ Conforme artículo 540 CGP: "Efectos imperativos y probatorios. Cuando solo se tratare de hacer valer los efectos imperativos o probatorios de una sentencia extranjera, deberá presentarse la misma ante el tribunal pertinente y acompañar la

2. Como se ha dicho, en los hechos este instituto no significa otra cosa que la desconfianza del sistema uruguayo respecto a resoluciones definitivas tomadas por tribunales extranjeros y una traba al sistema del *reconocimiento mutuo directo*.¹⁰¹

2.1.1.9. Otras consideraciones

1. Hay quienes sostienen¹⁰² que de principio, entonces, según el artículo 13.3 CP¹⁰³ y el artículo 32 CPP puede deducirse que la ley supranacional tiene prioridad sobre la ley nacional. Al respecto, como he manifestado en un trabajo anterior,¹⁰⁴ solo puede decirse que la ley internacional se encuentra por debajo de la Constitución y en el mismo nivel jerárquico que la ley nacional. Ahora bien, de estas dos normas se puede deducir que como instituto de cooperación internacional tendrá prioridad la norma específica que regule el procedimiento entre dos o más Estados, y que, en su defecto —en forma supletoria—, deberán aplicarse las normas nacionales que regulen la materia. En mi opinión, a ninguna otra conclusión puede llegarse de esta débil premisa. Aun frente a la existencia de un tratado los problemas se plantean, por ejemplo, ante una reforma del orden jurídico interno que prohíba extraditar determinados delitos cuando, por otra parte, exista un tratado suscrito en el que tales delitos puedan ser extraditables. En ese caso, se pregunta Fernández,

¿cuáles de ambos textos prevalece? ¿La ley interna se aplica “erga omnes” o debe ceder, en el caso concreto de una extradición convencional, a las antiguas prescripciones del tratado? Dicho de otro modo, si la solicitud proviene de un Estado ligado por relación convencional, el exhortado, ¿debe en tal caso acceder a la entrega, contrariando su orden jurídico interno?¹⁰⁵

documentación referida en el artículo 539.2. En este caso, el tribunal se pronunciará sobre el mérito de la sentencia extranjera, en relación con el efecto pretendido, en la sentencia que dictare, previa comprobación, con audiencia del Ministerio Público, de que se han cumplido las condiciones indicadas en el artículo 539.1”.

¹⁰¹ Este instituto significa un retroceso en materia de colaboración judicial, que debería ser abandonado al momento de implementar el Estatuto. Según expresaba en el siglo XIX Gonzalo Ramírez, el *exequátur* debía ser suprimido por favorecer únicamente al presunto ejecutado en la ocultación de sus bienes. Véase Solari, “Las nuevas normas procesales internacionales del Código General del Proceso”, en *RFDCS*, 3 y 4, julio-diciembre 1989, p. 193.

¹⁰² Así Vieira y García Altolaguirre, *La extradición*, o. cit., p. 52. Los primeros nombrados sostienen que “no se puede hacer primar frente a un tratado o convención, ninguna norma de fuente nacional, incluida la propia Constitución”. *Ibidem*, p. 53.

¹⁰³ Artículo 13.3: “La extradición puede otorgarse u ofrecerse aun por delitos no contemplados en los Tratados, siempre que no existiere prohibición en ellos”.

¹⁰⁴ Véase Galain Palermo, “Informe Uruguay”, o. cit., pp. 411 y ss.

¹⁰⁵ Véase Fernández, “Extradición”, o. cit., p. 3.

Ante dicha situación de contradicción normativa, que la Constitución uruguaya no resuelve,¹⁰⁶ la jurisprudencia nacional ha tenido que pronunciarse, aunque no siempre en el mismo sentido.¹⁰⁷

En mi opinión urge que el legislador nacional (o el constituyente) se pronuncie sobre el tema y determine claramente que, en caso de contradicción del tratado con la ley nacional, por tratarse de órdenes jurídicos diferentes (el internacional y el nacional) y porque un tratado no se crea según el procedimiento que la Constitución exige para la formación de la ley, la norma internacional debería prevalecer frente a la norma nacional, con la excepción de contradicción con la Constitución (en ese sentido, cf. artículo 46 CVDT), que exigiría a la SCJ pronunciarse en contra de la validez del tratado (cf. artículo 239.1).¹⁰⁸ En apoyo de esta opinión, la propia ley nacional se somete al imperio de la norma internacional y se torna competente ante su ausencia (cf. artículos 13 CP, 32 CPP y 524 CGP).¹⁰⁹ Recuérdese que cualquier incumplimiento de la letra de un tratado, amparándose el incumplidor en una ley nacional posterior (cf. artículo 27 CVDT), es pasible de responsabilidad internacional del Estado.¹¹⁰

Un caso distinto acontecerá cuando las disposiciones del tratado sean implementadas directamente en el ordenamiento nacional, como sucede con el espíritu del ER que será traspolado al sistema jurídico uruguayo por medio de una ley nacional, al modo alemán,¹¹¹ favoreciendo la creación de una especie de Código Penal Internacional.¹¹²

¹⁰⁶ Véase Galain Palermo, "Informe Uruguay", o. cit., pp. 411 y ss.

¹⁰⁷ Cf. sentencia de la SCJ, *LJU*, caso 11631, t. 102, 1991; Tribunal de Apelaciones del Trabajo, *LJU*, caso 9817, t. 85, 1982, donde se jerarquiza al tratado con igual valor que la ley nacional, siguiendo el aforismo "ley posterior deroga a la anterior". Sin embargo, en otra sentencia de la SCJ del año 1979 se afirmaba que "de no haberse consagrado la prelación de los tratados internacionales, estos igualmente prevalecerían contra cualquier otra norma nacional en contrario —aunque fuera posterior— pues estos —que son la fuente más importante del derecho internacional— poseen un vigor superior al de la ley interna de los Estados signatarios; por lo que si hubiese conflictividad entre uno y otro prevalecerá el tratado". Conforme Arrighi, "Relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos", *Derecho Internacional Público*, tomo I, 2.º ed., Montevideo, FCU, 1996, p. 357.

¹⁰⁸ Pero téngase en cuenta que la SCJ se pronunciará sobre la validez del tratado, no como una cuestión de inconstitucionalidad de una norma que no tiene forma de ley nacional.

¹⁰⁹ Art. 524 CGP (Normas aplicables): "En defecto de tratado o convención, los tribunales de la República deberán dar cumplimiento a las normas contenidas en el presente título". Se refiere al título X sobre normas procesales internacionales.

¹¹⁰ Véase Galain Palermo, "Informe Uruguay", o. cit., pp. 416 y ss.

¹¹¹ Ambos, "Die Implementation des IStGH-Status in Deutschland", en español "La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania", traducción de Pablo Galain y Oliver Büchl, o. cit., pp. 19 y ss.

Véase Galain Palermo, "Informe Uruguay", o. cit., p. 404.

¹¹² Así lo exigía el artículo 77 del PIU y de la ley 16028.

2. Es importante recordar que la Constitución uruguaya no se opone a la extradición de nacionales y que este principio se ratifica, recientemente, en el artículo 10 del Tratado de Extradición con Argentina y en el artículo 341 NCPP.

3. Los últimos tratados que vinculan a Uruguay permiten una modalidad de extradición simplificada, toda vez que la persona requerida en presencia de su abogado defensor consienta la solicitud. De esta forma, la extradición se simplifica al modo de realizar la entrega al Estado requirente.¹¹³

4. En el NCPP (que, como se ha dicho, a pesar de estar promulgado como ley nunca ha regido) Uruguay no admite la extradición cuando el requerido ha sido juzgado por un tribunal de excepción o ad hoc (cf. artículo 339.3 NCPP).¹¹⁴

5. Uruguay no concede extradiciones cuando el delito por el que se requiere al sujeto está conminado con pena de muerte o cadena perpetua.

2.1.2. Otras formas de asistencia judicial internacional

1. Atendiendo a la dificultad que tienen los poderes judiciales al momento de enfrentar casos que atañen al derecho internacional, en la Cumbre de las Américas celebrada en abril del año 2001, en Quebec, los jefes de Estado y Gobierno han dispuesto:

Establecer en la OEA una red de información, vía Internet, entre las autoridades jurídicas competentes en los temas de extradición y asistencia mutua penal, con el propósito de facilitar la comunicación directa y frecuente entre ellos y la identificación de problemas comunes en el manejo de casos y asuntos específicos.¹¹⁵

2. En la asistencia judicial internacional las comunicaciones se realizan a través de cartas rogatorias que deben cumplir con determinados requisitos.¹¹⁶

¹¹³ Cf. artículo 22 Tratado con Argentina y artículo 23 Tratado con España.

¹¹⁴ En período de dictadura militar, Uruguay participó de la CIE que se celebró en Caracas, en febrero de 1981. Allí, la delegación uruguaya pretendió que los tribunales militares no fueran considerados ad hoc o de excepción; sin embargo, primó el denominado principio democrático y no consideró viable esa propuesta. Véase Ottati, "Convención Interamericana sobre Extradición. Primeras reflexiones acerca de su contenido", en *RIUDP*, año II, 3, 1981, p. 132.

¹¹⁵ Véase Tellechea, "La cooperación judicial internacional en materia penal con especial referencia al ámbito del Mercosur y Estados asociados", en *LJU*, tomo 126, doctrina 1, Internet, p. 2.

¹¹⁶ Véase el artículo 4 de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, de 1975, ratificado por todos los países del Mercosur: "Los exhortos o cartas rogatorias en que se solicite la recepción u obtención de pruebas o informes en el extranjero deberán contener la relación de los elementos pertinentes para su cumplimiento, a saber: 1. Indicación clara y precisa acerca del objeto de la prueba solicitada. 2. Copia de los escritos y resoluciones que funden y motiven el exhorto o carta rogatoria, así como los interrogatorios y documentos que fueran necesarios para su cumplimiento. 3. Nombre y dirección tanto de las partes como de los testigos, peritos y demás personas intervinientes y los datos indispensables para la recepción u obtención

3. Según el Protocolo de San Luis, que rige para los países del Mercosur:

La asistencia comprenderá: a) notificación de actos procesales; b) recepción y producción de pruebas tales como testimonios o declaraciones, realización de pericias y examen de personas, bienes y lugares; c) localización o identificación de personas; d) notificación a testigos o peritos para la comparecencia voluntaria a fin de prestar testimonio en el Estado requirente; e) traslado de personas sujetas a un proceso penal a efectos de comparecer como testigos en el Estado requirente o con otros propósitos expresamente indicados en la solicitud, conforme al presente Protocolo; f) medidas cautelares sobre bienes; g) cumplimiento de otras solicitudes respecto de bienes; h) entrega de documentos y otros elementos de prueba; i) incautación, transferencia de bienes decomisados y otras medidas de naturaleza similar; j) aseguramiento de bienes a efectos del cumplimiento de sentencias judiciales que impongan indemnizaciones o multas; y k) cualquier otra forma de asistencia acorde con los fines de este Protocolo que no sea incompatible con las leyes del Estado requerido.¹¹⁷

2.1.2.1. Cuando no existe tratado

1. Cuando no existe un tratado vigente entre el Estado que requiere el auxilio y el requerido, en el que esté previsto el método de comunicación de la asistencia por medio de las autoridades centrales, la solicitud de colaboración judicial será recibida o transmitida a través de la vía diplomática y, por medio de esta, a los órganos judiciales competentes. Por decreto ley 15441, de 1.8.1983, se establecieron normas para legalizar documentos extranjeros, excluyendo la legalización para acreditar la autenticidad de las solicitudes extranjeras cuando provengan de autoridades centrales u órganos oficiales.¹¹⁸ Los defectos formales (v. gr. documentos sin legalizar que

de la prueba. 4. Informe resumido del proceso y de los hechos materia del mismo en cuanto fuere necesario para la recepción u obtención de la prueba. 5. Descripción clara y precisa de los requisitos o procedimientos especiales que el órgano jurisdiccional requirente solicitare en relación con la recepción u obtención de la prueba, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2, párrafo primero, y en el artículo 6°.

¹¹⁷ Cf. artículo 2 ley 25095, de 21.4.1999 (BO, 24.05.1999) que aprobó para la República Argentina el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, de San Luis, 25.6.1996.

¹¹⁸ La cooperación se intensifica y simplifica en materia penal en la lucha contra el narcotráfico. Véase artículo 76 ley 17016, de 22.10.1998: "Las solicitudes de cooperación jurídica penal internacional y documentación anexa recibidas por la citada Dirección vía diplomática, consular o directamente, quedarán eximidas del requisito de legalización y deberán ser acompañadas, en su caso, de la respectiva traducción al idioma español". Véase también artículo 14 decreto 398/99: "Las solicitudes de cooperación jurídica penal internacional y documentación anexa recibidas por la citada Dirección vía diplomática, consular o directamente, quedarán eximidas del requisito de legalización y deberán ser acompañadas, en su caso, de la respectiva traducción al idioma español (artículo 76 del decreto ley n.º 14294, de 31 de octubre de 1974, en la redacción dada por el artículo 5.º de la ley n.º 17016, de 22 de octubre de 1998)".

acompañan una solicitud de extradición) dan lugar al excepcionamiento del requerido y a una posible denegación del pedido en caso de no ser subsanados a tiempo.¹¹⁹

2. En cuanto a posibles medidas cautelares, el artículo 535 CGP¹²⁰ permite al juez nacional tomar las medidas cautelares pertinentes, en casos de urgencia, de manera directa para evitar perjuicios sobre personas o bienes ubicadas en territorio uruguayo, que de no ser practicadas puedan entorpecer un proceso desarrollado o a desarrollarse en el extranjero. Esta norma bien puede aplicarse al *parquet* competencial de la CPI, pues el artículo 63 PIU establece que “el diligenciamiento de las medidas requeridas se ajustará a los procedimientos del ordenamiento jurídico interno”.

3. Como aspectos negativos del sistema uruguayo en materia de cooperación internacional, menciona Solari los siguientes: a) los funcionarios diplomáticos o consulares tienen vedado cualquier tipo de intervención si en el país en el que desarrollan funciones no existe tratado internacional con Uruguay; b) el artículo 143 CGP¹²¹ no especifica de qué forma puede el juez nacional, obtener las normas de derecho extranjero a ser aplicadas en el caso concreto, ni establece cuáles son los procedimientos legítimos para tal propósito.¹²²

2.1.2.2. Régimen especial para delitos relacionados con el narcotráfico

1. Tratándose de delitos relacionados con el narcotráfico, la ley 17016 (Estupefacientes) establece que las solicitudes de cooperación jurídica penal internacional

que refieran al auxilio jurídico de mero trámite, probatorio, cautelar o de inmovilización, confiscación, decomiso o transferencia de bienes, se recibirán y darán curso por

¹¹⁹ Véase sentencia n.º 40, de 8.3.1994, Tribunal de Apelaciones de 2.º turno, conforme Preza, *Comentarios*, o. cit., pp. 187 y ss.

¹²⁰ Conforme artículo 535 CGP (Facultad cautelar). “535.1 Cualquiera sea la jurisdicción internacionalmente competente para conocer en el litigio y siempre que el objeto de la medida se encontrare en territorio nacional, los tribunales de la República podrán ordenar y ejecutar, a solicitud fundada de parte, todas las medidas conservatorias o de urgencia, cuya finalidad sea garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual. 535.2 Si el proceso estuviere pendiente, el tribunal que decretó la medida deberá comunicarla de inmediato al tribunal extranjero que conoce en lo principal. 535.3 Si el proceso aún no se hubiere iniciado, el tribunal que ordenó la medida fijará un plazo, sujetándose a lo que en la materia dispone la ley nacional, dentro del cual el peticionante habrá de hacer valer sus derechos so pena de caducidad de la medida (artículo 311.2). Si en el plazo acordado se promoviere la demanda, se estará a lo que resuelva, en definitiva, el tribunal internacionalmente competente. 535.4 Los tribunales de la República, cuando procediere, podrán decretar medidas cautelares destinadas a cumplirse fuera del país”.

¹²¹ Conforme artículo 143 CGP (Prueba del derecho). “El derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba y el Tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo”.

¹²² Véase Solari, “Las nuevas normas procesales”, o. cit., p. 193.

la Dirección de Cooperación Jurídica Internacional y de Justicia del Ministerio de Educación y Cultura (cf. artículo 75).

Siguiendo las directivas de los tratados respectivos y de las normas nacionales, remitirá la solicitud a las autoridades jurisdiccionales o administrativas competentes para su diligenciamiento. Para dar trámite a esta no se exigirá el requisito de legalización de los documentos acompañados (cf. artículo 76), aunque se verificará que esté debidamente fundada, que se identifique claramente la autoridad requirente y que esté traducida al idioma español (cf. artículo 77.1). A su vez, la conducta que motiva la investigación debe cumplir con el requisito de la *dobles incriminación* (cf. artículo 77.2) y si se tratara de

registros, levantamiento del secreto bancario, embargo, secuestro y entrega de cualquier objeto, comprendidos, entre otros, documentos, antecedentes o efectos, el tribunal nacional actuante diligenciará la solicitud si determinara que la misma contiene toda la información que justifique la medida solicitada (cf. artículo 77.3).

2. La afectación del orden público nacional sigue siendo la causal más importante de rechazo de la cooperación internacional, para ello, la solicitud debe perturbar de “forma grave concreta y manifiesta el orden público, así como la seguridad u otros intereses esenciales de la República” (cf. artículo 77.4).

2.1.2.3. La denegación de asistencia

1. Entre las posibles causas de denegación de asistencia se encuentran:
 - a. *delitos políticos o conexos con delitos políticos y delitos militares*. Se trata de evitar las persecuciones con fines políticos y la extradición motivada en delitos del Código Penal Militar (esto es, si se trata de delitos tipificados exclusivamente en la legislación militar pero no en el derecho penal ordinario del Estado requerido). Es decir que los militares pueden ser extraditados salvo que se trate de una solicitud por un delito no contenido en el Código Penal.¹²³

¹²³ Cf. artículos 8 y 9 Convención Interamericana de 1992 sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal; artículo 5 literales a y b Protocolo de San Luis; véanse artículo 5 Tratado de Extradición con Argentina y artículo 5 Tratado de Extradición con España.

- b. *delitos tributarios*. Esta excepción de cooperar se admite en función del carácter predominantemente territorialista del derecho tributario, para evitar que la potestad tributaria de un país pueda ejercerse oblicuamente en territorio de otros sobre la base de solicitudes de cooperación procesal penal.¹²⁴
- c. *el principio de non bis in idem*: principio que se configura cuando la persona reclamada ha sido absuelta o ha cumplido con la condena en el Estado requerido por los mismos hechos que motivan la solicitud.¹²⁵
- d. *cuando la solicitud afecta la seguridad, el orden público o cualquier otro interés esencial*. Esta es una cláusula común que sirve para denegar las solicitudes de cooperación aduciendo causas políticas o de política de Estado.¹²⁶

2. En relación con el orden público, el Uruguay ha negado solicitudes de cooperación o ha concedido extradiciones bajo condiciones,¹²⁷ siempre que una solicitud extranjera ofenda “en forma grave, concreta y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica”.¹²⁸

3. Dentro del concepto de orden público uruguayo, generalmente se incluye al secreto bancario y al secreto fiscal. Estos solo pueden ser relevados por resolución fundada de un juez penal o de un juez de familia (en este último caso, cuando se trate del incumplimiento de una obligación alimentaria). Tal cual está legislado, el secreto cede únicamente en ocasión de determinados delitos o incumplimientos.¹²⁹

¹²⁴ Ahora bien, según Tellechea: “no obstante que la denegación de la entreaayuda en el tema no es absoluta, ya que de acuerdo a la doctrina más recibida en la región plasmada en diversos Tratados, tales los concluidos por Uruguay con Brasil, España y Estados Unidos sobre Asistencia Mutua en Asuntos Penales, artículos 5.1.c de los mismos y Convención Interamericana de Nassau, artículo 9 literal f, se admite que el auxilio proceda cuando el ilícito tributario que motiva la solicitud ha sido cometido a través de declaraciones intencionalmente falsas o por omisión intencional de declaración con la finalidad de ocultar ingresos provenientes de delitos perseguibles. El Protocolo de San Luis regula el tema en el artículo 5, literal e”. Véase Tellechea, “La cooperación”, o. cit., p. 12.

¹²⁵ Cf. artículo 5.d del Protocolo de San Luis; artículo 9.a de la Convención Interamericana de Nassau; artículo 5.d del convenio bilateral con España y artículo 5.d del convenio bilateral con Estados Unidos.

¹²⁶ Cf. artículo 5.1 convenio uruguayo-brasileño, artículo 5.1 convenio uruguayo-español y artículo 5.1 convenio uruguayo-estadounidense; el artículo 9.9 de la Convención Interamericana de Nassau, y el artículo 5.e del Protocolo de San Luis.

¹²⁷ En ese sentido, la justicia uruguaya en el año 2004 concedió la extradición a Egipto de un presunto terrorista de igual nacionalidad, condicionada a que no se le impusiera la pena de muerte, en estricta aplicación del principio de doble incriminación.

¹²⁸ Declaración de la delegación uruguaya en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, de Montevideo, 1979.

Entonces, debido a estas limitaciones ni la administración tributaria ni el Banco Central pueden intercambiar información con otras administraciones fiscales o bancarias extranjeras. En el sistema uruguayo, el sigilo es de tal magnitud que solo cuando la Dirección General Impositiva formule denuncia criminal por defraudación tributaria y el juez en lo penal estime que se dan los extremos requeridos por el artículo 25 del decreto ley n.º 15322¹³⁰ podrá la administración tributaria nacional acceder a la información resguardada por el sigilo financiero.¹³¹ El juez penal debe fundamentar la solicitud de levantamiento del secreto, es decir, tiene que aducir las razones concretas que hacen necesario descubrir el velo que cubre identidades y montos de cuentas bancarias. En este aspecto se basa la doctrina penal uruguaya para respaldar el secreto y negar la cooperación internacional pues, en el fondo, se defiende la primacía de la ley interna nacional frente a los compromisos internacionales asumidos por el Uruguay.¹³²

La doctrina uruguaya sostiene que la existencia de una ley nacional que regula el sistema del secreto (fiscal, bancario) es un escollo para toda solicitud de cooperación internacional y que cualquier pedido de colaboración proveniente de juez extranjero deberá adaptarse a tales disposiciones, tal como lo hace cualquier juez uruguayo por tratarse de una cuestión del orden público nacional e internacional. La doctrina penal uruguaya no se cuestiona que, con esta posición, no solo se protege el derecho a recibir inversión extranjera sino que, como contrapartida —o como efecto no deseado— la ley nacional pueda favorecer o encubrir algún tipo de actividad

¹²⁹ Para el secreto bancario cf. el artículo 25 del decreto ley 15322; mientras que, en relación al secreto fiscal, cf. el artículo 47 del Código Tributario: “La Administración Tributaria y los funcionarios que de ella dependen están obligados a guardar secreto de las informaciones que resulten de sus actuaciones administrativas o judiciales. Dichas informaciones solo podrán ser proporcionadas a la Administración Tributaria y a los Tribunales de Justicia en materia penal, de menores, o aduanera cuando esos órganos entendieran que fuera imprescindible para el cumplimiento de sus funciones y lo solicitaren por resolución fundada. La violación de esta norma aparea responsabilidad y será causa de destitución para el funcionario infidente”.

¹³⁰ Conforme artículo 25 decreto ley 15322: “Las empresas comprendidas en los artículos 1.º y 2.º de esta ley no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional y solo pueden ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución fundada de la justicia penal o de la justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud. No se admitirá otra excepción que las establecidas en esta ley. Quienes incumplieren el deber establecido en este artículo, serán sancionados con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”.

¹³¹ Véase Adriasola, “El delito tributario, la cooperación penal internacional y la extradición”, en *LJU*, tomo 126, doctrina 9, versión Internet, p. 16.

¹³² Se dice: “En todos los casos debe privar el respeto a la ley interna del Estado requerido, por lo que no es posible sortear los requisitos de fondo y forma que la ley interna exige para el relevamiento judicial del secreto bancario, aun a pesar de la cooperación judicial penal internacional”. Véase Cairoli, *La cooperación*, o. cit., p. 55.

ilícita o colocar al Uruguay en la lista de países “no colaboradores”, y por ello, se llega a decir que el secreto bancario debe mantenerse sobre la base de criterios tan superiores (como la seguridad de una plaza financiera confiable o los derechos humanos)¹³³ que requieren su inclusión en el orden público nacional.¹³⁴

Sin embargo, el descrédito del *secretismo* no corresponde a un ataque injustificado de los países poderosos, como sostiene Adriasola, sino de toda la comunidad internacional.¹³⁵ Por ello, la doctrina internacionalista más comprensiva con los compromisos internacionales en materia de cooperación es de una opinión más dialogante o moderada, si bien reconoce que

el secreto bancario es parte de una definición de tipo político superior, ya que tienen que ver con la organización del sistema financiero, lo que integra la individualidad jurídica del Estado uruguayo, es notorio que pueden armonizarse los compromisos internacionales de cooperación y los intereses propios de nuestro país.¹³⁶

A esta línea de pensamiento prefiero acogerme, en el entendido de que, por más que el secreto bancario integre el concepto de orden público internacional al que

¹³³ Se sostiene que el deber de guardar sigilo bancario es de origen constitucional, en tanto el sigilo financiero es una faceta del secreto profesional y este forma parte del derecho fundamental a la privacidad y a la intimidad de las personas. “El derecho a la protección de la privacidad en el derecho constitucional uruguayo emana de los artículos 28 y 72 de la Carta, que respectivamente expresan: ‘Artículo 28. Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general’. A su vez, el artículo 72 edicta: ‘La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno’. Por cierto que el referido derecho puede ser limitado por la ley mediando razones de interés general, lo que por supuesto no quiere ello significar que la ley pueda abolirlo”. Véase Adriasola, *El delito tributario*, o. cit., p. 20.

¹³⁴ Adriasola defiende la inclusión del secreto como una cuestión del orden público uruguayo y se refiere a un injustificado interés de denostación del secreto fiscal y bancario de los países poderosos respecto a otros, de economía más precaria, así como a los derechos del individuo garantizados por la Constitución. Dice: “Empero, la abdicación de institutos estrechamente vinculados a los derechos humanos, como lo es la inviolabilidad del secreto, no puede ser el camino para obtener un equilibrio fiscal internacional, y si ambos intereses entran en pugna, no tenemos la menor duda de que la solución pasa por la primacía de la libertad, una de cuyas facetas es el derecho a la privacidad de la información. Es indudable que este tipo de discursos parte de países industrializados cuyo temor es la huida de capitales o la apetencia de gravar rentas de capital de origen trasnacional”. Véase Adriasola, *El delito tributario*, o. cit., p. 18.

¹³⁵ Así lo reconoce el propio Adriasola, “Y es que su descrédito aparece respaldado por una larga serie de instrumentos internacionales y declaraciones, que parecen iniciarse con la Convención de Viena de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. El artículo 7.5 de dicha convención establecía de modo contundente: ‘Las partes no invocarán el secreto bancario para negarse a prestar asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo’. En el ámbito de los delitos contra la corrupción pública, la Convención Interamericana contra la Corrupción estableció en su artículo XVI: ‘El Estado parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado parte requirente amparándose en el secreto bancario [...]’. De igual manera, la OCDE, como ya lo viéramos, ha manifestado su preocupación acerca del obstáculo que representa el secreto bancario para procurar una información financiera global que permita el control extraterritorial de las rentas de capital; y es frecuente asociar el instituto del secreto bancario a la peyorativa designación de algunos países como ‘paraísos fiscales’”. *Ibidem*, p. 19.

¹³⁶ Véase Operti, *El secreto bancario y actuación del Poder Judicial en el marco de los instrumentos de cooperación penal internacional*, Montevideo, 1995, p. 73.

Uruguay se acoge (que responde a una política económico financiera determinada),¹³⁷ esto tiene que ser compatibilizado con las obligaciones asumidas por el país en los convenios internacionales vigentes en cuanto a cooperación judicial y, también, con relación a la futura colaboración con la CPI.¹³⁸

Por tanto, Uruguay no puede desconocer instancias superiores a su ley de regulación económica, máxime cuando están en juego principios que guardan relación con los derechos humanos de cientos de víctimas, frente a los cuales no cabrían excepciones de índole económica, como la protección de la identidad de los titulares de cuentas bancarias en bancos afincados en Uruguay o sobre el monto de estas.¹³⁹ Iniciada una investigación por alguno de los crímenes del ER o del futuro Código Penal Internacional uruguayo, el secreto debería ceder ante cualquier solicitud de cooperación.

No creo que sean de recibo los argumentos que defienden la política del secreto basándose en los derechos humanos de los titulares de bienes materiales o de fondos de inversión en Uruguay.¹⁴⁰ Tampoco estoy de acuerdo con quienes sostienen que el secreto debe mantenerse como una cuestión del orden público nacional o internacional porque también existen *otros* paraísos fiscales sostenidos y amparados por los países del *primer mundo*. Creo que lisa y llanamente el sigilo debe defenderse como una política de Estado sobre la que se asienta la identidad de la nación, sin más disquisiciones o vericuetos, asumiendo, por ello, todas las consecuencias (positivas y negativas) de su inclusión en el orden público nacional¹⁴¹ e internacional.¹⁴²

¹³⁷ Así también Luxemburgo, pues, según el artículo 7 de la ley de 3.5.1993, la Commission de Surveillance du Secteur Financiere “peut refuser de donner suite à une demande d’information a) lorsque la communication des informations risquerait de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à l’ordre public luxembourgeois [...]”. Sin embargo, el artículo 40.1 del Código Penal obliga a «les établissements de crédit et les autres professionnels du secteur financiere» a cooperar con cualquier demanda legal de las autoridades competentes. Por tanto, no limita el levantamiento del secreto únicamente a una demanda penal o por alimentos. Véase Spielmann, *Le secret bancaire et l’entraide judiciaire internationale pénale au Grand-Duché de Luxembourg*, Larcier, Bruxelles, 1999, pp. 22 y 25. Específicamente sobre la naturaleza del secreto bancario como una cuestión de orden público, véanse pp 36 y ss.

¹³⁸ Entre otros motivos, porque el Uruguay se ha comprometido con un proceso de integración regional que intenta avanzar a pasos agigantados, salvo que se haya asumido desde un inicio una integración parcial o, llegado el momento, dar un paso al costado de esta, como ha sucedido con Suiza respecto a la Unión Europea.

¹³⁹ Sin embargo, en la doctrina uruguaya se entiende que el interés del Estado no radica en la libertad e intimidad del cliente del Banco sino en la tutela de la actividad financiera del país que garantiza la seguridad de la plaza financiera para la captación de inversión extranjera. Véase Cairoli, *La cooperación*, o. cit., pp. 53 y ss. Este autor reconoce que el secreto bancario uruguayo es uno de los más fuertes del mundo y que el artículo 25 del decreto ley 15322 de 17.9.1982 hace más difícil el levantamiento del sigilo bancario en Uruguay que en las leyes de Suiza.

¹⁴⁰ Cf. artículo 28 ley 16774 de 1996 sobre fondos de inversión.

¹⁴¹ Interpretando el orden público interno como todas las disposiciones coactivas que rigen en el Uruguay, es decir, aquellas que no pueden ser dejadas de lado por voluntad de las partes. Si nos remitimos al Código Bustamante, en el artículo 4 se dice que “Los preceptos constitucionales son de orden público internacional”. En relación con las formas de los contratos, el artículo 175 dice: “Son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes,

4. Toda denegación de cooperación debe ser comunicada a través de la autoridad central especificando las razones de la decisión denegatoria.¹⁴³ Y, en mi opinión, deberían limitarse las denegatorias a la cooperación internacional a resoluciones fundadas del Poder Judicial, por más que, cuando la colaboración exigida ponga en juego auténticos intereses del orden público o de la seguridad nacional, el Poder Judicial se expida a solicitud expresa del Poder Ejecutivo.

3. La cooperación con la Corte Penal Internacional

En esta sección del informe me refiero a determinadas circunstancias que tienen que ver con la futura cooperación del Estado uruguayo con la CPI, tomando como base exclusiva la ley 18026, que implementó el ER en el ordenamiento jurídico nacional.

3.1. Introducción

1. La seguridad jurídica y la certeza son valores esenciales del ideal de justicia que cada ordenamiento interno debe perseguir, y ellos no escapan al derecho penal internacional. El ideal de justicia en el orden internacional se edifica a partir del principio de igualdad soberana de los Estados y, para ello, requiere de un orden jurídico justo y racional al cual estos se sometan por su libre voluntad, pues ninguno de ellos desea perder cuotas de soberanía. En ese sentido, el ER ha sido cuidadoso para no aumentar la complejidad de la normativa internacional¹⁴⁴ e imponer una

la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto”; así como: “las disposiciones que se refieren a causa ilícita en los contratos” (cf. artículo 179). Cf. también los artículos 246, 254, 257, 272, 283 y 284 del Código Bustamante.

¹⁴² Entendiendo por orden público internacional la manifestación de la voluntad del Estado cuando la ley extranjera contraría un interés superior y, consecuencia de esto, la no aplicación de aquella. Según el artículo 5 del Código Bustamante: “Todas las reglas de protección individual y colectiva, establecidas por el derecho político y el administrativo, son también de orden público internacional, salvo el caso de que expresamente se disponga en ellas lo contrario”.

¹⁴³ Cf. artículo 15.2 Protocolo de San Luis.

¹⁴⁴ Hoy en día, en cuanto a las normas internacionales, se perfila una serie de paradigmas que pueden dar lugar a determinadas paradojas, a saber: “1) [...] van desarrollándose las denominadas normas imperativas del derecho internacional o de *ius cogens* en comparación con otras de carácter dispositivo; 2) [...] se vislumbran normas de carácter regional o particular que contrastan con otras universales o generales; 3) Y, en fin, puede discernirse otro tipo de graduaciones normativas vinculadas

voluntad superior o de señorío sobre los Estados, de modo que no pierdan la iniciativa jurisdiccional propia de la soberanía. Así, en el artículo 17 ER se consagra la soberanía estatal, al mismo tiempo que se brinda un marco de seguridad para un orden jurídico internacional que regule la relación entre los Estados soberanos y un órgano judicial permanente, que no depende de la voluntad de los Estados para coexistir sino para una actuación exitosa. Esto indica que la *cooperación* será la base del relacionamiento entre la CPI y los Estados soberanos.

2. Como se trata de la futura relación internacional que no atañe a dos Estados soberanos, si bien no podría obviarse la comunicación a través de los poderes ejecutivos, esta puede establecerse por medio de las autoridades centrales y no a través de los ministerios de Relaciones Exteriores, como bien propone el artículo 32.3.¹⁴⁵

El objetivo final de la futura colaboración no debe enmarcarse en una política criminal internacional con vocación eminentemente punitiva de la CPI, ni tampoco de política de Estado, sino que debe estructurarse según parámetros jurisdiccionales que no pueden obviar los mutuos controles que deben existir entre órganos jurisdiccionales diferentes para la defensa de los principios y garantías básicos que inspiran a todo sistema penal. No se olvide que la CPI se enmarca en el ER, que según entiendo ha implementado un Código Penal Internacional que le permite —sin violar el principio de legalidad— ejercer competencia penal solo en forma *subordinada*¹⁴⁶ o *supletoria*¹⁴⁷ a la competencia del Estado del lugar de los hechos o del acusado (cf. artículo 12.2 ER).¹⁴⁸ Por ello, la necesidad de limitar la intervención del Poder Ejecutivo nacional a la comunicación directa con la CPI, sin otras interferencias de este, salvo, como veremos más adelante, cuando

con las organizaciones internacionales; 4) No caben dudas de que el *corpus iuris* del derecho internacional es hoy complejo y diversificado". Véase Martín Arribas, "¿Hacia un derecho internacional global en los albores del siglo XXI?", en *Anuario*, o. cit., p. 658.

¹⁴⁵ El Ministerio de Relaciones ejercerá la representación del Uruguay frente a la CPI (cf. artículo 32.1).

¹⁴⁶ Tal como sostiene parte de la doctrina argentina. Véase Pastor, "El sistema penal internacional del Estatuto de Roma. Aproximaciones jurídicas críticas" en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, pp. 703 y 714; Drnas de Clément, "Principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incoherencias sistémicas", en *AADI*, vol. XI, 2001, p. 16. Según Pastor, "en castellano, cuando se quiere denotar que alguna institución está en reserva para suplir o reemplazar completamente a otra ante su inacción o fracaso y no para sumarse a ella, se dice, especialmente en el ámbito jurídico, que una es subsidiaria de la otra. Como puede verse, la competencia de la CPI es subsidiaria y nunca complementaria". Véase Pastor, "El sistema", o. cit., pp. 718 y ss.

¹⁴⁷ El adjetivo *supletoria* puede significar: "que suple a otra cosa de la misma naturaleza o la complementa". Utilizo el adjetivo *supletoria* únicamente en su acepción del sustantivo *sustitución* que sugiere la acción de *sustituir*, en el caso del artículo 17 ER, se trata de una jurisdicción penal tiene la potestad de sustituir a otra.

¹⁴⁸ Hay autores que confunden el principio de jurisdicción universal con el principio de complementariedad de la CPI. Así, García Arán: "Según el ECPI, la justicia universal opera cuando el Estado del territorio *no quiere o no puede hacerlo*. Que no 'quiere', se demostrará normalmente mediante una declaración por la que manifieste su voluntad contraria (por ejemplo, una

se trate de cuestiones que atengan a la seguridad nacional. El resto de las resoluciones que tienen que ver con la cooperación internacional en materia de administración de justicia deberían ser competencia exclusiva del Poder Judicial.¹⁴⁹

3. No caben dudas de que el espíritu del ER es de complementariedad de la jurisdicción de la CPI con las jurisdicciones nacionales, porque la CPI supervisará y, en caso de entenderlo necesario, complementará a las jurisdicciones nacionales.¹⁵⁰

En caso de que se dieran las condiciones de los artículos 17 y 20 ER, entonces la CPI podría reclamar la competencia del caso y exigir la remisión de las actuaciones llevadas a cabo en la jurisdicción nacional, para proseguir ella con la investigación y el enjuiciamiento. Este sería el modelo complementario en el que la CPI complementa a la jurisdicción nacional.

Ahora bien, podría acontecer que la CPI no considere ninguna de las instancias judiciales llevadas a cabo en Uruguay, para comenzar por sí misma la investigación,

ley de amnistía). Que no 'puede', en ocasiones deberá valorarse teniendo en cuenta si existe o no actividad jurisdiccional, o bien, si el impulso de la misma ha resultado baldío. En tales casos es en los que debe considerarse operante la jurisdicción universal, sea ejercida por terceros, sea, desde el 1.º de julio de 2002 (entrada en vigor del Estatuto de la CPI), por la Corte Penal Internacional". Véase García Arán, "Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional", pp. 371 y ss. La autora habla de una "complementariedad recíproca" entre la CPI y los Estados que —como España— consagran el principio de justicia universal (ibídem, p. 379). Sin embargo, en mi opinión, la CPI no goza del principio de justicia universal (salvo cuando el caso es remitido por el Consejo de Seguridad de la ONU, cf. artículo 13 ER), sino que depende de la voluntad de los Estados partes para ejercer su jurisdicción (cf. artículo 12 ER). Véase sobre este punto Galain Palermo, "Informe Uruguay", o. cit., p. 421, nota al pie 64.

¹⁴⁹ Tiene que considerarse que en Latinoamérica el control del delito organizado —que es el que actúa en el nivel internacional— se realiza con una absoluta preeminencia de las técnicas de cooperación policial y administrativas (incluso militares), estando en un segundo plano la judicialización del problema. Véase Adriazola, "Cooperación penal internacional y delito transnacional", en *LJU*, tomo 108, Doctrina 4, Internet, p. 2. Ni en la Convención de Viena de 1988 sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas, ni en la Convención de Nassau de 1992, se hace referencia a la figura del juez comisionado, necesaria para la actuación de los magistrados fuera de fronteras; sin embargo, en el artículo 9 de la primera de las citadas, se menciona a los grupos o equipos de seguridad conjuntos, dando claro ejemplo que lo que interesa es la represión y no la judicialización del asunto. Esto representa un peligro que Adriazola denuncia oportunamente, y es que la investigación y represión de los delitos transnacionales queda en manos de la Policía y de organismos administrativos que actúan con la debida autorización fuera de fronteras, pero sin el debido control judicial de sus actuaciones. En materia de drogas, en definitiva, el control de la situación entre Estados queda en manos del poder militar, como sucede en los países productores de la materia prima. Esta falta de control judicial favorece la política criminal de un derecho penal que entra en guerra con los enemigos del sistema a través de agencias administrativas internacionales o supranacionales. Véase sobre el tema Aponte, *Krieg und Feindstrafrecht*, o. cit., pp. 54 y ss, 126 y ss.; Galain Palermo y Sánchez Romero, "Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político-criminal que disminuya la incompatibilidad entre ambos conceptos", *Libro homenaje a Juan Bustos Ramírez*, en vías de publicación. En la futura cooperación con la CPI dicha tendencia de exclusión del Poder Judicial de los asuntos transfronterizos debe disminuir y aceptarse una comunicación más directa entre órganos judiciales o jurisdiccionales, pues, aquí se trata de juzgar crímenes contra los derechos humanos y no de políticas de combate al tráfico de estupefacientes o de la prevención de ilícitos económicos, por más que muchas veces ambos campos se confundan.

De todas formas, en todo sistema de control social (estatal o internacional, si tomamos en consideración que ya estamos inmersos en una *sociedad global*) se trata de la interactuación entre los agentes administrativos y los judiciales, evitando que los primeros actúen sin el control de los segundos, al menos en sistemas democráticos o constitucionales de derecho, que deberían tener su símil en esta *sociedad global* (por el momento, solo en los tratados internacionales).

¹⁵⁰ Esta decisión arbitraria que atañe a la propia CPI es criticada por la doctrina, además, debido a la poca claridad de las causas que ameritan la "complementariedad" de la CPI. Véase Bekou, "The 'Complementarity Regime' of the ICC", versión en

actuando como una jurisdicción supletoria en cuanto la “acción de sustituir”. Y este sería un modelo supletorio,¹⁵¹ pues convierte a la jurisdicción de la CPI en supletoria de la jurisdicción nacional.¹⁵²

En este sentido, la ley de implementación no ha considerado la situación hipotética en que un juez uruguayo haya iniciado una investigación y, por las razones contenidas en el artículo 17 ER, la CPI decida interrumpirlas y asumir competencia. Acaecida esta circunstancia, podría suceder que la CPI acepte las instancias llevadas a cabo por la justicia uruguaya y siga adelante con el procedimiento, convirtiéndose en una jurisdicción complementaria de la nacional. Sin embargo, podría suceder que no considere ninguna de las actuaciones judiciales realizadas en Uruguay, actuando la CPI como jurisdicción supletoria y no complementaria.

En este caso, para no vulnerar derechos del indagado ni principios tan preciados como el *nen bis in idem*, la ley uruguaya debió haber previsto algún mecanismo para posibilitar la declaración de nulidad de todo lo actuado en Uruguay, pues podría darse un auto de procesamiento o incluso una sentencia de condena en Uruguay y otra emitida por la CPI contra el mismo sujeto y por los mismos hechos. Por ello, y sobre la base del *primer pilar* sobre el que se asienta esa ley, será tarea futura del legislador considerar cómo resolver una situación de tales características.

En mi opinión, ante la imposibilidad de ejercicio del recurso de revisión cuando no se cumplan las causales que posibilitan la revisión de las actuaciones (cf. artículo 283 CPP) solo cabría dictaminar la nulidad de las resultancias nacionales a través de un recurso de casación,¹⁵³ que se plantearía frente a la SCJ si se tratara de una

Internet: <http://www.weltpolitik.net>, p. 1, para quien “the content of both ‘unwillingness’ and ‘inability’ enshrined in the Statute remains rather vague and it could create problems in the future”. Véase ampliamente Holmes, “Complementarity: National Courts versus the ICC”, *The International Criminal Court*, o. cit., pp. 672 y ss.

¹⁵¹ Es cierto que la imagen de la supletoriedad apareja una connotación de debilidad de la jurisdicción de la CPI frente a las de los Estados partes, cuando el espíritu del ER indica lo contrario, si bien, con el objetivo de evitar la impunidad sin quitar cuotas de soberanía, ofrece a los Estados partes el ejercicio prioritario de su jurisdicción. Sin embargo, la CPI conserva para sí la potestad exclusiva de supervisión de todo lo actuado, circunstancia que la ubica en una situación de superioridad respecto de las jurisdicciones nacionales. De este modo, la CPI no sería supletoria (ni subsidiaria) de las jurisdicciones nacionales en el sentido tradicional, sino en el sentido propio de la verticalidad en la que se enmarca la relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales. Así las cosas, esta cuestión meramente terminológica puede servir para ejemplificar algunos de los problemas que puede plantear el ER al momento de su implementación.

¹⁵² No se confunda con el principio de justicia criminal supletoria, que acontece cuando el autor se fuga a otro Estado que no tiene ningún tipo de conexión con los hechos. En estos casos, el Estado que captura al responsable ejerce el *ius puniendi* de modo supletorio, en representación del Estado de lugar de los hechos o de la nacionalidad. Este principio se enmarca en el modelo de cooperación y asistencia judicial antes que en una extensión unilateral del *ius puniendi*. Véase al respecto Ambos, *Estudios de derecho penal internacional*, trad. José Santos, Rev Ollero y del autor, Colombia, Leyer, 2005, pp. 60 y ss.

¹⁵³ Artículo 270. (Fundamentos de la casación) “El recurso solo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma.

sentencia de segunda instancia (cf. artículos 269 y ss. CPP),¹⁵⁴ o de un recurso de nulidad en caso de una sentencia de primera instancia (cf. artículos 267 y ss. CPP).

Téngase en cuenta que habría que acudir a la vía recursiva para dejar sin efecto lo actuado por la jurisdicción nacional siempre que Uruguay aceptara la pérdida de la jurisdicción por las causales de los artículos 17 o 20 ER sin realizar ningún tipo de objeción.

3.2. Aspectos generales de la ley 18026 de implementación del ER

1. La ley 18026 se decanta por una colaboración plena con la CPI, de una forma tan comprometedora que se incluye en los principios generales el derecho y el deber del Estado de juzgar los crímenes internacionales tipificados por el derecho internacional y en el ER (cf. artículo 2).¹⁵⁵ Este principio general genera una obligación de persecución o cooperación judicial plena, a efectos de no violar una regla que pasaría a ser de derecho, por estar contenida en los principios informadores de esta especie de Código Penal Internacional uruguayo.¹⁵⁶

2. La cooperación con la CPI, siguiendo la exigencia del artículo 86 ER, se presenta como plena (cf. artículo 31), y mantiene la afiliación del sistema uruguayo al modelo belga-holandés, tal como sucede en materia de extradición.¹⁵⁷

No podrán discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos.

Tampoco se tendrán en cuenta, en ningún caso, los errores de derecho que no determinaron la parte dispositiva de la sentencia. En cuanto a las normas de procedimiento, solo tendrá efecto causal la infracción o errónea aplicación de aquellas que sean esenciales para la garantía del derecho en juicio y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal”.

¹⁵⁴ A pesar de que el artículo 271 CPP indique que deba ser presentado ante el TAP que haya dictado la sentencia a ser casada.

¹⁵⁵ Art. 2 (Derecho y deber de juzgar crímenes internacionales): “La República Oriental del Uruguay tiene el derecho y el deber de juzgar los hechos que fueren delictivos según los principios generales del derecho internacional, con independencia de que los mismos hayan sido tipificados o no. Especialmente tiene el derecho y el deber de juzgar, de conformidad con las disposiciones contenidas en esta ley, los crímenes reconocidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por ley n.º 17510 de 27 de junio de 2002”.

¹⁵⁶ Código Penal Internacional a cuya confección se insta al Poder Ejecutivo, en un plazo de ciento ochenta días a partir de la entrada en vigencia de la presente ley (cf. artículo 77).

¹⁵⁷ Esto se torna evidente en la disposición del artículo 31.3: “no podrá discutirse acerca de la existencia de los hechos que la Corte Penal Internacional impute a una persona, ni sobre la culpabilidad del requerido”. Ahora bien, es entendible que un juez nacional no discuta la culpabilidad del requerido, pues se trataría de una intromisión jurisdiccional del juez nacional, pero sí existe una obligación de ejercer un control formal y material de la existencia de los hechos que se aducen por parte de la CPI, por ejemplo, para cumplir con el principio de la *doble incriminación*. En ese sentido, no puede establecerse a texto expreso que no se discutirá sobre la existencia de los hechos, si resulta evidente que estos no guardan relación con ninguna figura típica del sistema penal uruguayo. Es cierto que en cumplimiento del sistema belga-holandés el juez requerido no debe ingresar en un análisis de la realidad de lo sucedido o si la persona cuya entrega se reclama se encuentra amparada por una causa de justificación o de impunidad, pues ello solo compete al juez requirente.

Entonces, la “cooperación plena con la CPI” será el *primer pilar*¹⁵⁸ sobre el que se asiente la relación futura entre ese órgano de justicia internacional y el Uruguay.¹⁵⁹ Para ello, sobre la base del principio de la *reciprocidad*, también la CPI debería cooperar plenamente con cualquier investigación que se lleve a cabo en jurisdicción nacional (cf. artículo 34 y artículo 93.10 ER). Ahora bien, el artículo 93.10 dice que

a solicitud de un Estado parte que lleve a cabo una investigación o sustancie un juicio por una conducta que constituya un crimen de la competencia de la Corte o que constituya un crimen grave con arreglo al derecho interno del Estado requiren- te, la Corte podrá cooperar con él y prestarle asistencia.

De modo que la ley uruguaya va más allá del texto del ER y pretende obligar al Uruguay a una cooperación más compulsiva que la prevista en el ER, para el caso de que la CPI sea la parte requerida.

3. Los otros pilares sobre los que se asienta la futura colaboración entre Uruguay y la CPI tienen que ver con aspectos jurisdiccionales y de los derechos individuales. De este modo, el *segundo pilar* deberá formularse en relación con la “preferencia de la jurisdicción nacional a la de la CPI”, salvo en casos que tenga que recurrirse al principio de *jurisdicción universal* para legitimar esa preferencia,¹⁶⁰ así como en cuanto a la preponderancia del poder de decisión y control judicial de todas las actuaciones de cooperación entre Uruguay y la CPI.¹⁶¹

¹⁵⁸ Hago uso del término *pilar* como sinónimo de ‘base, fundamento o soporte’ sobre el que se estructura la ley 18026. Por ello no debe buscarse ninguna semejanza con los pilares sobre los que se asienta la Unión Europea tras el acuerdo de Schengen. Estos pilares constituyen los tres ámbitos de decisión política de la unión de Estados europeos, esto es, el primer pilar conformado por las decisiones políticas de los órganos comunitarios, el segundo, por la cooperación en materia de política exterior y de seguridad común, y el tercero, por la cooperación en materia policial y judicial.

¹⁵⁹ Dentro del *primer pilar* debe incluirse la solicitud de dispensa del principio de especialidad, que será resuelta por la SCJ (cf. artículo 59), así como la prioridad a favor de la CPI en caso de solicitudes concurrentes de entrega y de extradición (cf. artículo 60, que reenvía al artículo 90 ER).

¹⁶⁰ Sobre este aspecto ya me pronuncié en Galain Palermo, “Informe Uruguay”, o. cit., pp. 421 y ss. Si recurrimos al VStGB (cf. § 1), vemos que el fiscal alemán utilizando el principio de oportunidad puede abstenerse de ejercer competencia, siempre que no exista conexión con el territorio alemán, no haya alemanes involucrados en el hecho (ni como víctimas ni como autores) y cuando el sospechoso no se encuentre en suelo alemán ni sea de esperar su presencia (cf. §§ 153.c.2.1 y 153.c.2.2, 153.f StPO). Ambos se refiere a una prioridad de competencias escalonadas, por la que Alemania cedería paso a la jurisdicción de la CPI o de tribunales extranjeros, cuando estos se encuentren más cercanos al hecho (v. gr., si en su territorio fueron cometidos los hechos, si allí se encuentra el sospechoso, etcétera), de forma de evitar investigaciones onerosas o innecesarias y concentrarse en aquellos casos que tengan expectativas de ser resueltos con éxito. Véase Ambos, “La implementación”, o. cit., pp. 22 y ss.

¹⁶¹ El Poder Ejecutivo colaborará con el control de las cuestiones formales que hacen a los requisitos de las requisitorias; sin embargo, “la resolución definitiva sobre los mismos será privativa de la Suprema Corte de Justicia” (cf. artículo 42.2).

El *tercer pilar* se refiere a la “protección de los derechos de los sospechosos” (cf. artículo 67) y a la “protección de los derechos de las víctimas” (cf. artículos 13 y 14) y “testigos o peritos” (cf. artículos 35 y 66).¹⁶² Dentro del *tercer pilar* hay que considerar las obligaciones de reserva y protección que considera la ley uruguaya, incluyendo todas las medidas tendientes a garantizar “la protección de la seguridad y el bienestar físico y psicológico de los indagados, detenidos, víctimas, posibles testigos y sus familiares” (*sic*), como bien determina el artículo 35.2.¹⁶³ El artículo 13 establece que tratándose de crímenes y delitos previstos en esa ley —en caso de que se hubiese dispuesto el archivo de las actuaciones¹⁶⁴ o si la etapa de instrucción o indagación preliminar¹⁶⁵ continúa luego de transcurridos sesenta días desde la presentación de una denuncia—, el denunciante, la víctima o sus familiares “podrán formular ante el juez competente petición fundada de reexamen del caso”. Si se hubiera dispuesto el archivo de las actuaciones, se dará intervención al fiscal subrogante para la revisión de todo lo actuado en un plazo de veinte días.

Esta norma es innovadora en el procedimiento penal uruguayo, tendrá mucha importancia práctica y podría ser pionera en el procedimiento penal nacional, puesto que en el proceso penal uruguayo se permite al fiscal disponer de todas las causas penales sin que el juez o la víctima puedan presentar oposición a una solicitud de archivo o sobreseimiento, aun cuando existan serias dudas acerca de la responsabilidad o inocencia del sobreseído (cf. artículo 235 CPP).¹⁶⁶ La implementación del ER puede servir de aliciente para la revisión total del sistema penal uruguayo, el cual requiere de una urgente modificación y, en ese sentido, esta norma en especial y toda

¹⁶² En la doctrina nacional, Cervini, siempre con Polimeni, hace referencia a tres niveles de cooperación: a) existencia de una jurisdicción penal internacional; b) el respeto de las soberanías jurídicas nacionales; y c) los derechos de los autores potenciales. Véase Cervini, “La jurisdicción penal internacional perspectiva del derecho penal”, en *RUDUCU*, VI, Montevideo, 2004, p. 80.

¹⁶³ También dentro del *tercer pilar* debe incluirse el artículo 66, que exige que todas las notificaciones o citaciones deban ser recibidas en forma personal por su destinatario.

¹⁶⁴ La norma se refiere al archivo de los *antecedentes*, pero, en mi opinión, debería referirse al archivo de las *actuaciones*.

¹⁶⁵ Etapa procesal que en el proceso penal uruguayo se denomina *presumario*.

¹⁶⁶ El sistema implantado en el período de dictadura militar es curioso, pues el único juez es el encargado de la instrucción presumarial, de procesar y condenar (juez inquisidor, cf. artículo 114 CPP) y para iniciar una investigación no se requiere de la iniciativa del fiscal, que puede ser suplida por denuncia de la policía o particulares, conocimiento personal del juez u otros medios. Esta situación conduce a que pueda resolverse un procesamiento, esto es, la sujeción de un individuo a proceso penal (que conlleva como regla general la prisión preventiva), sin que sea imprescindible la solicitud del fiscal (cf. artículos 125 y 126 CPP). Sin embargo, siguiendo una política criminal carente de coherencia y de sentido democrático, el fiscal tiene la potestad exclusiva de deducir acusación (cf. artículo 239 CPP) o solicitar el sobreseimiento (cf. artículo 235 CPP), y contra ese pedido el juez no tiene otra posibilidad que decretarlo sin más trámite, según los fundamentos esgrimidos por el fiscal. De esta forma, un funcionario del Poder Ejecutivo decide —sin control judicial ni ciudadano— la suerte de los procesados y del proceso, sin que el juez competente (que puede no compartir los fundamentos del archivo de la causa) o la víctima tengan la opción de oponerse a él.

la ley 18026 en general pueden indicar una nueva orientación político-criminal, en la que el Poder Judicial y la víctima adquieran mayor protagonismo al momento de definir la suerte definitiva del procesado, que no puede permanecer —como sucede hasta hoy— en manos de un funcionario dependiente del Poder Ejecutivo; al menos, para ser contestes con los designios y el espíritu de la Constitución nacional y respetar las bases de una República asentada sobre la estricta separación de poderes.

3.3. Aspectos particulares de la ley 18026 de implementación del ER

Los siguientes aspectos se analizan tomando como parámetros los tres pilares sobre los que —entendiendo— se apoya la ley uruguaya que ha implementado el ER.

3.3.1. Órganos competentes

1. El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, tendrá a su cargo la representación ante la CPI (cf. artículo 32.1) y podrá realizar observaciones o recomendaciones en cualquier estado del trámite de solicitud de cooperación ante la SCJ (cf. artículo 42.10).¹⁶⁷

2. Las solicitudes de cooperación y asistencia que reciba el Estado uruguayo, de la CPI, se remitirán a la Dirección de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Educación y Cultura, que —como sucede con la extradición— actuará como autoridad central (cf. artículo 32.3).

3. Las comunicaciones con la CPI se realizarán en idioma español (cf. artículo 33.2), por vía diplomática sin necesidad del requisito de legalización (cf. artículo 33.1).

4. Como indica el *segundo pilar* de la ley, la SCJ es el órgano fundamental en materia de cooperación internacional y de ejercicio de la jurisdicción nacional frente a un posible sospechoso. A ella compete la intervención preceptiva para decidir toda solicitud de cooperación (cf. artículo 39); también deberá llevar adelante la importante misión de decidir cuando el Uruguay —siguiendo la complicada fórmula del artículo 18.2 ER— podrá solicitar al fiscal de la CPI que se inhíba de proseguir actuaciones iniciadas, cuando Uruguay ya las hubiere realizado o se encuentre cumpliéndolas (cf. artículo 40.A);

¹⁶⁷ El Poder Ejecutivo tiene a su cargo la expresa petición de denegación de cooperación ante la SCJ frente a solicitudes que puedan alterar la seguridad nacional (cf. artículo 40.c.1). Ese procedimiento está determinado en el artículo 43.

impugnar la competencia de la CPI o la admisibilidad de una causa (cf. artículos 40.B y 17 y 19 ER); no dar curso a una solicitud de cooperación de la CPI si esta pudiera afectar intereses de la seguridad nacional (cf. artículo 40.c.1 y artículo 72 ER) o contravenga un principio jurídico fundamental de aplicación general (cf. artículos 40.c.2, artículo 93.3 ER), o porque cumplir en forma inmediata con dicha solicitud provocaría una interferencia con una investigación o enjuiciamiento diferente a la que se solicita (cf. artículos 40.c.3, artículo 94.1 ER).

A su vez, para ser conteste con el *primer pilar*, la negativa a colaborar solo puede basarse en cualquier otra causa prevista por el propio ER (cf. artículo 40.c.4, v. gr. artículo 95 ER). Según puede verse, habría que ser cauteloso en la interpretación de la norma del artículo 40 y los artículos a los que remite del ER, puesto que el artículo 40.c se refiere a “no dar curso a una solicitud de asistencia o cooperación recibida de la Corte Penal Internacional o de sus órganos por las causas previstas en el Estatuto de Roma”, sin embargo, el ER se refiere en muchos de esos casos a simples *aplazamientos* en el cumplimiento de la solicitud (cf. artículos 94.1, 95, ER) o a la *obligación de realizar las consultas necesarias para la resolución favorable de la solicitud* (cf. artículo 93.3 ER) o de adoptar “todas las medidas razonables para resolver la cuestión por medio de la cooperación” (cf. artículo 72.5 ER). De todas formas, es una garantía que la decisión privativa de todas esas cuestiones sea competencia exclusiva de la SCJ (cf. artículo 41).

3.3.2. *Detención y entrega de personas*

1. En el título III (Medidas de cooperación y asistencia) se encuentra el capítulo 1 (Detención y entrega de personas), más precisamente el artículo 48 (Solicitud de detención y entrega) que indica el procedimiento por audiencia ante la SCJ, con plazos breves de resolución de la causa.

De acuerdo con el *primer pilar*, el procedimiento previsto considera la distinta naturaleza jurídica de la entrega (cooperación vertical) en relación con la extradición (cooperación horizontal), y se prevé que la entrega a la CPI sea más expedita que la “entrega de personas” entre Estados.¹⁶⁸ De esta forma se combinan características de

¹⁶⁸ Como exige el artículo 91.2.c ER, los documentos que acompañen a la solicitud de detención y entrega de una persona “no podrán ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición conforme a tratados o acuerdos celebrados por el Estado requerido y otros Estados y, de ser posible, serán menos onerosos, habida cuenta del carácter específico de la Corte”. (El resaltado es mío.)

una *medida ejecutiva* emanada de un órgano supranacional (cooperación vertical) con la protección de los derechos y garantías del requerido, a través de la celebración de audiencias frente a la SCJ (debido proceso).

2. En cuanto al procedimiento, recibida de la CPI o de cualquiera de sus órganos una solicitud de detención y entrega, la SCJ resolverá sobre la admisibilidad de la petición, en un plazo de diez días a partir de su recepción, con vista previa al fiscal de Corte uruguayo, según el procedimiento del artículo 42.

3. Si la solicitud no tiene reparos formales (o con posterioridad estos han sido subsanados), la SCJ libraré orden de detención del requerido (cf. artículo 48.2).

4. Dentro de las veinticuatro horas de efectivizado el arresto (o de haberse autorizado la medida si la persona ya se encontraba privada de libertad), la SCJ realizará una audiencia en la que, principalmente, intimará al requerido a que designe abogado, le informará de los motivos de la detención, de sus derechos frente a un proceso penal y del procedimiento de entrega a la CPI al que se verá sujeto. Allí también se le preguntará si consiente una *entrega simplificada* (cf. artículo 48.3).

5. Culminada la audiencia, el fiscal de Corte nacional tendrá cinco días para pronunciarse sobre la entrega. En los diez días siguientes a la devolución del expediente, la SCJ dictará sentencia definitiva sobre la entrega (cf. artículo 48.4 y artículo 59.2 ER). Si esta fuera favorable a hacer efectiva la medida, se notificará al detenido y al Poder Ejecutivo para que informe a la CPI y establezca los detalles de concreción de dicha entrega (cf. artículo 48.6).

6. La detención del sospechoso se realizará por orden exclusiva de la SCJ (cf. artículo 49.1.B) y en el plazo sumáximo de veinticuatro horas deberá celebrarse una audiencia con las formalidades del artículo 49.2. Finalizada la audiencia, la SCJ dispondrá la continuidad de la prisión preventiva o su reemplazo por medidas sustitutivas (cf. artículo 49.3).

7. Dice el artículo 49.4:

Si dentro de un plazo de veinte días corridos desde la fecha de comunicación prevista en el párrafo 1 literal a, no se recibiera de la Corte Penal Internacional una solicitud de entrega u otra solicitud de asistencia, ni se recibieran pedidos de extradición de otros Estados, la Suprema Corte de Justicia, con noticia del fiscal de Corte, remitirá las actuaciones al juzgado letrado competente, quien dentro de los diez días corridos siguientes dispondrá la libertad del indagado o, si existiera mérito, la iniciación del procedimiento penal.

En el caso de que existiera mérito para la iniciación del procedimiento penal (recuérdese que la ley exige para considerar a una persona *sospechada* la existencia de semiplena prueba), deberá tenerse en cuenta lo que indica el artículo 4.2.

8. Si la CPI solicitara la detención provisional (recuérdese que el *anteproyecto* hacía referencia a la prisión preventiva) del requerido, según las condiciones del artículo 92 ER, la SCJ (previa noticia al fiscal de Corte uruguayo) librará la orden de arresto solicitada (cf. artículo 50).¹⁶⁹ Dentro de las veinticuatro horas de producido el arresto se realizará una audiencia con las formalidades del artículo 50.3. Ahora bien, si la solicitud de entrega y los documentos que justifican la solicitud de detención provisional no son recibidos por el Poder Ejecutivo en el plazo de sesenta días contados desde la fecha de la detención, la persona detenida recuperará su libertad (cf. artículo 50. 4).¹⁷⁰ La puesta en libertad del detenido provisionalmente no obsta a que “sea nuevamente detenida y entregada una vez que el Estado requerido reciba la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen” (cf. artículo 92.4 ER).

9. La solicitud de entrega puede ser impugnada frente a la SCJ¹⁷¹ por las excepciones de cosa juzgada¹⁷² y litispendencia (cf. artículo 53.1).¹⁷³ Deducida la oposición, la SCJ suspenderá el trámite de entrega con noticia al fiscal de Corte nacional y al Poder Ejecutivo, para que el último realice las consultas pertinentes a la CPI, según dispone el artículo 89.2 ER (cf. artículo 53.3). Ahora bien, téngase en cuenta que la resolución sobre las excepciones es competencia de la CPI, como indica el artículo 89.2 ER.

10. El detenido siempre tendrá derecho a la libertad provisional, que será resuelta por la SCJ según las condiciones del artículo 54. La SCJ puede disponer el cese de la detención provisional y su sustitución por otras medidas (cf. 54.3).¹⁷⁴ Sin

¹⁶⁹ Si la orden se enviara a través de Interpol u otra organización regional competente, deberá comunicarse de inmediato a la SCJ (cf. artículo 50.2).

¹⁷⁰ El artículo 51 regula el encarcelamiento del detenido si mediara error en la persona requerida.

¹⁷¹ Según el artículo 53.2, la impugnación puede realizarse en cualquier momento del trámite hasta las cuarenta y ocho horas siguientes de celebrada la audiencia prevista en el artículo 48.3.

¹⁷² Según el artículo 396 del Código Bustamante: “La excepción de cosa juzgada que se funde en sentencia de otro Estado contratante, solo podrá alegarse cuando se haya dictado la sentencia con la comparecencia de las partes o de sus representantes legítimos, sin que se haya suscitado cuestión de competencia del tribunal extranjero basada en disposiciones de este Código”.

¹⁷³ Según el artículo 394 del Código Bustamante: “La litispendencia por pleito en otro de los Estados contratantes, podrá alegarse en materia civil cuando la sentencia que se dicte en uno de ellos haya de producir en el otro los efectos de cosa juzgada”; sin embargo, según el artículo 395: “En asuntos penales no podrá alegarse la excepción de litispendencia por causa pendiente en otro Estado contratante”.

¹⁷⁴ Este artículo no adopta la modificación terminológica que se hizo al PIU en el Senado, y se refiere a la excarcelación y la sustitución de la *prisión preventiva* por otras medidas que igualmente aseguren la entrega del requerido a la CPI, en lugar de hablar de cese de la detención provisional (cf. artículo 50).

embargo, en principio, la gravedad de los crímenes del ER, salvo excepciones,¹⁷⁵ impediría según la ley uruguaya la excarcelación provisional.

11. El plazo máximo de detención preventiva de un requerido por la CPI no podrá superar los ciento veinte días (cf. artículo 56).

12. La CPI puede enviar —en lugar de una solicitud de prisión preventiva— una orden de comparecencia con medidas alternativas a la prisión preventiva, es decir, con medidas distintas a la detención (cf. artículo 58.7 ER), que se resolverá según el artículo 58 y las disposiciones legales vigentes en el Uruguay.

13. El artículo 55 admite la *entrega simplificada* del requerido (aun si ya cumple prisión preventiva en suelo uruguayo), siempre que medie consentimiento (ofrecido en presencia de su abogado defensor). Para los detalles de la entrega (v. gr. fecha, condiciones, etcétera), el Poder Ejecutivo se comunicará con la CPI.

14. Se admite, también, la *entrega temporal* a la CPI a efectos de “identificación, declaración testimonial u otro tipo de asistencia” de sujetos privados de libertad en Uruguay por causa distinta a la solicitud de la CPI (cf. artículo 57.1). Como la *entrega simplificada*, esta *entrega temporal* depende de la voluntariedad del requerido (cf. artículo 57.5).

3.3.3. Traslado del detenido

1. Según el artículo 48.6:

Si la Suprema Corte de Justicia dispusiera la entrega, lo notificará al detenido y al Poder Ejecutivo, quien comunicará dicha resolución a la Corte Penal Internacional y celebrará consultas con esta a fin de acordar la fecha y condiciones de la entrega, la que se efectuará lo antes posible. Cuando se efectúe la entrega, se informará a la Corte Penal Internacional el tiempo exacto durante el cual la persona estuvo privada de libertad.

2. El Poder Ejecutivo autorizará el tránsito por el territorio uruguayo de cualquier persona que se encuentre detenida a disposición de la CPI, a efectos de ser transportada de un Estado a otro, siempre que la CPI lo hubiera solicitado según el artículo 89.3 ER (cf. artículo 62).¹⁷⁶

¹⁷⁵ Por ejemplo, delitos contra la administración de justicia (cf. artículos 177 a 199 CPU).

¹⁷⁶ Como precedente, en cuanto refiere al tránsito de detenidos por el territorio de un tercer Estado, en casos de cooperación horizontal, si bien la CIE no legisló al respecto, ese Estado no podría oponerse a ello por ningún motivo. Véase Ottati, “Convención Interamericana”, o. cit., p. 144.

3. Si no se recibiera de la CPI la solicitud de autorización de tránsito antes de las noventa y seis horas, la persona detenida será puesta en libertad, sin perjuicio de una nueva solicitud de detención y entrega o de prisión preventiva (cf. artículo 62.5).

3.3.4. Otras formas de asistencia

1. Las otras medidas de cooperación y asistencia contempladas en el capítulo II de la ley 18026 (cf. artículos 63 a 70 inclusive) deben interpretarse conforme al *primer pilar*.

2. Además de comprometerse a divulgar información de documentos confidenciales proporcionados por terceros (v. gr. Estado, organización intergubernamental o internacional), una vez recabado el consentimiento del informante (cf. artículo 64), Uruguay se ofrece a entregar documentación e información confidencial para la reunión de pruebas con la única condición de que mantengan su carácter confidencial (cf. artículos 65 y artículo 93.8 ER), así como a recabar testimonios voluntarios en territorio nacional en casos de urgencia (cf. artículo 70 y 93.1.b ER).

3. A su vez, cumpliendo con el *primer* y el *tercer pilar*, el Poder Ejecutivo podrá autorizar la residencia transitoria de víctimas, testigos u otras personas que puedan encontrarse en peligro a causa de su cooperación con las investigaciones que lleva adelante la CPI (cf. artículo 93.1.j ER). Durante la estadía de estas personas en suelo uruguayo, los gastos de manutención correrán a cargo de la CPI (cf. artículo 38).

4. Debe mencionarse que determinadas prácticas o medidas extraordinarias de investigación que muchos sistemas jurídicos aceptan —incluso la CPI podría llegar a ponerlas en práctica— no podrían ser utilizadas libremente en Uruguay. En ese sentido, la ley nacional no autoriza la práctica del “agente encubierto” y solo permite la “provocación del delito por la autoridad” en aquellas situaciones en las que el juez competente las ha autorizado. Esto significa que ni la policía ni el fiscal de la CPI podrán valerse de “agentes encubiertos” o provocar las circunstancias del delito con el fin de señuelo sin la autorización expresa (por escrito y fundamentada) del juez competente (cf. artículo 8 CP). A su vez, según el artículo 8 CP esta posibilidad solo podrá ser utilizada en “casos de delincuencia organizada que requieran en forma excepcional este procedimiento”. El mismo artículo, para el caso de que el delito se provoque sin autorización judicial, no permite aplicar una pena al “autor” que ha sido

“víctima” del engaño, pero sobre la base del criterio dual o *doppio binario* que separa la punición en penas y medidas si autoriza al juez a la adopción de medidas de seguridad.

La ley de implementación del ER en Uruguay no menciona la posibilidad de admitir ninguna de estas técnicas de investigación o provocación de las circunstancias del delito, ni tampoco amplía el ámbito de aplicación del artículo 8 CP a las situaciones de los crímenes del ER.

3.3.5. Procedimiento de consulta ante la CPI

1. Las solicitudes de cooperación y asistencia que reciba la CPI del Estado uruguayo, conforme a lo previsto en el artículo 93.10 ER, pueden provenir del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, según parece indistintamente, y tendrán relación con una investigación o proceso penal en curso en la jurisdicción nacional (cf. artículo 34).

2. Préstese atención al artículo 93.10 ER, aquí se dice que “la Corte podrá cooperar”; es decir que la CPI no se compromete ni obliga a cooperar con investigaciones nacionales, como sí lo hace la ley uruguaya en consonancia con el *primer pilar*. Y esto podría significar una violación del principio de *reciprocidad*, máxime cuando en el artículo 86 ER se dice: “Los Estados Partes [...] cooperarán plenamente con la Corte”, cuando debería decir: “Los Estados Partes podrán cooperar plenamente con la Corte”, siguiendo el modelo del artículo 93.10 ER. No cabrían estas objeciones si se entiende que la cooperación con la CPI parte de principios ajenos a la cooperación horizontal y se somete en exclusiva a una cooperación del tipo vertical, donde las obligaciones están del lado de los Estados y las potestades pertenecen y favorecen al órgano supranacional, que estaría ubicado en una posición superior.

3.3.6. Actuación de funcionarios de la CPI en territorio nacional

1. Para la investigación o enjuiciamiento de los crímenes del ER que se hayan cometido en el Uruguay o cuando en territorio nacional se encuentren físicamente testigos o víctimas de aquellos (aunque los hechos hubieran sido cometidos en otra jurisdicción), el *primer pilar* indica que la CPI podrá sesionar en Uruguay “sin restricciones”, de ser necesario, estableciendo incluso “una oficina especial” en territorio nacional (cf. artículo 36).

2. El personal de la CPI gozará en territorio uruguayo de los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de su función, según establece el artículo 48 ER (cf. artículo 37).

3. El fiscal de la CPI podrá ejecutar directamente cualquier tipo de medida que no implique coerción y esto, incluso, sin la presencia de autoridades nacionales (cf. artículos 69, artículo 99.4 ER). Además, con autorización expresa de la SCJ, tanto el fiscal de la CPI como el abogado defensor podrán estar “presentes y participar en el interrogatorio de testigos o de personas sospechosas” (cf. artículo 68.2).

4. Considerando las amplias facultades que se otorgan a los funcionarios de la CPI, Uruguay tendrá que aprobar sin mayor demora el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, de fecha 9.9.2002, suscrito por Uruguay el 30.6.2004.

5. En relación con la actuación de funcionarios de la CPI en el territorio nacional, sirva de precedente el artículo 23 de la CIE de Caracas (1981),¹⁷⁷ que dispone que los agentes del Estado requirente encargados de custodiar a la persona extraditada, durante el tiempo que permanezcan en territorio del Estado de refugio, quedarán sometidos a la jurisdicción del Estado requerido, aunque con autorización especial de este para el cumplimiento de su cometido. A similar conclusión llegan los Tratados de Montevideo de 1889 (cf. artículo 40) y de 1940 (cf. artículo 39).

6. Los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos y el secretario de la CPI gozarán de los mismos privilegios e inmunidades que los jefes de las misiones diplomáticas (cf. artículo 48.2 ER), siendo la SCJ en Uruguay el órgano competente para resolver las cuestiones de inmunidad de diplomáticos acreditados ante la República (cf. artículo 239.1 CU).

¹⁷⁷ Son signatarios de la Convención, además de Uruguay, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Panamá, República Dominicana y Venezuela.

4 • Protección penal de la administración de justicia de la Corte

1. En este punto hay que realizar algunas precisiones, pues el artículo 70 ER puede dejar algún tipo de dudas respecto a la obligación de los Estados partes en relación con los delitos contra la administración de justicia de la CPI.

En ese sentido, según el artículo 70.1 “la Corte tendrá competencia para conocer en los siguientes delitos contra la administración de justicia”, por lo que podría interpretarse que los Estados partes cumplen con tipificar en sus ordenamientos jurídicos las conductas allí descritas.

Mientras que, según el artículo 70.4,

todo Estado parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales.

Al parecer existiría una contradicción entre ambos incisos, pues no está claro si la obligación requiere adoptar únicamente los tipos penales descritos en el artículo 70.1 o también hacer extensivos los delitos contra la administración de justicia del ámbito nacional a los funcionarios de la CPI.

A mi entender se trata de ambas cosas, es decir, de adoptar los nuevos tipos penales y de extender los tipos del Código Penal que protegen el bien jurídico “administración de justicia” a los funcionarios de la CPI y al personal que esta pueda contratar para una determinada función.¹⁷⁸ Esto, entre otras razones, porque bien podrían darse situaciones de concurso de delitos entre los crímenes tipificados en los artículos 5 a 8 ER y los delitos del artículo 70 ER, como bien supone la regla 165.4 RPPCPI (“acumulación de cargos”).

¹⁷⁸ No obstante, en mi opinión, no hay obligación específica de legislar las reglas 24 y 25 RPPCPI que tipifican los casos en los que puede existir falta grave o menos grave respecto al funcionamiento de la CPI. Sin embargo, el artículo 70.2 ER se refiere específicamente a ellas, razón por la cual, el futuro Código Penal Internacional uruguayo debería referirse a esas reglas, por ejemplo, en un capítulo de “cooperación internacional” para adaptar estos estándares internacionales al estándar nacional.

Si recurrimos a la parte general del CP encontraremos en el artículo 175 una definición de funcionario¹⁷⁹ que, por supuesto, no abarca a los funcionarios ni al personal contratado por la CPI.¹⁸⁰

En la práctica, la CPI podrá contratar personal en Uruguay, el que no podrá ser abarcado por el concepto definido en el artículo 175 CP, hecho que debió haber tenido en cuenta la ley de implementación pero que todavía puede ser considerado al momento de confeccionar el Código Penal Internacional (cf. artículo 77).

Dogmáticamente se debe mencionar que hay delitos especiales contra la administración de justicia que únicamente pueden ser cometidos por aquellos sujetos que reúnen la condición de *funcionario*, y el funcionario extranjero o de organizaciones internacionales no puede ser abarcado por el concepto de funcionario que brinda el CP y, por ende, no pondría en objetivo peligro a los bienes jurídicos que velan por el correcto funcionamiento de la administración de justicia.¹⁸¹ Si consideramos la definición que ofrece el artículo 175 CP, veremos que esta se refiere al funcionario uruguayo, por lo tanto no contiene al personal que trabaja para la CPI; aunque no encuentro inconveniente en que tal definición se haga extensiva a las personas que cumplan funciones remuneradas o por encargo de la CPI.¹⁸² Lo que importa es que el concepto de funcionario no excluya a particulares o privados que realicen prestaciones por encargo de la administración pública, de modo que no queden fuera del concepto de funcionario y, de este modo, el concepto de autor quede restringido a quienes tienen la calidad funcional y no abarque a quienes, sin formar parte de ese escalafón, realicen una función administrativa. Pero en cuanto nos interesa, lo que debe acontecer necesariamente es una ampliación del concepto de funcionario, de modo que abarque a los funcionarios o personal contratado por las organizaciones

¹⁷⁹ Artículo 175. Concepto de funcionario. "A los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público o persona pública no estatal".

¹⁸⁰ Véase que el APICPI prevé privilegios e inmunidades no solo para el personal que cumple habitualmente funciones en la CPI sino también para el personal que ocasionalmente se contrate en el Estado en el que se desarrolle una investigación o incluso pueda llegar a sesionar tras un acuerdo específico con dicho Estado (cf. artículos 12, 15, 16 y 17 APICPI).

¹⁸¹ Salvo que se dieran en el caso concreto las circunstancias descritas en el artículo 64 CP, en el supuesto que los delitos fueran cometidos por un funcionario nacional (sujeto calificado) con la cooperación de sujeto que cumpla funciones para la CPI. En ese caso se produce una extensión de la responsabilidad del sujeto calificado (aquel que tiene las condiciones personales necesarias para la comisión del delito) hacia aquellos otros que presten su concurso.

¹⁸² Abanto advierte sobre la ubicación de la definición de funcionario público y dice, que "la técnica usada en algunos países (p. ej. en Alemania) de colocar el concepto en la parte general tiene el defecto de restringir sus posibilidades de desarrollo, pues vincula la interpretación a otros tipos penales de la parte especial". Véase Abanto, "La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado", en *RPCP*, 16, 2005, p. 40.

internacionales, como en este caso la CPI. Y para lograr esta tarea quedan dos caminos posibles: a) se amplía en la parte general el contenido del artículo 175 CP para abarcar los comportamientos indebidos del personal de la CPI o también aquellos de los que son sujetos pasivos u objeto material del delito; o b) se prevé en la parte especial tipos penales específicos en relación con los delitos contra la administración de justicia que pudieran cometerse por el personal que trabaja para la CPI o de los que pudieran ser sujetos pasivos u objetos materiales del delito.

En mi opinión, sería preferible la primera de las hipótesis planteadas.

2. El CPU, en el título IV, tipifica en los artículos 153 a 176 a los delitos contra la administración pública, y recoge las figuras del peculado (cf. artículo 153), la concusión (cf. artículo 156), el cohecho en sus distintas modalidades (cf. artículos 157 y 158), el tráfico de influencias (cf. artículo 158 *bis*), el soborno (cf. artículo 159), el fraude (cf. artículo 160), la conjunción del interés personal y del público (cf. artículo 161), la utilización indebida de información privilegiada (cf. artículo 163 *bis*), así como algunas conductas vejatorias del principio de legalidad como el abuso de funciones (cf. artículo 162) o de dudosa constitucionalidad en un sistema democrático de derecho como el desacato (cf. artículo 173).

En el título V, capítulo I, se tipifica en los artículos 177 a 199 inclusive determinados delitos contra la administración de justicia. Allí se encuentran delitos omisivos que guardan relación con funcionarios públicos que omiten denunciar delitos (cf. 177)¹⁸³ y otros delitos que atañen a las personas que se presentan frente a la administración de justicia en calidad de testigos (cf. artículo 180), peritos o intérpretes (cf. artículo 183) y presten un testimonio falso, o porque han denunciado un delito que no se ha cometido, o han simulado los indicios de un delito que haya dado lugar al inicio de actuaciones judiciales (cf. artículo 179 CP). También se castiga al recluso que pretenda evadirse de la cárcel con violencia en las cosas (cf. artículo 184) y al funcionario público que colabore con la fuga (cf. artículos 186 y 189).

Por otra parte, se castiga el prevaricato del abogado o del procurador (cf. artículo 194), el encubrimiento (cf. artículo 197) y la justicia por propia mano (cf. artículo 198).

3. Según exige el artículo 70.4 ER estos delitos deberían extenderse al ámbito de la administración de justicia de la CPI, por lo que habrá que comparar los tipos

¹⁸³ También se pena con multa a quienes estando obligados a prestar su colaboración con la justicia (v. gr. testigos, peritos, intérpretes, jurado) con un falso pretexto rehúsan a ello (cf. artículo 178 CP).

objetivos de cada uno de los delitos tipificados en los artículos 153 a 199 con los delitos tipificados en el artículo 70 ER, para decidir en cada caso si todas estas figuras delictivas se encuentran también tipificadas en el artículo 70 y si abarcan a los mismos autores (v. gr. peritos, intérpretes, testigos, etcétera).

La ley 18026 no tipifica directamente ningún delito contra la administración de justicia, sino que reenvía a los tipos objetivos previstos en el artículo 70 ER; y por ello, entiendo que la extensión de los delitos nacionales contra la administración de justicia deberá realizarse en ocasión de la creación del Código Penal Internacional (cf. artículo 77).

En esa oportunidad, una vez ampliado el concepto de funcionario del artículo 175 CP, se tendrá que analizar si el falso testimonio del artículo 178 CP abarca el supuesto del artículo 70.1.a, si el cohecho en sus distintas modalidades (cf. artículos 157 y 158) puede ser compatible con el soborno al que se refiere el artículo 170.1.f, o si tomar represalias contra un funcionario de la Corte (cf. artículo 170.1.e ER) puede ser compatible con el desacato (cf. artículo 173).

4. En cuanto al principio de legalidad, podría ofrecer reparos el inciso *e* del artículo 70.1: “tomar represalias contra un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida”, pues habría que delimitar en forma previa qué se entiende por el término *represalias* antes de reenviar la norma uruguaya a la letra del ER. Este aspecto deberá ser tenido en cuenta al momento de crear el Código Penal Internacional uruguayo, pues la vaguedad con que el ER define determinadas conductas parece reñida con el principio de taxatividad o de certeza.

5. En cuanto al ejercicio de jurisdicción frente a estos delitos, no rige el criterio de la complementariedad (cf. artículo 17 ER) sino que, de acuerdo con la regla 162, el ejercicio de jurisdicción es una decisión que atañe a la CPI.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Art. 162 RPPCPI: “1. La Corte, antes de decidir si ha de ejercer su jurisdicción, podrá consultar con los Estados partes que tengan jurisdicción respecto del delito.

2. Al decidir si ha o no de ejercer su jurisdicción, la Corte podrá tener en cuenta, en particular: a) la posibilidad del enjuiciamiento en un Estado parte y su eficacia; b) la gravedad de un delito; c) la posibilidad de acumular cargos presentados con arreglo al artículo 70 con cargos presentados con arreglo a los artículos 5 a 8; d) la necesidad de agilizar el procedimiento; e) los vínculos con una investigación o un juicio en curso ante la Corte; y f) consideraciones de prueba.

3. La Corte dará consideración favorable a la solicitud del Estado anfitrión de que renuncie a su facultad para ejercer la jurisdicción en los casos en que el Estado anfitrión considere que ello revista especial importancia.

4. La Corte, si decide no ejercer su jurisdicción, podrá solicitar de un Estado parte que lo haga de conformidad con el párrafo 4 del artículo 70”.

6. En lo que refiere a las penas, siguiendo el modelo punitivo anglosajón, aquellas previstas en el artículo 70.3 ER no cuentan con un mínimo y un máximo como se acostumbra en los sistemas de *civil law*, puesto que solo indican que la CPI no puede aplicar una pena de reclusión que supere los cinco años, o que puede corresponder una pena de multa o ambas penas en forma conjunta (penas *cocktails* o combinadas).¹⁸⁵ Por su parte, la ley uruguaya prevé para todos estos delitos una pena en abstracto con un mínimo de dos años de prisión y un máximo de diez años de penitenciaría (cf. artículo 27).

7. Analizando las penas previstas en el sistema nacional y las que propone en el artículo 27 de la ley 18026 —que reenvía al ER para la tipificación de los delitos, pero que oportunamente dispone una pena genérica de dos años de prisión a diez años de penitenciaría—,¹⁸⁶ no encuentro mayores reparos desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, pues la mayoría de los delitos contra la administración pública y contra la administración de la justicia contenidos en el CP aceptan la pena de inhabilitación especial (cf. artículos 156, 157, 158, 160, 161, 162, 163 *bis*), la pena de multa (cf. artículos 156, 157, 158, 160, 161, 162, 163 *bis*, 178, 191, 194, 196 y 198), la pena con mínimo y máximo de prisión (cf. artículos 173, 177 y 189) y la pena con mínimo de prisión y máximo de penitenciaría (cf. artículos 153, 156, 157, 158, 158 *bis*, 160, 161, 162, 163 *bis*, 179, 180, 183, 184, 185, 186 y 197);¹⁸⁷ y si tenemos en cuenta que se trata de delitos cometidos frente a un órgano judicial internacional, podría estar justificado el parámetro punitivo más elevado previsto en la ley que implementó el ER.¹⁸⁸

8. Sin embargo, si atendemos a las conductas descritas en el artículo 70 ER, hubiera sido de mejor técnica legislativa que la ley de implementación uruguaya diferenciara cada una de ellas con un mínimo y un máximo determinado de pena. Si

¹⁸⁵ A favor de incluir penas combinadas en el sistema alemán, véase Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002, 5.ª ed. corregida y ampliada, p. 807.

¹⁸⁶ De no haberlo hecho de esta forma, hubiera causado una lesión a los principios de legalidad y certeza que dominan la cuestión de la pena en nuestro sistema penal (*civil law*).

¹⁸⁷ Si el artículo 27 no hubiera propuesto una pena mínima y máxima en abstracto, tendríamos que haber recurrido al artículo 70 ER, que propone una pena máxima de cinco años de penitenciaría y, de esa forma, posiblemente, los máximos de ocho años de penitenciaría para el falso testimonio (cf. artículo 180 CP), la falsa exposición de peritos e intérpretes (cf. artículo 183 CP) y el concurso de funcionarios públicos en la evasión de un recluso (cf. artículo 186 CP), así como el máximo de diez años de penitenciaría previsto abstractamente para el delito de encubrimiento (cf. artículo 197 CP), podrían haber resultado excesivos desde el parámetro del principio de proporcionalidad.

¹⁸⁸ Para la forma en que la CPI determinará la pena y, en particular, la pena de multa en relación con los delitos contenidos en el artículo 70 ER, véase Velásquez Velásquez, "La determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en *RDPC*, 14, 2004, pp. 193 y ss., 223.

se analiza cada uno de los literales del artículo 70.1 ER, se entenderá que no tiene la misma carga de reproche ni significación negativa el hecho de brindar un falso testimonio (cf. artículo 70.1.a ER), la aceptación de un soborno por parte de un funcionario de la CPI para realizar su función (cf. artículo 70.1f ER) o poner trabas a un funcionario de la CPI en el cumplimiento de su función (cf. artículo 70.1d ER), por citar algunos ejemplos.

5 • Ejecución de sentencias y órdenes de la CPI

1. Para toda solicitud de cooperación se requiere la decisión favorable de la SCJ, que será pasible del recurso de reposición ante la propia SCJ (cf. artículo 41).

2. La solicitud recibida por la autoridad central será remitida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes (cf. artículo 42.1), previo control de los requisitos formales (cf. artículo 42.2 y artículos 91 y 92 ER),¹⁸⁹ que será reiterado por la SCJ al resolver sobre estos.¹⁹⁰ De no existir reparos formales ni constatarse causales de denegación (cf. artículo 40), la SCJ dispondrá lo pertinente para cumplir con la solicitud.

3. El cumplimiento de la solicitud puede estar condicionado por la SCJ, por existir una contravención con un principio jurídico fundamental o por la violación de obligaciones internacionales del Estado, exigencias estas que serán comunicadas por el Poder Ejecutivo a la CPI (cf. artículo 46).

4. Si la solicitud pudiera interferir con una investigación o un proceso en curso en Uruguay (cf. artículo 94 ER), se estimará un plazo razonable para su conclusión y se resolverá sobre la procedencia de la pretensión de la CPI,¹⁹¹ esto es, si la

¹⁸⁹ El Poder Ejecutivo podrá observar el incumplimiento de cuestiones formales (según el ER) y realizar las consultas pertinentes a la CPI o sus órganos para la subsanación de estas (cf. artículo 42.3).

¹⁹⁰ La SCJ controlará los requisitos formales de la solicitud y las observaciones que hubiera realizado el Poder Ejecutivo, así como, si se verifica cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 40, con excepción del literal c numeral 1, que requiere expresa petición del Poder Ejecutivo (el artículo 40.c.1 impide dar curso a una petición si "se tratare de divulgación de información o documentos que pudieran afectar intereses de la seguridad nacional"). A su vez, puede resolver improcedentes las observaciones del Poder Ejecutivo y exigir que se comunique a la CPI para dejar a estas sin efecto (cf. artículo 42.6).

¹⁹¹ Recuérdese que según el artículo 19.2.b ER, se trata de una causal de impugnación de la competencia de la CPI o de la admisibilidad de la causa (cf. también artículo 95 ER).

solicitud pudiera cumplirse sujeta a condiciones especiales que el artículo 47 no determina, pero, que estimo, serían de reserva y dependerán del caso concreto.

5. En el capítulo III de la ley 18026 se propone la cooperación en la ejecución de sentencias definitivas de la CPI. Según el artículo 71, Uruguay acepta la ejecución de una pena definitiva de privación de libertad siempre y cuando:

- a) se trate de un ciudadano uruguayo;
- b) el tiempo de condena no exceda el máximo previsto de tiempo de condena por el orden jurídico nacional.¹⁹²

6. Tratándose de sentencias que condenan a penas de multa o de resoluciones (definitivas o cautelares) que solicitan un decomiso o una reparación, y que deban ser ejecutadas en jurisdicción uruguaya, “se dará cumplimiento a la misma sin modificar su alcance y sin procedimiento de exequátur” (cf. artículo 72).

7. Debe tenerse presente que, si bien el cumplimiento de una condena se regirá por lo que disponen las normas nacionales (cf. artículo 71.2), según el ER la CPI sería la encargada, en exclusiva, de tomar las decisiones en relación con los beneficios procesales durante la ejecución de la pena (v. gr. libertades condicionales, recursos de apelación o revisión, cf. artículos 103 y ss. ER, y reglas 198 y ss. RPPCPI). De esta forma se crea un complicado sistema de ejecución en el cual las condiciones de la reclusión dependerían del Estado uruguayo, pero la solicitud de libertad condicional, por ejemplo, debería ser solicitada ante la CPI, lo que provocará una situación de indefensión que no ha sido considerada por la ley de implementación uruguaya en forma específica, decantándose por la regulación un tanto genérica del artículo 71. Pudo haber sido previsto que la solicitud de libertad condicional fuese presentada ante la SCJ y esta darle trámite a través de la autoridad central directamente ante la CPI. De este modo, el delincuente no tendría que comparecer directamente ante la CPI —con todos los gastos e inconvenientes que esto significa— sino que podría hacerlo directamente ante las autoridades competentes nacionales.

¹⁹² Sobre este aspecto ya me pronuncié en Galain Palermo, “Informe Uruguay”, o. cit., pp. 444 y ss.

6. Conclusiones

1. En cuanto hace al proceso de extradición, este ya no debería depender de criterios diplomáticos y de la solidaridad entre los Estados sino, por el contrario, de la existencia de un interés común en obligarse —recíprocamente— para la entrega de sospechosos en las condiciones establecidas por los tratados o las leyes nacionales.¹⁹³ En vista de ello, la tramitación de la entrega de un sospechoso para ser juzgado en otro país o de un condenado para que cumpla la condena, desde el país en que este se encuentra al país que lo requiere judicialmente, debe tender a una simplificación en los trámites sin que ello signifique una merma de constatación en los requisitos que permiten otorgarla.¹⁹⁴

En esa encrucijada se encuentra el procedimiento de la extradición, es decir, entre convertirse definitivamente en un proceso de colaboración internacional con un objetivo —exclusivamente— punitivo o en mantener vigente determinadas garantías que hacen al control de las solicitudes de cooperación, pues, al fin de cuentas, no siempre se trata de individuos culpables que han huido de la justicia sino que las más de las veces se trata de sujetos que son requeridos para ser sometidos a un juicio penal. Claro está que esta segunda opción, según el rumbo que toma la política criminal internacional, parece acertada solo para los casos en que la solicitud proviene de países con los que no existe tratado, ni es un *socio* en un proceso de integración supranacional o respecto del cual se tienen sospechas sobre su conformación democrática.

2. Generalmente, la jurisprudencia uruguaya, debido a la falta de precisión de las normas sobre extradición, no ha tenido criterios claros de aplicación para autorizar o negar una solicitud extraditoria.¹⁹⁵ Este defecto lo intentó suplir el NCPP en

¹⁹³ Véase Tratado modelo sobre extradición de ONU de fecha 3.4.1991.

¹⁹⁴ El Consejo de Europa de Tampere, en 1999, recomendó en el punto número 35 de las conclusiones: “En materia penal, el Consejo Europeo insta a los Estados miembros a que ratifiquen con celeridad los Convenios de extradición de la UE de 1995 y 1996. Considera que el procedimiento formal de extradición debe suprimirse entre los Estados miembros en el caso de las personas condenadas por sentencia firme que eluden la justicia, y sustituirse por el mero traslado de dichas personas, de conformidad con el artículo 6 del TUE. También deben considerarse procedimientos acelerados de extradición, respetando el principio de juicio justo”. Véase Elsen, “L’Esprit et les ambitions de Tampere”, en *RM CUE*, 433, noviembre-diciembre 1999, pp. 659 y ss. Luego, como un paso más adelante en la simplificación del procedimiento de extradición, en sistemas de países asociados en organismos supranacionales que buscan una integración armonizadora de normas y procedimientos (v. gr. la UE), ya se recurre a órdenes directas, como la *Orden Europea* que pretende la sustitución del procedimiento de la extradición para una lucha más efectiva contra la criminalidad transfronteriza.

¹⁹⁵ Según Preza: “[...] en casos de extradición, cuando no rige tratado; este último se ha caracterizado por la existencia de criterios jurisprudenciales, a veces contradictorios y con una marcada falta de disposiciones firmes y garantistas”. Véase Preza, “Panorama actual”, o. cit., p. 609.

su artículo 339 estableciendo una serie de motivos por los que no debe prosperar una solicitud de extradición.¹⁹⁶ Sin embargo, como ya se ha dicho, este nuevo modelo procedimental nunca ha entrado en vigor y han permanecido las dudas toda vez que el pedido de extradición proviene de un Estado con el que Uruguay no tiene un tratado multilateral o bilateral. Por ello, la jurisprudencia utiliza el procedimiento sumario que describen los Tratados de Montevideo de 1889¹⁹⁷ y de 1940¹⁹⁸ (aunque el requirente no los haya suscrito), es decir, la jurisprudencia uruguaya realiza una interpretación análoga pues carece de la normativa específica para hacer frente a las solicitudes de extradición de países con los que no hay tratado vigente. Esto produce una situación constante de inseguridad jurídica que puede traducirse en una causa de indefensión de los extraditables.¹⁹⁹ ²⁰⁰

3. Atendiendo a los problemas normativos respecto a la extradición, la ley de implementación del ER tendría que haber solucionado problemas de indefinición; puesto que los inconvenientes pueden perfectamente trasladarse a la entrega de sospechosos a la CPI, en situaciones en las que esta pretenda aplicar la pena de cadena perpetua, que tiene expresa prohibición en la Constitución uruguaya (cf. artículo 26 CU).²⁰¹

¹⁹⁶ Art. 339 (Improcedencia de la extradición). "La extradición no es procedente: 1°) Cuando el reclamado haya cumplido la pena correspondiente al delito que motiva el pedido o cuando, de cualquier manera, se hubiere extinguido la pretensión punitiva del Estado con anterioridad a la solicitud. 2°) Cuando esté prescrita la acción o la pena, según la legislación nacional o la del Estado requirente. 3°) Cuando el reclamado haya sido juzgado o condenado o vaya a ser juzgado en un Tribunal de excepción o ad hoc en el Estado requirente. 4°) Cuando se trate de delitos políticos o delitos comunes conexos con delitos políticos o delitos comunes cuya represión obedezca a motivos políticos. No serán considerados como delitos políticos el genocidio, los crímenes contra la humanidad, así como los actos de terrorismo. 5°) Cuando de las circunstancias del caso pueda inferirse que medie propósito persecutorio por consideraciones de raza, religión o nacionalidad, o que la situación de la persona pueda verse agravada por alguno de tales motivos. 6°) Cuando se trate de delitos perseguibles a instancia del ofendido, conforme a la legislación uruguaya. 7°) Cuando la conducta que amerita el pedido no se encuentre prevista como delito en ambas legislaciones. Para dicha comprobación, no se atenderá a la denominación de los ilícitos, sino a la semejanza de las respectivas descripciones típicas. 8°) Cuando la pena impuesta sea inferior a dos años de privación de libertad y la parte de la sentencia que aún resta por cumplir sea menor de seis meses. Si se tratare de personas requeridas para ser juzgadas, cuando el mínimo de la pena que la ley nacional prevé para el delito sea inferior a veinte meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 54 del Código Penal".

¹⁹⁷ Cf. artículos 30 y ss.

¹⁹⁸ Cf. artículos 29 y ss.

¹⁹⁹ Sobre la base de esta circunstancia, Preza ha propuesto aplicar en base análoga el Tratado de Extradición con Argentina. Véase Preza, "Panorama actual", o. cit., p. 615.

²⁰⁰ De todas formas, cabe decir que en ausencia de tratado o convención para la extradición, rigen supletoriamente las normas generales del CGP, por más que no sean específicamente normas penales. De opinión similar García Altolaquirre, "El Ministerio Público frente al derecho internacional"; en *El Ministerio Público y Fiscal*, Montevideo, Amalio Fernández, p. 258.

²⁰¹ También por el artículo 340 NCPP.

4. Un aspecto de relevancia, que preocupa a quien informa, es el relacionado con las personas jurídicas (v. gr. sociedades anónimas, empresas multinacionales que operan *off shore*) que pueden ser constituidas en Uruguay por sospechados de haber cometido crímenes internacionales del ER y la colaboración del Uruguay con la CPI, por ejemplo, en cuanto atañe al artículo 93 ER.²⁰²

Se ha mencionado, en este trabajo, que Uruguay es custodio de determinados parámetros que hacen a la actividad financiera y bancaria, actividad de la que depende, en gran parte, la economía del país. Así, la inquietud permanente por ofrecer seguridad al inversor extranjero, ya sea otorgando determinadas facilidades arancelarias, la posibilidad de operar *off shore* o brindando *secreto fiscal y bancario*.

Según el *primer pilar* asumido por la ley 18026, que obliga a colaborar en forma plena con la CPI, debió haberse legislado de una manera más precisa, de qué forma y con qué alcance puede informar la República Oriental del Uruguay acerca de la titularidad y contenido de cuentas bancarias u otro tipo de operaciones relacionadas con la actividad jurisdiccional (v. gr. trabar embargos o confiscar fondos), cuando estas guarden relación con sujetos sospechados ante la CPI.²⁰³

De todas formas, en principio podría entenderse que por tratarse de procedimientos de naturaleza penal, en los que se exige semiplena prueba para considerar a un sujeto como sospechado, el secreto tributario (cf. artículo 47 del Código Tributario) y bancario puede ser levantado sin mayores inconvenientes (cf. artículo 25 del decreto ley n.º 15322) y sin interferencia de las declaraciones del orden público nacional e internacional.

Ahora bien, la jurisprudencia nacional deberá actuar con cautela, pues la política financiera uruguaya exige la inclusión del secreto tributario y bancario en el orden público nacional,²⁰⁴ y esto puede atentar contra todos los principios de

²⁰² El artículo 93 ER dice que los Estados partes “deberán cumplir las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte en relación con investigaciones o enjuiciamientos penales a fin de: [...] a) identificar y buscar personas u objetos [...] h) practicar allanamientos y decomisos; i) transmitir registros y documentos, inclusive registros y documentos oficiales; [...] k) identificar, determinar el paradero o inmovilizar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, o incautarse de ellos, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”.

²⁰³ En convenios bilaterales como el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Unidos de América y Uruguay, se previó que la autoridad central, que depende del Poder Ejecutivo (Ministerio de Educación y Cultura), tiene la potestad de rechazar por sí el pedido de asistencia sin intervención del Poder Judicial, esto es, por motivos estrictamente políticos (cf. artículo 5). Esta especie de veto del Poder Ejecutivo (que es mucho más que un control previo) se reitera —mitigado— en el Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua entre Uruguay y Brasil, aunque en este la autoridad central no rechaza el pedido sino que puede llegar a condicionarlo (cf. artículo 5.2).

²⁰⁴ Véase Adriazola, “Cooperación penal internacional y delito transnacional”, o. cit., p. 4. “La asistencia judicial, en este tipo de delitos, deberá contemplar las características propias de las economías nacionales, los riesgos de debacle en los mercados y la dañosa social por reflejo de las medidas represivas, ya a través de una previa consideración del órgano jurisdiccional o ya dando algún tipo de intervención a los órganos rectores de la política económica”. *Ibidem*, p. 6.

colaboración judicial internacional, y convertir al Uruguay en un recinto (o refugio) para delincuentes internacionales o para la obtención de dividendos de actividades delictivas.²⁰⁵

En ese sentido, el *segundo pilar* que exige la intervención preceptiva de la SCJ debe ser alabado, puesto que, en la decisión de cada caso concreto, serán razones jurídicas y no políticas las que decidan cuándo aplazar, condicionar o consultar la solicitud de cooperación de la CPI.

Del análisis de los artículos 45, 46 y 52 de la ley uruguaya que implementó el ER no parece encontrar sitio la protección del secreto fiscal o bancario, en el entendido de que una solicitud de un órgano penal internacional reconocido por el Uruguay con el que se tiene una obligación plena de cooperar (cooperación vertical) y cuya competencia es *subordinada* o *supletoria* a la jurisdicción nacional (*complementaria*, cf. artículo 17 ER) no vulnera la seguridad nacional (cf. artículo 45) ni un principio jurídico fundamental del ordenamiento uruguayo (cf. artículos 47 del Código Tributario y 25 decreto ley 15322) ni una obligación internacional del Estado (cf. artículo 46).

5. En relación con el primer pilar de la ley 18026, el Uruguay se compromete a perseguir a toda persona sospechosa que se encuentre en territorio del Estado o en lugares sometidos a su jurisdicción, aceptando en forma expresa en el artículo 4.2²⁰⁶ el principio de *jurisdicción universal*, puesto que la obligación de ejercer jurisdicción se extiende a los crímenes o delitos que no mantengan conexión con el Uruguay.²⁰⁷

En este sentido, entiendo que la ley de implementación debió haber limitado el principio de *jurisdicción universal* solo a los casos en que ningún tribunal extranjero o la CPI se hicieran cargo de la investigación, de forma de no quedar el Uruguay obligado a ejercer funciones de *gendarme universal*, aspiración de las grandes potencias que enmascara una vocación bélica o beligerante, que contraría la naturaleza de las cosas y más aun, los principios constitucionales de la República.

²⁰⁵ Téngase presente, como decía Irueta Goyena, que ningún país tiene interés en que sus fronteras sean refugio de los delincuentes extranjeros. Véase Carballa, *Código Penal de la República Oriental del Uruguay (anotado y concordado por Juan Carballa)*, Montevideo, Notas explicativas, 1968, p. 235.

²⁰⁶ Art. 4.2: "Cuando se encontrare en territorio de la República o en lugares sometidos a su jurisdicción, una persona sospechosa de haber cometido un crimen o delito de los tipificados en los títulos I a IV de la parte II de la presente ley, el Estado uruguayo está obligado a tomar las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de dicho crimen o delito, si no recibiera solicitud de entrega a la Corte Penal Internacional o pedidos de extradición, debiendo proceder a su enjuiciamiento como si el crimen o delito se hubiese cometido en territorio de la República, independientemente del lugar de su comisión, la nacionalidad del sospechoso o de las víctimas".

²⁰⁷ Véase al respecto Simon, "Jurisdicción universal. La perspectiva del derecho internacional público", en ADCL, 2001, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2001, pp. 283 y ss.; Arbour, "Will the ICC have an Impact on Universal Jurisdiction?", en JICJ, 1, 2003, pp. 585 y ss.

7 • Bibliografía

- ABANTO, Manuel: "La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado", en *RPCP*, 16, 2005.
- ADRIAZOLA, Gabriel: "Cooperación penal internacional y delito transnacional", en *LJU*, tomo 108, Doctrina 4, disponible en Internet.
- "El delito tributario, la cooperación penal internacional y la extradición", en *LJU*, tomo 126, doctrina 9, versión Internet.
- ÁLVAREZ COZZI, Carlos: *La asistencia jurídica internacional y la extradición en los delitos de narcotráfico y lavado de activos*, Montevideo: Del Foro, 2001.
- AMBOS, Kai: "Die Implementation des IStGH-Status in Deutschland", (en español "La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania", trad. de Pablo Galain y Oliver Büchl), AMBOS, MALARINO y, WOISCHNICK (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- *Estudios de derecho penal internacional*, trad. José Santos, Rev Ollero y del autor, Bogotá: Leyer, 2005.
- ARBOUR, Louise: "Will the ICC have an Impact on Universal Jurisdiction?", en *JICJ*, 1, 2003.
- ARRIGHI, Jean: "Relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos", en *Derecho internacional público*, tomo I, Montevideo: FCU, 2.º ed., 1996.
- BASSIOUNI, M. Cherif: *International Extradition and World Public Order*, Sijthoff-Leyden: Oceana Publications, Netherlands, 1974.
- BEKOU, Olympia: "The 'Complementarity Regime' of the ICC", version en Internet: <http://www.weltpolitik.net>.
- BERMÚDEZ, Víctor: "La aplicación del derecho internacional por el juez administrativo. Definición e interpretación de las reglas internacionales por el juez", en *LJU*, doctrina 5, disponible en Internet.
- CAIROLI, Milton: *La cooperación penal internacional, la asistencia mutua y la extradición*, Montevideo: FCU, 2000.
- *El derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, tomo I "La ley, el delito", Montevideo: FCU, 2001, 2.º ed.
- CARBALLA, Juan: *Código Penal de la República Oriental del Uruguay (anotado y concordado por Juan Carballa)*, notas explicativas, Montevideo, 1968.
- CARCANO, Domenico: "I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti alla concedibilità o utilizzabilità", en Giuseppe LA GRECA y, Maria Riccarda MARCHETTI: *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Turín: Giappichelli Ed., 2003.

- CERVINI, Raúl: "Medidas de asistencia judicial penal internacional de primer nivel y la doble incriminación", en *Segundo seminario internacional "La regionalización del derecho penal en el Mercosur"*, publicación oficial, Maldonado, 1993.
- "La jurisdicción penal internacional perspectiva del derecho penal", en *RUCU*, VI, Montevideo, 2004.
- CIURO, Miguel: "Razón e historia en el derecho de la integración: los casos de la Unión Europea y el Mercosur", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- CORREA FREITAS, Ruben: "Los órganos del Mercosur: hacia la conformación de un Parlamento común", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- CHAVES HONTOU, Gastón, Pablo y GALAIN PALERMO: *Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken in Uruguay*, Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, (en prensa).
- DE OLARTE, Julio: *Extradición*, tomo I, Montevideo: Facultad de Derecho, Peña & Cía Impresores, 1942.
- DELMAS-MARTY, Mireille: "Integración de la Unión Europea", en *Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y el mundo*, México: Inacipe, (inédito).
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: "Principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incoherencias sistémicas", en *AADI*, vol. XI, 2001.
- DUBBER, Markus: *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, München: Beck, 2005.
- ELSEN, Charles: "L'Esprit et les ambitions de Tampere", en *RMCE*, 433, noviembre-diciembre 1999.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo: "Sobre un aspecto de calificación en derecho extradicional. Los delitos comunes cuya represión obedece a fines políticos y el Tratado de Derecho Penal Internacional de 1889", en *INUDEP, Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal*, año I, n° 2, julio-diciembre 1980, Montevideo: Amalio Fernández.
- "Extradición, orden público interno y delito político", en *LJU*, tomo 107, doctrina 8, disponible en Internet.
- *La elaboración jurídico penal del pasado en el Uruguay*, Max Planck Institut, (inédito).
- FERRAJOLI, Luigi: "Derechos vitales y políticas de muerte. Por un constitucionalismo global", (trad. Nicolás Guzmán), en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- GAFNER D'AUMERIES, Sonja: *Le principe de la double incrimination. En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les États-Unis*, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 1992.
- GALAIN PALERMO, Pablo: "Informe Uruguay", en *AMBOS, MALARINO y WOISCHNICK (eds.): Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la*

- Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- “Responsabilidad de las personas jurídicas”, en *RP*, n° 17, enero 2006, Madrid: La Ley.
- “Informe Uruguay”, de fecha 1.5.2005, disponible en http://lehrstuhl.jura.unigoettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte.html.
- GALAIN PALERMO, Pablo y Angélica SÁNCHEZ ROMERO: “Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político-criminal que disminuya la incompatibilidad entre ambos conceptos”, en *Libro Homenaje a Juan Bustos Ramírez*, Lima, (en prensa).
- GARCÍA ALTOLAGUIRRE, Carlos: “El Ministerio Público frente al derecho internacional”; en *El Ministerio Público y Fiscal*, Montevideo: Amalio Fernández.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional”.
- GELSI BIDART, Adolfo: “Planteamiento procesal del tema de la extradición extranjera”, en *RIDP*, Madrid, 1959, 1.
- GONZÁLEZ, José Luis: “El caso Uruguay”, en AMBOS, GÓMEZ COLOMER y VOGLER (eds.), *La policía en los Estados de derecho latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación*, Bogotá: Ibañez, 2003.
- HOLMES, John: “Complementarity: National Courts versus the ICC”, en Olympia BEKOU y Robert CRYER (eds.), *The International Criminal Court*, Nottingham: Ashgate/Dartmouth, 2004.
- HUBER, Barbara: “La cooperación judicial y policial en Europa. Una visión general”, en *Cuestiones del derecho penal europeo*, Madrid: Dykinson, 2005.
- JARDÍ, Martha: “La extradición en el nuevo Código del Proceso Penal”, en *Estudios de derecho procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Montevideo: FCU, 1999.
- JESCHECK/WEIGEND: *Tratado de derecho penal. Parte general*, (trad. Olmedo Cardenote), Granada: Comares, 2002, 5.ª ed. corregida y ampliada.
- KAUL, Hans-Peter y Claus KREB: “Jurisdiction and cooperation in the Statute of the International Criminal Court: principles and compromises”, en Olympia BEKOU, Robert CRYER (eds.): *The International Criminal Court*, Nottingham: Ashgate/Dartmouth, 2004.
- LANGÓN, MIGUEL: “La extradición en el ámbito del Mercosur”, en *Segundo seminario internacional “La regionalización del derecho penal en el Mercosur”*, publicación oficial, Maldonado, 1993.
- MARCHETTI, María: “Dalle convenzioni bilaterali alle ‘nuove’ forme di assistenza”, en Giuseppe LA GRECA y Maria Riccarda MARCHETTI: *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Turín: Giappichelli Ed., 2003.
- MARTÍN ARRIBAS, Juan: “¿Hacia un derecho internacional global en los albores del siglo XXI?”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- OPERTI, Didier: *El secreto bancario y actuación del poder judicial en el marco de los instrumentos de cooperación penal internacional*, Montevideo, 1995.

- “Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales con especial referencia a los últimos desarrollos convencionales en el ámbito multilateral y bilateral”, en *Curso de Cooperación Penal Internacional*, Río de Janeiro: Valença, 1994.
- OTTATI, Amadeo: “Convención Interamericana sobre Extradición. Primeras reflexiones acerca de su contenido”, en *RIUDP*, año II, 3, 1981.
- PASTOR, Daniel: “El sistema penal internacional del Estatuto de Roma. Aproximaciones jurídicas críticas”, en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- PEREIRA SCHURMANN, Jorge: “La extradición como instituto garantizador de los derechos humanos”, *RCP*, 1, 1995.
- “Dos problemas en el ámbito de la cooperación jurídica internacional: la extradición y el traslado de reclusos”, en *Segundo seminario internacional “La regionalización del derecho penal en el Mercosur”*, publicación oficial, Maldonado, 1993.
- PIRAGOFF, Donald: “Derecho penal unitario en un sistema federal: la experiencia canadiense”, en *Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y el mundo*, México: Inacipe, (inédito).
- PREZA, Dardo: *Comentarios al nuevo Código del Proceso Penal Uruguayo. Ley n.º 16893*, Montevideo: Ingranusi Ltda, 1988.
- “Panorama actual de la extradición en el Uruguay”, en *Revista de Derecho Penal*, 13, Montevideo: FCU, 2003.
- SCHWAIGHOFER y Klaus, Stefan EBENSPERGER: *Internationale Rechtshilfe in strafrechtlichen Angelegenheiten. Einführung-Texte-Materialien*, Viena: WUV Universitätsverlag, 2001.
- SIEBER, Ulrich: “Unificación, armonización y cooperación: buscando soluciones para los sistemas federales y supranacionales de la justicia penal”, en *Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y el mundo*, México: Inacipe, 2006.
- SIMON, Jan-Michael: “Jurisdicción universal. La perspectiva del derecho internacional público”, en *ADCL*, 2001, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2001.
- SOLARI, Marcelo: “Las nuevas normas procesales internacionales del Código General del Proceso”, en *RFDCS*, 3 y 4, julio-diciembre 1989.
- SPIELMANN, Dean: *Le secret bancaire et l’entraide judiciaire internationale pénale au Grand-Duché de Luxembourg*, Bruselas: Larcier, 1999.
- TELLECHEA, Eduardo: “La cooperación judicial internacional en materia penal con especial referencia al ámbito del Mercosur y estados asociados”, en *LJU*, tomo 126, doctrina 1, disponible en Internet.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “La determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *RDPC*, 14, 2004.

VÉLEZ, Giovanna: *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

VIEIRA, Manuel Carlos GARCÍA ALTOLAGUIRRE: *La extradición. Desde sus orígenes hasta nuestros días*, Montevideo: FCU, 2001.

ZIMMERMANN, Robert: *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Berna: Bruylant SA Bruxelles, 2004, 2.ª ed.

1 • Introducción

Actualmente en Venezuela no hay un proyecto de implementación del Estatuto de Roma.¹ Únicamente existe un proyecto de Código Penal emanado del Tribunal Supremo de Justicia, por cierto muy cuestionable,² el cual contiene un capítulo dedicado a los crímenes internacionales. Este capítulo es bastante deficiente, además de estar mal sistematizado y presentar graves confusiones sobre los conceptos de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.³

Por otra parte, tampoco hay proyecto alguno que prevea una posible asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Inclusive, la jurisprudencia venezolana reciente se ha mostrado bastante celosa en materia de cooperación con entes supranacionales. Así, sin hacer distinción alguna, expresa la sentencia 1505, del 21 de noviembre de 2000, de la sala de casación penal del Tribunal Supremo de Justicia,⁴ que los tratados internacionales suscritos por Venezuela

[...] son aplicables en lo que a la sustancialidad se refiere y *no respecto a lo procesal o adjetivo, porque sería renunciar a la soberanía*. Tales tratados, etcétera, forman parte

¹ Venezuela ratificó el Estatuto el 7 de junio de 2000. Fue el primer país latinoamericano en hacerlo y el undécimo en el mundo.

² Al respecto véase mi trabajo, "Observaciones a la parte general del anteproyecto de Código penal", en Parra Aranguren (ed.), *Anteproyecto de Código Penal. Comentarios*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 437 y ss.

³ Véase www.tsj.gov.ve/información/miscelaneas/anteproyecto.codigo_penal.html.

⁴ www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/noviembre/1505-211100-C000743.htm.

del sistema constitucional venezolano por voluntad de la Constitución; pero en caso de que haya una antinomia o colisión con el dispositivo de la Constitución, deberá sin ningún género de duda, privar la Constitución.⁵

Esta sentencia desvirtúa totalmente el artículo 23 de la Constitución, según el cual los tratados relativos a derechos humanos⁶ tienen jerarquía constitucional y privan en el orden interno siempre que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas en la propia Constitución y las leyes venezolanas. La gravedad de lo sostenido en la sentencia citada se agudiza cuando establece que “[...] esos tratados son aplicables en lo que a la sustancialidad se refiere y no respecto a lo procesal o adjetivo, porque sería renunciar a la soberanía”. En modo alguno puede aceptarse el razonamiento de la sentencia, ya que precisamente los tratados sobre derechos humanos suscritos por Venezuela contienen una gran cantidad de derechos de carácter “procesal o adjetivo”, los cuales no pueden quedar desaplicados por suponer un virtual atentado contra la “soberanía”.

En igual sentido establece la sentencia 1942, del 15 de julio de 2003, de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:⁷

Al fin y al cabo, el artículo 19 constitucional garantiza a toda persona el goce y ejercicio de los derechos humanos, siendo el respeto de ellos obligatorio para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución de 1999, con los Tratados sobre derechos humanos suscritos por la República y las leyes venezolanas, siempre que estos (*sic*) cuerpos normativos no colidan con principios constitucionales sobre Derechos Humanos, o atenten contra los Principios Fundamentales de la Constitución [...] La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara (*omissis*) [...] las medidas de cualquier índole destinadas a hacer cumplir en el país con los deberes y obligaciones en materia de derechos humanos, deben tomarse con arreglo a los procedimientos constitucionales y por ende a la Constitución misma.

La sentencia da a entender que no puede existir norma alguna por encima de la Constitución, ni siquiera en materia de derechos humanos, lo que contradice, al igual

⁵ Cursivas más.

⁶ Aunque es discutible que el Estatuto de Roma sea un tratado sobre derechos humanos.

⁷ www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1942-150703-01-0415.htm.

que la sentencia de la sala penal citada *supra*, el artículo 23 constitucional. Por otra parte, agrega la referida sentencia de la sala constitucional en relación con los órganos supranacionales:

[...] Los artículos 73 y 153 constitucionales contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional. [...] Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son —por ejemplo— las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 *eiusdem*). Áreas diversas a la de los Derechos Humanos per se, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de la los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. [...] Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo [...]. Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no puede menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República.

Según el texto transcrito, únicamente se podrán transferir competencias a organismos supranacionales cuando así lo establezca expresamente la Constitución, lo cual, por cierto, no hace en relación con la CPI o a favor de organismos supranacionales protectores de derechos humanos. Esta absurda conclusión la fundamenta la última sentencia citada, en lo que califica de “derechos irrenunciables de la Nación” o, más grave y sorprendente aún, “derechos fundamentales de la República”, como son “la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional”. Esta curiosa sentencia muestra un innegable carácter autoritario al impedir, de cierta manera, la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos venezolanos por organismos supranacionales. La protección de los derechos humanos en Venezuela queda supeditada a principios totalmente vagos que operan a favor del Estado, como “la soberanía”, la “autodeterminación nacional” o la “integridad territorial”.

Evidentemente, sentencias semejantes también harían cuesta arriba la cooperación del Estado venezolano con la CPI, aun cuando Venezuela se haya comprometido a garantizar esa cooperación al suscribir el Estatuto de Roma.

2. Asistencia judicial interestatal

a. El mecanismo tradicional admitido por el ordenamiento jurídico venezolano para la cooperación judicial entre Estados es el procedimiento de extradición, regulado en los distintos tratados internacionales suscritos por Venezuela, así como en los artículos 6 del Código Penal y 391 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal.⁸ Sobre la extradición pasiva contemplada en la ley procesal venezolana, esta tiene lugar cuando un gobierno extranjero requiere la extradición de alguna persona que se halle en territorio venezolano, supuesto en el cual el Poder Ejecutivo remitirá la solicitud al Tribunal Supremo de Justicia con la documentación recibida (artículo 395 del Código Orgánico Procesal Penal).⁹ Si la solicitud de extradición se presenta sin la documentación judicial necesaria, pero con el ofrecimiento de producirla después y con la petición adicional de que, mientras se tramita, se aprehenda al imputado, el tribunal de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar, según la gravedad, urgencia y naturaleza del caso, la aprehensión de la persona solicitada y remitirá lo actuado al Tribunal Supremo de Justicia, el que señalará al Estado extranjero el término perentorio para la presentación de la documentación, que no podrá ser mayor de sesenta días continuos (artículo 396 del Código Orgánico Procesal Penal) vencido este lapso sin haberse enviado la documentación ofrecida, el Tribunal Supremo de Justicia ordenará la libertad del aprehendido, sin perjuicio de acordarlo nuevamente si posteriormente recibe esa documentación (artículo 397 del Código Orgánico

⁸ Algún sector de la doctrina venezolana considera que no cabe la extradición cuando no exista tratado respectivo entre Venezuela y el Estado extranjero (así, Mendoza Troconis, *Curso de derecho penal venezolano*, Caracas, PG, 1986, tomo I, pp. 288 y ss. En contra de esta opinión, con referencias jurisprudenciales, Sosa Chacín, *Derecho penal*, tomo I, Caracas, 1978, pp. 487 y ss.). Al respecto considero, en la línea de este último autor, que si no hay tratado con el Estado solicitante la extradición se regirá por el ordenamiento jurídico interno venezolano y la costumbre internacional.

⁹ La doctrina tradicional venezolana considera que el procedimiento de extradición es predominantemente judicial (por todos, Mendoza Troconis, como en nota anterior, pp. 296 y ss.). Desde mi punto de vista se trata de un procedimiento judicial que obliga al gobierno, en caso de extradición pasiva, a entregar la persona solicitada una vez acordada aquella.

Procesal Penal).¹⁰ En todo caso, el gobierno extranjero podrá “designar un abogado para que defienda sus intereses en este procedimiento” (artículo 398 del Código Orgánico Procesal Penal).

A continuación establece la ley procesal penal venezolana un procedimiento para decidir si acuerda o no la extradición (artículo 399 del Código Orgánico Procesal Penal), para lo cual el Tribunal Supremo de Justicia convocará a una audiencia oral dentro de los treinta días siguientes a la notificación del solicitado. A esta audiencia concurrirán el representante del Ministerio Público, el imputado, su defensor y el representante del gobierno requirente, quienes expondrán sus alegatos. Una vez concluida la audiencia, el Tribunal Supremo de Justicia decidirá en un plazo de quince días.

Adicionalmente a las normas citadas, establece la Constitución venezolana de 1999, en su artículo 271, que en ningún caso podrá negarse la extradición de extranjeros responsables de delitos “contra los derechos humanos”. Mientras que en su artículo 69 prohíbe la extradición de ciudadanos venezolanos, prohibición reiterada en el artículo 6 del Código Penal.

Por otra parte, Venezuela ha suscrito diversos tratados internacionales de extradición, entre los cuales se pueden mencionar la Convención Interamericana sobre Extradición (25 de febrero de 1981), el Acuerdo Bolivariano sobre Extradición, suscrito con Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia (18 de julio de 1911), los tratados de extradición suscritos con el Reino de Bélgica (13 de marzo de 1884), con los Estados Unidos de Norteamérica (19 de enero de 1922), con Chile (30 de diciembre de 1964), etcétera. En la gran mayoría de estos tratados de extradición se plasman los principios generales que en esta materia han sido reconocidos tradicionalmente por el Estado venezolano, como son la no entrega por delitos políticos, la necesidad de doble incriminación, la posibilidad de que la legislación interna prohíba la entrega de nacionales, etcétera.

Igualmente, en el ámbito latinoamericano Venezuela ha suscrito diversos acuerdos de cooperación judicial, dentro de los cuales se pueden citar los tratados sobre asistencia judicial en materia penal celebrados con Paraguay (5 de agosto de 1998),

¹⁰ Esta norma da a entender que la solicitud de extradición implica necesariamente una detención del solicitado, sin embargo considero que, en virtud del artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual establece el principio de excepcionalidad de la privación de libertad durante el proceso penal, es posible que el procedimiento de extradición pasiva pueda realizarse con la persona solicitada en libertad.

República Dominicana (12 de noviembre de 1998), el Acuerdo de Cooperación para la Prevención, Control y Represión del Lavado de Activos o Legitimación de Capitales, suscrito con Colombia (17 de junio de 1998), o el Convenio sobre Cooperación en Materia de Prevención del Uso Indevido y Represión del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y de Sustancias Psicotrópicas y Delitos Conexos, celebrado con Argentina (26 de diciembre de 2001). También cabe destacar la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (24 de mayo de 1984) y su protocolo adicional (aprobado por Venezuela el 20 de mayo de 1993).

Luego de un detenido análisis del contenido de los convenios de cooperación judicial suscritos por Venezuela, se puede concluir que la principal fuente de la cual derivan las competencias en dicha materia es el respectivo acuerdo bilateral o multilateral celebrado entre los países cooperantes. Por otra parte, muchos acuerdos bilaterales y multilaterales de cooperación judicial suponen restricciones a la libertad personal, en el sentido de permitir el traslado de personas y la realización de pruebas sobre personas, por lo tanto esos actos deben ser realizados con estricto apego a las normas constitucionales que protegen la libertad personal y demás derechos fundamentales. De allí que algunas disposiciones de los convenios de cooperación judicial suscritos por Venezuela exijan, en relación con el traslado de personas, su estricta limitación, así como requerir el consentimiento expreso de la persona que será trasladada (v. gr. artículo 1, numeral 1, literal *d* del Tratado sobre Asistencia Judicial suscrito con Paraguay, citado *supra*). Además, muchos principios aplicables en materia de extradición son extendidos a cualquier forma de cooperación judicial, por ejemplo, los principios de “doble incriminación”, denegación de asistencia en caso de delitos políticos, *ne bis in idem*, etcétera. En relación con el procedimiento aplicado en materia de cooperación judicial, se aprecia que rige aquel establecido en el propio convenio y, en ausencia de normas específicas sobre alguna actuación, se aplican las reglas de procedimiento establecidas en la legislación interna que sean más acordes con la situación particular.

b. Sobre la jurisprudencia relevante en materia de cooperación internacional interestatal, considero importante la sentencia 0869 de la sala de casación penal del Tribunal Supremo de Justicia, del 10 de diciembre de 2001,¹¹ referida a la solicitud

¹¹ www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/diciembre/0869-101201-E010847.htm.

de extradición hecha por las autoridades colombianas del presunto miembro del Ejército de Liberación Nacional (ELN), José María Ballestas Tirado, por su participación en el secuestro efectuado el 12 de abril de 1999 del avión de Avianca que cubría la ruta Bucaramanga-Bogotá. Según esa sentencia, el derecho penal humanitario debe ser aplicado a los conflictos armados internos y una de las formas de hacerlo efectivo sería mediante la asistencia judicial entre los Estados:

En el mismo sentido el derecho penal humanitario tiene como uno de sus propósitos fundamentales el de proteger los derechos humanos de las personas que no participan en las hostilidades armadas (artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II) y, a tal fin, limitar los medios de hacer la guerra. Dicho artículo 3, en caso de conflicto armado nacional, establece que como mínimo hay la obligatoriedad de tratar “con humanidad” a los no combatientes, por lo que se prohíben los atentados contra la vida e integridad personal y especialmente el homicidio (en todas sus formas) y los tratos crueles, así como la toma de rehenes. Las normas del artículo 3 tienen un valor de derecho consuetudinario y constituyen un mínimo —en términos de obligación— que los beligerantes deben siempre respetar. Los Convenios de Ginebra de 1949 fueron un importante progreso en el desarrollo del derecho humanitario. Y se mejoró su protección a las víctimas de conflagraciones armadas con la adopción de nuevos considerandos en forma de Protocolos añadidos a los mencionados Convenios. Las altas partes contratantes tienen la obligación jurídica de difundir lo más ampliamente posible esos Convenios y sus Protocolos adicionales. El derecho penal humanitario tiene carácter imperativo y no derogable: *jus cogens*. Este derecho no es susceptible de vacíos jurídicos y, aunque con menor viabilidad, conserva su vigencia en situaciones muy difíciles (conflictos armados no convencionales o informales o “no estructurados”) y cuando la población civil está más expuesta a la violencia. Ante estas situaciones hay que desplegar esfuerzos mayores para divulgar el derecho internacional humanitario. Los jueces penales son los encargados de la sanción del derecho humanitario. *Un indefectible medio internacional para la aplicación del derecho humanitario es que los Estados se presten asistencia mutua judicial en materia penal* [resaltado de la propia sentencia].

De acuerdo con esta sentencia, la cara opuesta de la moneda implica que también a los conflictos armados internos deberían aplicársele las leyes de guerra, por lo tanto, concluye, no puede atentarse en dichos enfrentamientos en contra de inocentes, ataques que esta decisión califica de *terrorismo* cuando se hacen de forma violenta y alevosa provocando “males innecesarios, estragos y terror”. De cierta forma, esta

última afirmación haría que todo ataque a inocentes durante un conflicto armado sea una forma de terrorismo. Así expresa dicha sentencia:

Es una realidad inconcusa e indiscutible que la lucha armada de índole política *debe regirse por las leyes de guerra*. Así que atentar contra inocentes o los derechos privados o de personas particulares, aunque se alegue un móvil político, *no está justificado en lo absoluto*. [...] Entonces: si semejante atentado contra inocentes o los derechos privados se realiza por medio de una violencia y alevosía tales que provoquen males innecesarios, estragos y *terror*, estaríase ante el *terrorismo indiscriminador*, esto es, aquel que no es selectivo al escoger sus blancos y ex profeso ataca inocentes. [...] El terrorismo, y máxime el terrorismo indiscriminador, desconoce las prescripciones del derecho penal humanitario, hace peligrar vidas humanas inocentes y muchas veces las aniquila, por lo que atenaza las libertades esenciales y yugula los derechos humanos, por todo lo cual violenta la paz social e impide la convivencia humana al lesionar las instituciones sociales fundamentales, por lo que es un delito de lesa humanidad o *delicta iuris gentium* y no merece el beneficio del delito político puro o idealista. El *terrorismo* es un *falso* delito político. No se finca en un legítimo y sano móvil político, sino en uno espurio y corrompido: no es un buen ideal de gobierno el perjudicar inocentes y hasta matarlos deliberadamente. El terrorismo no es un delito político de los que merecen un beneficio. Beneficio que repugnaría a la justicia, al derecho penal y al sentido moral de las gentes en el mundo. [...] El terrorismo es proteiforme porque abarca numerosos medios de comisión. Uno es el *secuestro de aviones* y es una de las acciones que se le imputan en Colombia al ciudadano José María Ballestas Tirado. Otro es el *secuestro de personas* y así mismo es un proceder por el cual se acusa penalmente (“secuestro extorsivo”) en Colombia al ciudadano José María Ballestas Tirado. Sobre la base de la imputación de tales conductas se decretó en Colombia la detención del ciudadano José María Ballestas Tirado. [...] A los autores o indiciados o sospechosos de hechos delictivos calificables y calificados como *terrorismo*, no se les debe conceder el derecho al asilo o refugio cuando se les acusa, con sólidos fundamentos, de cometer actos que no solo perturbaron el orden de un Estado determinado, sino el de todas las naciones civilizadas. La solidaridad debe unir a los Estados en el rechazo a ese tipo de actuaciones. Un problema internacional debe tener una solución internacional y, ante la universalización del *terrorismo*, es un deber cosmopolita el de prestar toda la cooperación al efecto: es indispensable para la aplicación del derecho humanitario que los Estados se prodiguen una recíproca asistencia mutua judicial en materia penal. [...] El *terrorismo* es un delito proditorio, protervo y proteico, que hace víctimas, en particular, a las poblaciones de los Estados en los cuales se escenifican los bárbaros medios de comisión. Y, en general, hace víctima a la población mundial que sufre el terror de que atentados similares se produzcan en

todas partes. Al *terrorismo* se le considera un delito internacional contra el derecho de gentes y por eso se han organizado unas coaliciones universales para enfrentarlo. [...] El *terrorismo* está constituido por una serie de conductas de atroz inhumanidad, que no son delitos políticos y que por esto *siempre* deben dar lugar a la *extradición*: es inadmisibile que baste un móvil político para justificar cualquier clase de crimen. El fin político no debe justificar ciertos medios de lucha. Los delitos políticos, como idealistas que son o debieran ser, son refractarios a los crímenes más graves y aunque tengan una finalidad política o sus autores la pretextaran: predominaría el carácter de delito común por la teoría de la preponderancia y no hay lugar a inmunidad internacional alguna [resaltados de la propia sentencia].

3 ● La cooperación con la Corte Penal Internacional

a. Como se indicó con anterioridad, actualmente en Venezuela no existe proyecto alguno que establezca mecanismos jurídicos tendentes a posibilitar la cooperación y asistencia judicial con la CPI. Sin embargo, los tratados internacionales suscritos por Venezuela gozan en el ordenamiento interno del rango de ley.¹² Por lo tanto, las normas ejecutivas sobre asistencia judicial establecidas en el Estatuto de Roma son directamente aplicables en el territorio venezolano. No obstante lo anterior, considero que sería necesaria una ley que además de sistematizar y perfeccionar las disposiciones relativas a la mencionada cooperación judicial establecidas en el Estatuto, permitiera solucionar las remisiones que este hace al derecho interno en esa materia, sobre todo por el caos legislativo existente en Venezuela, que impide la fácil determinación de las normas internas aplicables.

Por otra parte, desde mi punto de vista, una posible ley venezolana de cooperación judicial con la CPI, además de fundamentarse obviamente en el propio Estatuto, debería basarse igualmente en los diversos tratados internacionales sobre extradición y asistencia judicial suscritos por Venezuela (práctica internacional), y en las disposiciones del derecho interno compatibles con el Estatuto. La armonización de

¹² Inclusive, como señalé antes, aquellos tratados relativos a derechos humanos, según el artículo 23 constitucional, “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas” en la propia Constitución y las leyes venezolanas.

estas últimas fuentes, dentro del marco general del Estatuto de Roma, permitiría la ejecución efectiva de la cooperación judicial de Venezuela con la CPI sin mayores “traumas normativos” por la adopción de nuevas normas ajenas a la tradición jurídica del derecho venezolano.

b. De acuerdo con lo anterior, las disposiciones de una futura ley venezolana de cooperación judicial con la CPI deberían cumplir los siguientes requisitos:

- **Órgano competente**

En lo referente a la entrega de una persona solicitada por la CPI que se encuentre en Venezuela, la futura ley de cooperación debe establecer, en general, disposiciones análogas a las que actualmente regulan la extradición en el ámbito del derecho interno. En tal sentido, el órgano competente para recibir la solicitud de entrega de una persona, emanada de la CPI, deberá ser el Ministerio de Relaciones Exteriores. La razón de que la solicitud sea recibida por este órgano se fundamenta en el artículo 87 inciso 1.a del Estatuto, según el cual las solicitudes podrán tramitarse por vía diplomática. Ese Ministerio a su vez remitiría la solicitud al Ministerio de Interior y de Justicia, —de conformidad a los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica de la Administración Central—, quien a su vez la enviará al Tribunal Supremo de Justicia con la documentación recibida. En efecto, aunque la tramitación de la solicitud debe hacerse por vía diplomática, su ejecución (bien sea para la entrega de una persona solicitada, bien para la ejecución de una pena, o bien para la práctica de alguna prueba) debe ser realizada judicialmente.

- **Detención y entrega de personas**

— En cuanto a la solicitud de detención y entrega, las normas establecidas en el artículo 91, incisos 2 y 3, del Estatuto pueden ser aplicadas directamente sin mayores dificultades. No obstante, para cumplir lo establecido en la letra *c* del inciso 2, la futura ley de cooperación, con base en el artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Extradición, pudiera exigir los siguientes requisitos adicionales: la traducción al castellano de la orden de detención; la indicación sobre la nacionalidad de la persona solicitada y, cuando sea posible, fotografías, impresiones digitales o cualquier otro medio satisfactorio de identificación.

— Normalmente los tratados sobre extradición suscritos por Venezuela contienen algunos principios que igualmente se establecen en el ordenamiento interno (artículo 6 del Código Penal). Particularmente quisiera referirme a dos de ellos: la no entrega de nacionales venezolanos y la no entrega de personas que puedan ser objeto de una pena perpetua o de la pena de muerte en el Estado requirente. ¿Perjudicarían estos principios la entrega de personas a la CPI? Desde mi punto de vista la prohibición de penas perpetuas (artículo 44 numeral 3 de la Constitución venezolana) solo se refiere a las penas aplicables por el Estado venezolano. Además, la prohibición de extradición en el caso de que la persona solicitada “tenga asignada en la legislación del país requirente la pena de muerte o una pena perpetua” (artículo 6, penúltimo párrafo del Código Penal, repetido en diversos tratados de extradición suscritos por Venezuela) solo tiene carácter legal; de allí su posible derogatoria en el caso especial de solicitudes de la CPI. Ahora bien, en cuanto al principio de no entrega de nacionales, este tiene rango constitucional y resulta más ventajoso para el reo, por lo tanto no puede ser evitado por la futura ley de cooperación. Su derogatoria supondría necesariamente una modificación previa de la Constitución.

En relación con la detención provisional de la persona solicitada,¹³ la futura ley venezolana de cooperación judicial con la CPI deberá establecer el lapso de esta detención, el cual podría tener un máximo de sesenta días continuos, según lo determine el Tribunal Supremo de Justicia, hasta tanto se reciba la documentación establecida en el artículo 91 del Estatuto. Este lapso sería similar al establecido en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano para el caso de la detención provisional en los supuestos de extradición, cuando el Estado requirente no ha enviado la documentación necesaria pero se ha comprometido a remitirla posteriormente (artículo 396). Igualmente, tomando como parámetro de comparación esta misma disposición de la ley procesal citada, la detención provisional no podrá ser ejecutada directamente por el Tribunal Supremo de Justicia sino por un tribunal de control a solicitud del Ministerio Público. Por lo tanto, para hacer compatible el mandato de entrega de la CPI con el sistema procesal penal venezolano, en el caso de que existiera una solicitud de

¹³ Como establece el inciso 1 del artículo 92 del Estatuto, la CPI podrá pedir la detención provisional de la persona buscada hasta que se presente la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen de conformidad con el artículo 91 de dicho texto normativo.

detención provisional mientras se adjunta la documentación necesaria, el Tribunal Supremo de Justicia deberá remitirla al Ministerio Público, el que a su vez la presentará al juez de control para que decida al respecto. Ahora bien, ¿podría este último organismo no acordar esta detención? Desde mi punto de vista, la función del juez de control se limitaría únicamente a determinar si concurren los extremos establecidos en el artículo 92 del Estatuto, los cuales fundamentan la medida cautelar excepcional requerida. En caso de que no concurren los extremos, deberá remitirse la decisión negativa del juez de control al Tribunal Supremo de Justicia, el que a su vez la enviará a la CPI por vía diplomática (Ministerios de Interior y de Justicia, y de Relaciones Exteriores).

En todo caso, al igual que la extradición, considero que en virtud del carácter excepcional de la privación de libertad durante el proceso penal, según el ordenamiento venezolano, el procedimiento que decide sobre la entrega a la CPI podría realizarse con la persona solicitada en libertad.

— En el punto de las garantías del detenido, en materia de extradición pasiva, como señalé anteriormente, el Código Orgánico Procesal Penal venezolano prevé en su artículo 399 una audiencia oral con presencia de la persona solicitada dentro de los treinta días siguientes a su notificación. ¿Se justifica una institución semejante en el caso de la solicitud por parte de la CPI? Considero que sí, aunque en esa audiencia la persona solicitada solo podrá circunscribir su defensa al control de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 91 (en caso de detención adelantada) del Estatuto de Roma. A esa audiencia también acudirá el Ministerio Público, el que deberá señalarle a la persona solicitada la existencia de las condiciones establecidas en los referidos artículos que justifican su entrega a la CPI.¹⁴ Una vez concluida la audiencia oral, donde se escuchará al Ministerio Público y a la persona solicitada (asistida por su abogado defensor), el Tribunal Supremo de Justicia decidirá al día siguiente sobre la entrega de la persona.

— El procedimiento aplicable para la entrega de personas sería el indicado en el punto anterior. Además, con base en el artículo 20 de la Convención Interamericana

¹⁴ Desde mi punto de vista, en razón de la existencia de cooperación internacional entre el Estado y la CPI, el Ministerio Público deberá cumplir una función de representante de la CPI durante el proceso de entrega de la persona solicitada.

sobre Extradición, podría incluirse una norma en la futura ley de cooperación según la cual la entrega de la persona solicitada a la CPI podrá postergarse cuando ella esté cumpliendo condena en Venezuela, hasta que esta se extinga. No obstante, como hace la Ley de Cooperación alemana en su § 28, párrafo 1, en caso de que el sujeto esté siendo investigado o procesado por las autoridades venezolanas, el Ministerio Público venezolano podrá renunciar a la persecución a favor de la CPI. Asimismo, con fundamento en el citado artículo, podría incluirse otra norma según la cual ningún proceso civil o administrativo podrá postergar la entrega. Con igual base debe establecerse que la entrega se puede postergar por razones de salud, concretamente cuando el traslado pudiera poner en peligro la vida de la persona solicitada. Esta postergación será hasta que desaparezca esa circunstancia. En todo caso, considero que en razón del principio de complementariedad de la jurisdicción nacional en relación con la jurisdicción de la CPI, la entrega podrá negarse cuando el sujeto ya ha cumplido condena en Venezuela por los mismos hechos objeto de investigación por la CPI, o bien cuando ya ha sido juzgado por los mismos hechos por la propia CPI o por cualquier otro tribunal internacional. En tal supuesto, la entrega podrá quedar suspendida, según el artículo 89 inciso 2 del Estatuto, hasta que la Corte decida su procedencia.

Por otra parte, basándose en el artículo 21 de la citada Convención Interamericana sobre Extradición, la futura ley de cooperación deberá prever el caso de entrega simplificada, la cual procedería cuando la persona reclamada acceda por escrito y de manera irrevocable a su entrega después de haber sido informada por la autoridad competente sobre sus derechos a un procedimiento formal que le brinda el ordenamiento jurídico venezolano.

En cuanto a la entrega material de la persona solicitada, inspirada en el artículo 19 de la Convención citada, la futura ley de cooperación pudiera establecer que la entrega del reclamado se hará en el sitio que determine la CPI, preferiblemente en un aeropuerto internacional con salidas hacia el destino que indique la CPI. Igualmente, con fundamento en la referida disposición, si la solicitud de entrega o detención provisional se extendiese a la retención de documentos, dineros u otros objetos provenientes del delito, o que puedan servir de prueba, tales objetos serán recogidos y depositados bajo inventario por el Estado venezolano, concretamente por el Ministerio Público, para ser entregados junto a la persona solicitada. En este último caso siempre quedarán a salvo los derechos de terceros.

— En materia de solicitudes concurrentes, la futura ley de cooperación debe adoptar literalmente la disposición establecida en el artículo 90 del Estatuto, o remitir a esta.

— Sobre el principio de especialidad, nada se opone desde el punto de vista del derecho interno a la aplicación textual del artículo 101 del Estatuto.

- **Traslado del detenido**

En relación con el traslado de detenidos, según lo establece el artículo 89 inciso 3 del Estatuto, Venezuela pudiera adoptar en una futura ley de cooperación una disposición semejante a la prevista en el artículo 375 de la Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante) suscrita por Venezuela, según la cual el tránsito por el territorio de la persona solicitada, en este caso por la CPI, y sus custodios, “se permitirá mediante la exhibición del ejemplar original o de una copia auténtica del documento que concede la extradición”. Esta norma contempla un mecanismo mucho más expedito que el establecido en el Estatuto, por lo tanto nada obsta su adopción en la futura ley de cooperación.

- **Ejecución de sentencias y órdenes de la CPI**

— Para la ejecución de la sentencia, en aplicación de los artículos 103, 105, 106 y 109 del Estatuto, Venezuela debe manifestar en la ley de cooperación su disposición a recibir reclusos condenados por este órgano internacional. No obstante, según la Constitución venezolana (artículo 44 numeral 3) las penas a ejecutar no podrán tener carácter perpetuo, ni ser mayores de treinta años. En este caso tiene total aplicación esta disposición constitucional ya que se trata de una pena a ejecutar en Venezuela. Además, de conformidad a lo establecido en el artículo 106 inciso 2 del Estatuto, los reclusos que cumplan la pena en Venezuela estarán bajo la supervisión de un juez de ejecución, al igual que el resto de los reclusos. Sin embargo, la pena no podrá ser modificada por ese juez de control, según lo establecido en el artículo 105 del Estatuto.

Sobre la pena de multa, el artículo 109, inciso 1, del Estatuto remite al derecho interno para lo relativo al procedimiento de ejecución. En una futura ley de cooperación pudiera establecerse, con fundamento en el artículo 489 del Código

Orgánico Procesal penal, que en el supuesto de que el penado no pague la multa dentro del plazo fijado por la sentencia, podrá el juez de ejecución, si lo solicita el condenado y la CPI manifiesta su acuerdo, conceder un plazo hasta por seis meses para su cumplimiento.

— En lo que respecta a la reparación a favor de las víctimas, los artículos 75 inciso 5 y 109 del Estatuto obligan al Estado venezolano a ejecutar las decisiones adoptadas por la CPI en esta materia. Sobre el particular, la futura ley de cooperación debe establecer el órgano encargado de hacer efectiva la decisión, el cual debería ser el Tribunal Supremo de Justicia. Igualmente, basándonos en el artículo 431 del Código Orgánico Procesal Penal referido a la ejecución de la sentencia que determina la responsabilidad civil derivada del delito, debe establecerse una norma en la futura ley de cooperación que permita al interesado solicitar al Tribunal Supremo de Justicia la ejecución forzosa de la sentencia, según lo dispuesto en la ley de procedimiento civil venezolana. Por otra parte, considero que en la futura ley de cooperación debe regularse el caso de la reparación, indemnización, etcétera, cuando la víctima fuese un indígena habitante del territorio venezolano.

Igual solución cabría en el supuesto de ejecución en el territorio venezolano de las indemnizaciones por error judicial acordadas por la CPI, como establece el artículo 85 del Estatuto.

— En lo relativo al traslado del condenado, una vez cumplida la pena en el territorio venezolano, debe preverse en la ley de cooperación que aquel se realizará inmediatamente cesada la condena, por el Ministerio de Interior y de Justicia (artículo 40 de la Ley Orgánica de Administración Central) y el Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 41 *eiusdem*), quien se encargará de notificar por vía diplomática al Estado al cual se entregará la persona. En todo caso quedan a salvo las disposiciones establecidas en el artículo 107 del Estatuto.

- **Otras formas de asistencia**

— Las formas de asistencia expresamente contempladas en los artículos 93 y 99 del Estatuto deben realizarse de acuerdo con el derecho interno, tal como establecen los mencionados artículos. En tal sentido, las normas que deben servir

de guía para la redacción del procedimiento interno de ejecución de la asistencia, en una futura ley de cooperación judicial, deberían ser los distintos tratados que en la materia haya suscrito Venezuela. Sin embargo es de advertir que aun cuando usualmente la solicitud de actuación judicial de un Estado a otro se hace mediante comisiones rogatorias o exhortos, en el caso que nos ocupa no debe recurrirse a este medio por tratarse de un sistema de cooperación vertical. Ello no obsta para que la redacción de las normas pertinentes en la futura ley de cooperación deba tener en cuenta una fuente fundamental del ordenamiento interno venezolano, como es la Convención Americana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, suscrita en Panamá, en enero de 1975.

De esta fuente deben tenerse en cuenta, en una posible ley de cooperación judicial, las siguientes disposiciones: a) Venezuela podrá negarse a la solicitud cuando el cumplimiento de la solicitud sea manifiestamente contrario al orden público (artículo 16); b) Los gastos de las pruebas a practicar, como establece el artículo 7 de esa Convención, correrán por cuenta del Estado venezolano; c) Similar al artículo 10 de la referida Convención deben establecerse los siguientes requisitos formales para la solicitud: 1. legalización de la solicitud. Se entenderá que lo está cuando haya sido expedida por un funcionario autorizado de la CPI; 2. traducción de la solicitud al idioma castellano.

Además, haciendo un paralelismo con el artículo 4 de la Convención citada, la solicitud deberá cumplir los siguientes requisitos de fondo: 1. indicación clara y precisa acerca del objeto de la prueba solicitada; 2. copia de los escritos y resoluciones que fundamenten y motiven la solicitud, así como de los interrogatorios y documentos que fueran necesarios para su cumplimiento; 3. nombre y dirección tanto de las partes como de los testigos, peritos y demás personas intervinientes y los datos indispensables para la recepción u obtención de la prueba; 4. informe resumido del proceso y de los hechos materia de este, en cuanto fuere necesario para la recepción u obtención de la prueba; 5. descripción clara y precisa de los requisitos o procedimientos especiales que el órgano de la CPI considere aplicables, siempre que no estén expresamente prohibidos por la legislación venezolana.

Siguiendo el artículo 3 de esta Convención, debe establecerse en la futura ley de cooperación que el órgano judicial venezolano podrá utilizar los medios de apremio establecidos en la legislación interna. Por otra parte, la referida Convención en su artículo 12 establece que la persona

[...] llamada a declarar en el Estado requerido [...] podrá negarse a ello cuando invoque impedimento y excepción o el deber de rehusar su testimonio: 1. conforme a la ley del Estado requerido; o 2. conforme a la ley del Estado requirente, si el impedimento, la excepción o el deber de rehusar invocados consten en el exhorto o carta rogatoria o han sido confirmados por la autoridad requirente a petición del tribunal requerido.

Acogiendo esta norma, en la futura ley de asistencia judicial debe establecerse que la persona llamada a declarar puede negarse a ello de acuerdo con las causas legales establecidas en la legislación procesal penal venezolana, o bien en las reglas de procedimiento y prueba (especialmente reglas 74 y 75).

La futura ley de cooperación debe atribuir al Ministerio de Relaciones Exteriores la competencia de recibir la solicitud, el que a su vez la remitirá al Ministerio de Interior y de Justicia. Este la enviará al Tribunal Supremo de Justicia, que la transmite al Ministerio Público para su ejecución bajo la supervisión del llamado juez de control. Una vez practicada la prueba, el procedimiento de remisión a la CPI seguirá la vía inversa.

— Todo lo anterior sería aplicable también en el caso de otras formas de asistencia no prohibidas expresamente por la legislación venezolana, según lo establecido en el artículo 93, inciso 1, letra *l*, del Estatuto. Igualmente es de señalar que en la legislación procesal penal venezolana rige el principio de libertad de pruebas, salvo disposición contraria establecida expresamente en la ley (artículo 198 del Código Orgánico Procesal Penal).

- **Procedimientos de consulta ante la CPI**

La formulación de las consultas a la CPI, en los casos previstos en el artículo 97 del Estatuto, deberá producirse sin mayores dilaciones. A tal efecto, la futura ley de cooperación deberá establecer que las consultas se realizarán directamente por el Tribunal Supremo de Justicia, una vez recibida la notificación de la dificultad, emanada del Ministerio Público o del tribunal inferior, aunque en todo caso el máximo tribunal deberá remitir copia de la consulta a los Ministerios de Interior y de Justicia, y de Relaciones Exteriores.

- **Actuación de funcionarios de la CPI en territorio nacional**

En este punto, al igual que la ley alemana de cooperación con la CPI (§§ 60 y 61), pudiera permitirse la presencia del personal y apoderados de la Corte en la práctica de las pruebas. Igualmente, la CPI podrá realizar audiencias judiciales y practicar pruebas directamente en territorio venezolano cuando aquella así lo solicite. Al respecto, Venezuela ha suscrito el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, el 17 de julio de 2003; sin embargo, hasta el momento no lo ha ratificado.¹⁵

- **Solicitudes del Estado a la CPI**

En el futuro proyecto debe hacerse remisión a los artículos 93, inciso 10, y 94 inciso 4 del Estatuto, para la regulación de este aspecto, o bien transcribir esos artículos en esa regulación.

4 ● Protección penal de la administración de justicia de la Corte

a. La legislación penal venezolana no contempla delitos que protejan expresamente la administración de justicia de la CPI. Únicamente prevé los tradicionales delitos contra la administración de justicia, en el título IV del libro segundo del Código Penal (artículos 238 y ss.), y en los artículos 109 y 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dentro de estos artículos se contemplan los siguientes delitos: “negativa a servicios legalmente debidos”, “simulación de hechos punibles”, “calumnia”, “falso testimonio”, “prevaricación”, “encubrimiento”, “fuga de detenidos y quebrantamiento de condenas”, “prohibición de hacerse justicia por sí mismo”, “intento de influir sobre denunciante, parte, abogado, jurado, escabino, testigo o intérprete” y “obstrucción o impedimento a la ejecución de una actuación judicial”. La negativa

¹⁵ Véase www.iccnw.org.

a servicios legalmente debidos consiste en negarse a comparecer, o negarse a declarar, ante el tribunal cuando este lo solicita (artículo 238 del Código Penal). El tipo exige además que la persona sea llamada en calidad de “testigo, experto, médico, cirujano o intérprete”. Este artículo no posee un correlativo expreso en el Estatuto. En cuanto al delito de calumnia (artículo 240 del Código Penal), consiste fundamentalmente en denunciar o acusar a un individuo ante la autoridad judicial, o ante el órgano que tenga la obligación de transmitir la querrela o denuncia, a sabiendas de su inocencia, “atribuyéndole un hecho punible, o simulando las apariencias o indicios materiales” de este. Dicho artículo tampoco corresponde exactamente a los tipos penales previstos en los artículos 70 y 71 del Estatuto. En lo atinente al falso testimonio, el artículo 242 del Código Penal venezolano describe la conducta y el artículo siguiente se refiere a las causas de exclusión de la pena por haber declarado falsamente. La tipificación del artículo de la ley venezolana es mucho más extensa y detallada que la regulación del Estatuto. En relación con la prevaricación, el Código Penal venezolano describe largamente varias formas de realización de este delito, pero dichas conductas no concuerdan con algunas de las previstas en el artículo 70 del Estatuto. Mientras tanto, los delitos de encubrimiento, quebrantamiento de condenas o autojusticia, contemplados en la ley venezolana, carecen de correlativo alguno en los citados artículos del Estatuto.

Sobre los tipos penales que protegen la administración de justicia establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, es de resaltar que el delito de influencia en denunciantes, partes, etcétera (artículo 109), es más amplio que el supuesto de intimidación y obstrucción del testigo, previsto en el artículo 70 inciso 1.c del Estatuto, ya que no restringe esa actividad solo a los testigos. Sin embargo, la conducta de influir sobre la parte (v. gr. el Ministerio Público) pudiera abarcar un aspecto de la conducta contemplada en la letra *d* del mencionado inciso 1. Por su parte, conductas establecidas en el Estatuto, como la presentación de pruebas falsas (artículo 70 inciso 1.b), la destrucción o alteración de pruebas, y la interferencia en diligencias (inciso 1.c), no tienen un correlativo expreso en la legislación interna venezolana.

El artículo 71 del Estatuto castiga el desacato a las órdenes de la CPI, en relación con personas presentes en la Corte. De modo similar, los artículos 92 y siguientes de la Ley Orgánica mencionada sancionan las conductas de desorden o tumulto en el recinto judicial, así como el irrespeto a los funcionarios judiciales y otros sujetos que intervienen en el proceso.

b. Actualmente no existe proyecto alguno de Código Penal, o de implementación del Estatuto, que castigue penalmente los delitos contra la administración de justicia de la CPI. En tal sentido, considero conveniente tipificar en la futura ley de cooperación judicial los delitos respectivos establecidos en el Estatuto no contemplados en la legislación interna venezolana, según lo expresado en el punto anterior, y extender, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 70 inciso 4.a del Estatuto, los delitos de “negativa a servicios legalmente debidos”, “encubrimiento” y “fuga de detenidos y quebrantamiento de condenas” a los casos en que se atente contra la administración de justicia de la CPI.

5 • Conclusiones

En Venezuela no existe un proyecto de implementación del Estatuto de Roma, ni de cooperación judicial con la CPI.

La jurisprudencia venezolana se ha mostrado bastante celosa en materia de cooperación con entes supranacionales, lo cual dificultaría cualquier colaboración judicial con la CPI, aun cuando Venezuela se haya comprometido a garantizar esa cooperación al suscribir el Estatuto de Roma.

El mecanismo tradicional admitido por el ordenamiento jurídico venezolano para la cooperación judicial entre Estados es el procedimiento de extradición, regulado en los distintos tratados internacionales suscritos por Venezuela, así como en los artículos 6 del Código Penal, y 391 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal.

Los tratados internacionales suscritos por Venezuela gozan en el ordenamiento interno del rango de ley. Por lo tanto, las normas sobre asistencia judicial establecidas en el Estatuto de Roma son directamente aplicables en el territorio venezolano.

No obstante lo anterior, dado el caos legislativo existente en Venezuela, que impide la fácil determinación de las normas internas aplicables, sería necesaria una ley que además de sistematizar y perfeccionar las disposiciones relativas a la mencionada cooperación judicial establecidas en el Estatuto, permitiera solucionar las remisiones que hace aquel al derecho interno en esa materia.

Una posible ley venezolana de cooperación judicial con la CPI, además de fundamentarse, obviamente, en el propio Estatuto, debería, igualmente, basarse en

los diversos tratados internacionales sobre extradición y asistencia judicial suscritos por Venezuela y en las disposiciones del derecho interno compatibles con el Estatuto. La armonización de estas últimas fuentes dentro del marco general del Estatuto de Roma permitiría la ejecución efectiva de la cooperación judicial de Venezuela con la CPI sin mayores “traumas normativos”.

Sería conveniente establecer en la futura ley de cooperación judicial con la Corte los delitos contra la administración de justicia contemplados en el Estatuto (artículos 70 y 71), no previstos en la legislación interna venezolana y extender, de conformidad a lo establecido en el artículo 70 inciso 4.a del Estatuto, los delitos de “negativa a servicios legalmente debidos”, “encubrimiento” y “fuga de detenidos y quebrantamiento de condenas”, de la legislación venezolana, a los casos en que se atente contra la administración de justicia de la CPI.

6. Bibliografía

- MENDOZA TROCONIS, José: *Curso de derecho penal venezolano*, tomo I, Caracas: PG, 1986.
- MODELELL GONZÁLEZ, Juan: “Observaciones a la parte general del anteproyecto de Código Penal”, en Parra Aranguren (ed.), *Anteproyecto de Código Penal. Comentarios*, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 437 y ss.
- SOSA CHACÍN, Jorge: *Derecho penal*, tomo I, Caracas, 1978.

La adecuación del derecho interno
al Estatuto de la Corte Penal Internacional
en materia de cooperación
y asistencia judicial.
La experiencia latinoamericana

1 • Introducción

La eficacia de cualquier sistema de administración de justicia penal depende, entre otros factores, del correcto funcionamiento de los mecanismos de cooperación y asistencia judicial internacional. Esta afirmación, evidente ya para los derechos nacionales en razón del fenómeno creciente de la internacionalización y transnacionalización de la criminalidad y de la fácil movilidad de personas que caracteriza a las sociedades modernas, vale, con mayor razón, respecto del sistema de justicia penal establecido por el ECPI. La actuación de la CPI, en cuanto órgano jurisdiccional internacional que conoce sobre hechos cometidos en espacios territoriales sobre los cuales no ejerce soberanía, no es pensable sin la cooperación de los Estados. La persona sospechada de la comisión de un crimen de competencia de la CPI, los testigos y las pruebas materiales del hecho se encontrarán siempre en el territorio de algún Estado nacional soberano.¹ Por otra parte, el sistema de justicia internacional no cuenta con una fuerza policial autónoma para la ejecución de las medidas probatorias y de investigación,² ni con establecimientos penitenciarios en donde puedan cumplirse las

¹ En parte por esto el ECPI prevé la actuación de la CPI solo de manera complementaria. Sobre las razones de la elección del sistema de la complementariedad, cf. Fronza, en Amati, Caccamo, Costi, Fronza y Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 37 y ss.

² La conocida afirmación de Eduard Kern, *Gerichtsverfassungsrecht*, Beck, Múnich, 1965, 4.º ed., p. 227, de que la Fiscalía, sin el auxilio de la policía, no sería más que “una cabeza sin manos”, es apropiada también para el sistema penal del ECPI. La Fiscalía ante la CPI sería la cabeza de un cuerpo tentacular formado por las autoridades policiales y de investigación locales.

eventuales sentencias de condena, ni tampoco con mecanismos legales para ejecutar directamente otro tipo de penas (por ejemplo, una multa). En este marco, la cooperación de los Estados nacionales deviene un presupuesto ineludible para el funcionamiento del sistema penal de la CPI.³

El presente trabajo tiene por objeto mostrar cuál es el estado de la implementación del ECPI en materia de cooperación y asistencia judicial en los países de América Latina.⁴ Una correcta descripción y análisis del estado de la implementación a este respecto requiere tener en cuenta tanto las reformas operadas a nivel constitucional, como las modificaciones de la ley ordinaria.

La cuestión relativa a los problemas constitucionales que se les plantean a los Estados en la implementación ha sido objeto de un estudio anterior⁵ y por ello aquí solamente se pondrá en evidencia, muy brevemente, su repercusión sobre la cooperación judicial. La reforma de la Constitución del Estado es normalmente un paso necesario o al menos altamente conveniente para evitar que la cooperación con la CPI pueda verse dificultada o impedida. El caso más evidente es el de las normas constitucionales que directamente impiden una medida de cooperación; por ejemplo, una prohibición constitucional de entrega de nacionales a cualquier jurisdicción. Sin embargo, la cooperación estatal también puede verse frustrada por la existencia de incompatibilidades entre la Constitución y el ECPI respecto de materias que en principio no están vinculadas a la cooperación judicial. En líneas generales, el problema podría plantearse del siguiente modo: ¿debería un juez conceder la entrega de una persona o prestar otro tipo de asistencia a una jurisdicción internacional que aplica un derecho en el cual no se respetan determinadas garantías de rango constitucional que el derecho interno considera indispensables? En concreto: ¿debería un juez de un Estado en donde la pena de prisión perpetua está proscripta por la Constitución conceder la entrega de una persona a una jurisdicción como la CPI que, de acuerdo

³ La facultad de la Sala de Cuestiones Preliminares de autorizar al Fiscal a adoptar medidas de investigación en el territorio de un Estado parte aun sin haber obtenido la cooperación de este, prevista en el artículo 57.3.d ECPI, se refiere a los casos excepcionalísimos en los cuales no existe en el sistema judicial del Estado en cuestión autoridad u órgano alguno competente para cumplir una solicitud de cooperación de acuerdo con la parte IX del ECPI.

⁴ Aquí se hará referencia exclusivamente a los países de América Latina que forman parte de la presente investigación: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Por otra parte, no encontrará consideración en este trabajo la cooperación que puedan prestar a la CPI organizaciones internacionales o intergubernamentales en virtud del artículo 87.6 ECPI.

⁵ Malarino, "Implementación y dificultades de implementación del Estatuto de Roma a la luz de la experiencia latinoamericana. Evaluación comparativa", en Ambos, Malarino y Woischnik (coords.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo, KAS, 2006, pp. 489 y ss.

con el Estatuto por el cual se rige, puede aplicar este tipo de penas? O bien, ¿debería un juez de un Estado en el cual la garantía del *ne bis in idem* tiene rango constitucional conceder la entrega de una persona ya juzgada por una jurisdicción nacional a la CPI con el fin de que esta efectúe un nuevo juzgamiento por considerar que concurre uno de los requisitos del artículo 20.3 ECPI? En los Estados en los que el ECPI está incorporado en el orden interno con rango inferior a la propia Constitución, incompatibilidades de este tipo podrían impedir en el caso concreto la cooperación. Por esta razón, algunos Estados de la región han decidido incorporar en la Constitución una disposición por la cual aceptan y reconocen de manera general la jurisdicción de la CPI y el diferente estándar de derechos utilizado por esta jurisdicción. En América Latina, una reforma en tal sentido han seguido, en primer lugar, Colombia y, luego, Brasil. México ha seguido una solución distinta, pues el reconocimiento de la jurisdicción de la CPI debe decidirse en cada caso concreto.

Más allá de eventuales reformas de la Constitución, la adecuación del derecho interno a fin de posibilitar la cooperación con la CPI ha de realizarse principalmente a través de modificaciones de la legislación ordinaria. Hasta el momento solo Perú,⁶ Uruguay⁷ y Argentina⁸ han logrado aprobar una legislación destinada a implementar el ECPI en la materia aquí analizada. De los restantes Estados latinoamericanos que ya son partes del ECPI, la mayoría se encuentra en la etapa de discusión de proyectos⁹ o anteproyectos¹⁰ de implementación y solo unos pocos no han elaborado todavía

⁶ Por medio de la sección VII ("Cooperación con la Corte Penal Internacional") del libro séptimo del nuevo Código Procesal Penal aprobado por decreto legislativo n.º 957. El nuevo CPP ha de entrar en vigor de manera escalonada. El libro séptimo que aquí interesa entró en vigor el 1.º de febrero de 2006 (cf. primera disposición final, numeral 4 CPP). El CPP de Perú no implementa, sin embargo, los delitos contra la administración de justicia de la CPI.

⁷ Ley n.º 10.026 de "Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el Genocidio, los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad", publicada en el Diario Oficial el 4 de octubre de 2006. Con anterioridad a esta ley, en Uruguay se había discutido otro proyecto de implementación, conocido como "Proyecto de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", del año 2003.

⁸ Ley de Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional del 13 de diciembre de 2006 (166-S-2006). Esta ley aprueba el proyecto de la senadora Fernández de Kirchner (expediente S.2078/06). Con anterioridad a la sanción de esta ley, en Argentina habían sido discutidos por el Parlamento numerosos proyectos de ley de implementación: proyecto de la Comisión Interministerial presentado a la legislatura nacional en octubre de 2002 (expediente S.474/02); proyecto del senador Yoma (expediente S.273/04); proyecto del senador Menem (expediente S.622/04); proyecto de la senadora Fernández de Kirchner (expediente S.803/04); proyecto conjunto de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado elaborado sobre la base de los proyectos de los senadores Yoma, Menem y Fernández de Kirchner; proyecto de la diputada Pérez Suárez (expediente 2920-Derecho-05); proyecto del diputado Vanossi (expedientes 4420-D-04 y 1085-D-06). Para más detalles sobre el proyecto de la Comisión Interministerial y el proyecto conjunto del Senado, los cuales influenciaron en gran medida a los restantes proyectos y a la ley actual, cf. Parenti, "Informe de Argentina", puntos I y III en este volumen.

⁹ En Bolivia se encuentra en trámite parlamentario el proyecto de implementación presentado por el defensor del pueblo el 14.2.2006. En Ecuador se encuentra en discusión el "Proyecto de ley sobre delitos contra la humanidad" de la Comisión de la Mujer del H. Congreso de la Nación. En Colombia han sido presentados dos proyectos de implementación en la materia: el

proyectos en este sentido.¹¹ En cuanto a los Estados latinoamericanos que no son partes del ECPI, ninguno ha celebrado hasta el momento acuerdos especiales de cooperación con la CPI.¹² El presente trabajo se centrará, por lo tanto, en el estudio de los textos jurídicos aprobados o proyectados (formal o informalmente) en los países de América Latina que son objeto de esta investigación.¹³ La exposición analizará separadamente los tres ámbitos de cooperación estatal que distingue el ECPI:

- i) para asegurar el proceso ante la CPI (*sub* II),
- ii) para posibilitar la ejecución de las decisiones de la CPI (*sub* III), y
- iii) para reforzar la protección penal de la administración de justicia de la CPI (*sub* IV).

Antes de tratar estos puntos se efectuarán unas breves consideraciones generales sobre implementación que son útiles para una adecuada comprensión de los textos en estudio. La elaboración de una ley de implementación, como también su análisis, exige tener en cuenta una serie de cuestiones.

Ante todo, un Estado debe preguntarse cuál es el punto de referencia de la implementación, esto es, qué instrumento o instrumentos jurídicos debe observar para guiar la adaptación de su ordenamiento interno. Al respecto, debe tenerse presente, por un lado, que las indicaciones, parámetros o *guidelines* para la implementación no provienen solamente del ECPI, sino también de las RPP y que, por lo tanto, una adecuada implementación no puede prescindir de la consideración de este último cuerpo normativo. Por otro lado, un Estado debe resolver previamente si toma como punto de referencia de la implementación una, varias o todas las versiones idiomáticas del ECPI y de las RPP. Debido a las diferencias lingüísticas con repercusión sobre el contenido entre las diversas versiones oficiales y auténticas de estos

proyecto de ley n.º 225 de 2004 "Por la cual se dictan normas sobre cooperación con la Corte Penal Internacional" y el proyecto de ley n.º 040 de 2006 "Por la cual se dictan normas sobre cooperación con la Corte Penal Internacional". Este último proyecto, al cual nos referiremos en el texto, es casi idéntico al anterior.

¹⁰ En Brasil ha sido elaborado el "Anteproyecto de Lei de implementação do Estatuto de Roma" por el grupo de trabajo designado por el Ministerio de Justicia (2002). Actualmente un nuevo grupo de trabajo nombrado en mayo de 2004 se encarga de adecuar el anteproyecto a las observaciones hechas por la subjefta de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República; al respecto cf. IBCCRIM, "Informe de Brasil", puntos I y III en este volumen. En México ha sido recientemente presentado el "Anteproyecto de iniciativa de ley reglamentaria del párrafo quinto del artículo 21 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos".

¹¹ Así, Paraguay, Venezuela y Costa Rica.

¹² De los países que forman parte de esta investigación, este es el caso de Chile y El Salvador.

¹³ En adelante me referiré a estas leyes, proyectos o anteproyectos como los "textos".

cuerpos normativos,¹⁴ la cuestión no es de poca importancia. Todas las versiones idiomáticas del ECPI y de las RPP tienen igual valor como fuente de derecho (artículos 50 y 128 ECPI y regla 2 RPP), pero no siempre ellas son coincidentes. La utilización de una u otra versión idiomática podría conducir a diferencias en la implementación. Por lo tanto, este no es un problema exclusivo de los Estados cuya lengua oficial no se corresponde con ninguna de las versiones oficiales del ECPI y las RPP, sino de todo Estado.¹⁵

Un Estado debe preguntarse también si y respecto de qué ámbitos existen obligaciones de implementación. La distinción entre los ámbitos en los cuales un Estado está obligado a implementar (implementación obligatoria) y aquellos en los que la implementación es dejada a su libre discreción (implementación facultativa) es importante en virtud de las diferentes consecuencias que puede acarrear la falta de implementación.¹⁶ Esto requiere distinguir entre Estados partes y no partes, pues, en principio, solo respecto de los primeros pesan deberes de implementación. Un Estado no parte puede estar sujeto a una obligación de implementación solo si a ello se compromete por un acuerdo especial.

Por otra parte, un Estado debe observar si el ECPI o las RPP proporcionan indicaciones concretas sobre la manera de llevar a cabo la implementación. En efecto, en ciertas ocasiones estos instrumentos además de establecer qué se debe implementar, también proporcionan algunas indicaciones con relación a cómo la implementación debe hacerse. En otros casos, en cambio, ellos se limitan a establecer el objeto de la implementación, dejando a los Estados libertad en la elección de la forma de cumplir con la implementación. Una correcta implementación en el nivel nacional deberá entonces en primer lugar descubrir cuáles son estas pautas o indicaciones.

El alcance de la implementación también dependerá, por otra parte, de la manera en que cada ordenamiento recibe el derecho internacional. Así, en los ordenamientos jurídicos en los cuales el derecho internacional es aplicable directamente, ya

¹⁴ Cf. respecto del Estatuto de Roma: Malarino y Fronza, "Problemas de determinación de la norma penal y soluciones de interpretación en textos penales plurilingües en el ejemplo del Estatuto de Roma", en Ambos, Malarino y Woischnik (coords.), *Temas actuales de derecho penal internacional, Contribuciones de América Latina y España*, Montevideo, KAS, 2005, pp. 61-95. Para una versión reducida, pero más actual, cf. Malarino y Fronza, "Die Auslegung von multilingualen strafrechtlichen Texten am Beispiel des Status für den Internationalen Strafgerichtshof", (traducción de Stephen Fink), en *ZStW*, 2006/4.

¹⁵ De los textos aquí analizados, solo la ley de implementación de Argentina se refiere a este aspecto. El artículo 51 dispone que "todas las remisiones hechas al Estatuto de Roma se refieren al texto oficial en español".

¹⁶ Sobre esta distinción, cf. ya Malarino, "Implementación y dificultades de implementación...", o. cit., pp. 489 y ss, especialmente p. 492.

la ratificación del Estatuto puede hacer directamente operativas ciertas reglas sin necesidad de un acto subsiguiente de implementación. También la misma ley de implementación puede reenviar al ECPI y a las RPP de manera general y limitarse a regular únicamente los aspectos no específicamente previstos por estos cuerpos normativos. Por ello, la evaluación acerca del grado de completitud de una ley de implementación debe tener en cuenta estos aspectos.

2. Implementación referida a la cooperación estatal para asegurar el proceso ante la CPI

Sin la cooperación de los Estados la realización de un proceso frente a la CPI no tiene mayores posibilidades de éxito. Por esta razón, el ECPI ha impuesto a los *Estados partes* la *obligación de cooperar* (artículo 86) y ha establecido que su incumplimiento puede dar lugar a la remisión de la cuestión a la Asamblea de los Estados partes o al Consejo de Seguridad de la ONU, si este le hubiere remitido el asunto (artículos 87.7; 112.2.f ECPI). Tal incumplimiento puede ocurrir tanto si el Estado rechaza una solicitud de cooperación por falta de voluntad, como si lo hace por falta de disposiciones legales para llevarla a cabo. Por lo tanto, también la ausencia de cooperación producto de la falta de implementación conlleva las consecuencias establecidas en el artículo 87.7 ECPI. En consonancia con esto, el ECPI ha expresamente establecido la *obligación de los Estados partes de adecuar sus legislaciones internas para posibilitar tal cooperación* (artículo 88).

Distinto es, en principio, el régimen jurídico de los *Estados que no son parte* del ECPI. Respecto de ellos no existe ni obligación de cooperación, ni de implementación en la materia. Sin embargo, estos Estados podrán celebrar con la CPI acuerdos especiales de cooperación (artículo 87.5.a ECPI).¹⁷ Si esto ocurre y luego dicho Estado incumple las medidas de cooperación resultantes del acuerdo, la CPI podrá informar del asunto a la Asamblea de los Estados partes o al Consejo de Seguridad de la

¹⁷ También por acuerdo especial los Estados no partes pueden aceptar que la CPI ejerza actos correspondientes a sus funciones en su territorio (artículo 4.2. ECPI).

ONU, según el caso (artículos 87.5.b; 112.2.f ECPI). También en este caso el incumplimiento puede deberse tanto a la ausencia de voluntad como a la falta de instrumentos jurídicos para realizar la medida de cooperación, por ejemplo, por no haber traspuesto en el derecho interno —en el caso de que el ordenamiento interno así lo requiera para su operatividad— el acuerdo celebrado con la CPI.

La mayoría de los Estados de América Latina que son objeto de esta investigación han ya ratificado el ECPI y, en consecuencia, sobre ellos pesa el deber de implementar todo cuanto ello concierne. Hasta el momento, sin embargo, solo tres países han aprobado una ley de implementación en la materia que aquí se trata (Perú, Uruguay y Argentina). En la mayoría de los Estados se discuten actualmente proyectos (Colombia, Bolivia y Ecuador) o anteproyectos (Brasil y México) de implementación, y solo en unos pocos de ellos aún no existen iniciativas al respecto (Paraguay, Venezuela y Costa Rica). Por otra parte, los países que aún no han ratificado el ECPI (Chile y El Salvador) no han concluido acuerdos especiales de cooperación con la CPI.

En lo siguiente se expondrán los principales aspectos que debe contener una ley de implementación en materia de cooperación y asistencia judicial para asegurar el proceso ante la CPI. Al respecto, se intentarán identificar las indicaciones concretas de implementación provenientes del ECPI o de las RPP y se expondrá la normativa adoptada o proyectada por los Estados latinoamericanos para adaptar sus ordenamientos internos a estos cuerpos normativos.

2.1. Cooperación plena e imposibilidad de invocar la falta de implementación para incumplir una solicitud de cooperación

Como recién se ha visto, el artículo 86 ECPI impone a los Estados partes el deber de cooperar con la CPI. Algunos de los textos analizados han ratificado este deber mediante una cláusula especial que afirma el deber de cooperación plena del Estado¹⁸ y asimismo han establecido que la inexistencia de disposiciones legales no puede obstar el cumplimiento de la solicitud de cooperación.¹⁹ Esta última norma obliga a las autoridades nacionales a cumplir la medida de cooperación aun en ausencia

¹⁸ Artículo 31.1 L Uruguay; artículo 133, primera parte, PL Ecuador; artículo 2 PL Colombia; artículo 3.4 APL México.

¹⁹ Artículo 31.2 L Uruguay; artículo 133, segunda parte, PL Ecuador; artículo 101 APL Brasil; artículo 14.1 APL México.

de disposiciones legales; con ello se expresa que el incumplimiento del deber de implementación no puede servir de excusa para el incumplimiento del deber de cooperación asumido internacionalmente. Particular es el caso del anteproyecto de México que, si bien confirma el deber de cooperación plena y excluye la posibilidad de invocar la falta de implementación para incumplir una solicitud de cooperación, supedita la cooperación con la CPI a la autorización del Senado prestada en el caso concreto.²⁰

2.2. Autoridades competentes para el trámite de una solicitud de cooperación

Una de las primeras cuestiones que debe afrontar una ley de implementación se refiere a cuáles serán las autoridades nacionales competentes para tramitar una solicitud de cooperación.

La mayoría de los textos aquí estudiados proponen un sistema Ejecutivo-Judicial (o Ejecutivo-Judicial / Ministerio Público Fiscal). Según este esquema, es el Poder Ejecutivo, generalmente por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, el órgano encargado de recibir las solicitudes de cooperación, transmitir las, según el caso, a la autoridad judicial o al Ministerio Público Fiscal nacionales, ejecutar las comunicaciones y consultas con la CPI y, en general, realizar todos los trámites y diligencias de naturaleza administrativa. Los actos de cooperación que requieran de la realización de medidas probatorias o de investigación son dejados a la autoridad judicial o al Ministerio Público Fiscal según la demarcación de competencias prevista en la ley procesal penal interna respectiva. La autoridad administrativa cumple, por tanto, según este esquema clásico, la función de enlace entre las autoridades judiciales internacionales (CPI, fiscal ante la CPI) y las autoridades judiciales nacionales (juez, Ministerio Público Fiscal).²¹

²⁰ Cf. los artículos 6 y 6 bis APL México que implementan el artículo 21 de la Constitución política de ese país según la reforma del 20 de junio de 2005. Sobre las críticas a esta reforma que supedita el reconocimiento de la jurisdicción de la CPI a una decisión en el caso concreto del Ejecutivo Federal con la aprobación del Senado, cf. Malarino, *Implementación y dificultades de implementación del Estatuto de Roma*, o. cit., pp. 503 y ss.

²¹ En líneas generales siguen este esquema las leyes de Argentina (artículos 23, 30, 31 y concordantes), Uruguay (artículos 33.1, 42 y concordantes), los proyectos de Ecuador (artículos 134, 135, 136 y concordantes) y Colombia (artículo 6 PL), y los anteproyectos de México (artículos 7 y concordantes) y de Brasil (artículo 99 APL). En este último país, con la particularidad de que el Ministerio de Relaciones Exteriores debe transmitir la solicitud de cooperación al Ministerio de Justicia, órgano central de la cooperación. Con ello se crea un paso intermedio entre la autoridad que recibe la solicitud de cooperación y la autoridad judicial.

El proyecto de Bolivia, con el objetivo de agilizar el trámite de la solicitud de cooperación, ha suprimido completamente la intermediación de la autoridad administrativa y ha establecido la comunicación directa entre la CPI y las autoridades judiciales o del Ministerio Público Fiscal nacionales.²²

Un modelo mixto sigue la ley de implementación de Perú, que, aunque no elimine por completo la intermediación del Poder Ejecutivo, permite la recepción directa de las solicitudes de cooperación por la Fiscalía de la Nación y encomienda a esta la realización de consultas con la CPI.²³

2.3. Detención y entrega de personas. Requisitos y procedimiento

Especialmente en un sistema que no admite el juicio en ausencia (artículos 63 y 61 ECPI), la principal medida de cooperación judicial es la *detención y entrega* de la persona sospechada de haber intervenido en un crimen. Al respecto, el ECPI modela un régimen jurídico mixto: “Los Estados cumplirán las solicitudes de detención y entrega de conformidad con las disposiciones de la presente parte [parte IX] y el procedimiento establecido en su derecho interno” (artículo 89.1 ECPI). En sentido similar dispone el artículo 59.1 ECPI: “El Estado parte que haya recibido una solicitud de detención provisional o de detención y entrega tomará inmediatamente las medidas necesarias para la detención de conformidad con su derecho interno y con lo dispuesto en la parte IX del presente Estatuto”. A pesar de la referencia exclusiva a la parte IX, ciertas pautas o indicaciones para la ejecución de medidas de cooperación por las autoridades del Estado requerido (y por ende, en definitiva, para la implementación) surgen también de otras partes del ECPI y de las RPP.

La *orden de detención y entrega* debe realizarse según la *forma* y con los *requisitos* prescriptos en el artículo 91 ECPI. Al respecto, a los Estados les compete regular el procedimiento a seguir una vez recibida la orden; ante todo, ellos deben determinar si habrá de efectuarse un control sobre la orden, de qué tipo de control se tratará, cuál será la autoridad competente para llevarlo a cabo, cuál será el trámite a seguir en caso de que la orden satisfaga los requisitos necesarios para su cumplimiento y qué hacer

²² Artículo 67 PL Bolivia.

²³ Artículos 556.2 y 555.1 CPP Perú, respectivamente. El Segundo Grupo de Trabajo encargado de la revisión del anteproyecto de ley de implementación de Brasil también sería favorable a permitir la comunicación directa entre el fiscal ante la CPI y el procurador general de Brasil (cf. informe de Brasil, punto III.3.1. en este volumen).

cuando no los satisfaga. En cuanto a esto último, el propio ECPI establece que si el Estado parte considera que la solicitud plantea problemas que puedan obstaculizar o impedir su cumplimiento, deberá realizar consultas con la CPI (artículo 97 ECPI).

La mayoría de los textos analizados prevén un control de la orden de detención emitida por la CPI por las autoridades nacionales.²⁴ Se trata de un *control formal* que no pone en cuestionamiento la legalidad y corrección material de la orden. Los textos estudiados confían dicho control a órganos diferentes: al Poder Ejecutivo,²⁵ al Ministerio Público Fiscal²⁶ o a la autoridad judicial;²⁷ la ley uruguaya prevé un doble control ejecutivo y judicial.²⁸ Si la orden cumple con los requisitos formales, ella será remitida a la autoridad judicial competente²⁹ (salvo en los casos en que la autoridad de control sea la misma que aquella que libra la orden de detención)³⁰, quien —si la persona no se encuentra ya detenida— emitirá directamente la orden de detención. Si la orden no cumple con tales recaudos, se reserva la solicitud y —siguiendo lo dispuesto en el artículo 97 ECPI— se establecen consultas con la CPI.³¹

En cuanto a los pasos a seguir una vez producida la *detención*, la disposición central es el artículo 59.2 ECPI que dispone que el detenido sea llevado “sin demora” ante la autoridad judicial competente del Estado de detención a fin de determinar si, “de conformidad con el derecho de ese Estado”, a) la orden le es aplicable; b) la detención se llevó a cabo conforme a derecho; y c) se han respetado los derechos del detenido. De este modo, el ECPI obliga a los Estados a prever un control judicial de la detención y establece que el control deberá efectuarse de *inmediato*. El ECPI no establece, en cambio, ningún criterio sustancial para evaluar el respeto de los derechos

²⁴ Artículo 30, primer párrafo, L Argentina; artículo 42.2, 42.3 y 42.4.a. L Uruguay, artículo 557.1 CPP Perú, artículo 75.7 PL Bolivia, artículo 136 y concordantes PL Ecuador; artículo 103 APL Brasil; artículo 7 APL México. El PL Colombia no se refiere expresamente a este control.

²⁵ Artículo 30, primer párrafo, L Argentina (Poder Ejecutivo); artículo 7 APL México (Secretaría de Relaciones Exteriores).

²⁶ Artículo 557.1 CPP Perú (Fiscalía de la Nación).

²⁷ Artículo 136, primer párrafo, PL Ecuador (juez penal); artículo 103 APL Brasil (Corte Suprema); artículo 75.1 PL Bolivia (Corte Suprema).

²⁸ Artículo 42.2 L Uruguay (Ministerio de Relaciones Exteriores o Dirección de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Educación y Cultura y la Suprema Corte de Justicia), aunque la resolución definitiva queda en manos de la Suprema Corte.

²⁹ Cf. artículo 31 L Argentina (Tribunal Federal en lo Penal, art 5); artículo 557.1 y 2 CPP Perú (juez de la investigación penal preparatoria); artículo 75.2 PL Bolivia (juez de instrucción). El artículo 7 APL México dispone que las solicitudes de cooperación se transmitirán a la Procuraduría “para que esta gestione ante las autoridades competentes su ejecución”. La autoridad competente será el juez de distrito, conforme a los artículos 22 y 23 APL México.

³⁰ Cf. artículo 48.2 L Uruguay (Corte Suprema); artículo 138 PL Ecuador (juez penal); artículo 103 APL Brasil (Corte Suprema).

³¹ En este sentido, cf. artículo 30, tercer párrafo, L Argentina; artículo 42.3 y 5 L Uruguay, artículo 136, segundo párrafo, PL Ecuador; artículo 68.3 PL Bolivia; artículo 12 APL México.

del detenido y demás condiciones relativas a la ejecución de la detención; dichos aspectos son dejados a la libre decisión de los Estados, los cuales cumplimentan su obligación de implementación simplemente con hacer extensivas sus propias reglas sobre la detención al supuesto de la detención solicitada por la CPI.

Siguiendo tales pautas, los textos aquí analizados han previsto que, una vez producida la detención,³² el detenido sea conducido a la autoridad judicial para la celebración de una audiencia³³ orientada, básicamente, a identificar al detenido, oírle,³⁴ comunicarle el contenido de la orden de detención (motivos y detalles de la entrega)³⁵ y controlar los recaudos del artículo 59.2 ECPI.³⁶ Algunos textos utilizan esta ocasión para comunicarle al detenido que goza de ciertos derechos (derecho a solicitar la libertad provisional,³⁷ derecho a no declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable,³⁸ derecho a la presunción de inocencia)³⁹ y para interrogarlo acerca de si consiente la entrega.⁴⁰ Durante la audiencia, el detenido podrá ser asistido por un

³² El artículo 11 PL Colombia establece que, en el momento de la detención, la persona sea informada de sus derechos de conformidad al artículo 55 ECPI.

³³ A excepción del CPP Perú, todos los textos estudiados indican un plazo cierto o al menos una indicación temporal para la celebración de la audiencia. Cf. artículo 32 L Argentina (24 horas); artículo 48.3 L Uruguay (24 horas); artículo 75.3 PL Bolivia (24 horas); artículo 139 PL Ecuador (24 horas); artículo 104 APL Brasil (24 horas); artículo 26.1 APL México (sin demora). El proyecto de Colombia, en su artículo 11, establece un plazo que puede llegar hasta setenta y dos horas. En primer lugar dispone que el detenido deberá ser puesto a disposición judicial “sin demora y, en todo caso, dentro del plazo de treinta y seis horas”, y luego establece que la audiencia se celebrará “dentro de las treinta y seis horas siguientes a su puesta a disposición judicial”. De todos modos, este proyecto reduce el plazo del proyecto de 2004 en el cual desde la detención hasta la audiencia podían pasar —como máximo— 144 horas (artículo 11).

³⁴ Artículo 32 L Argentina; artículo 557.3 CPP Perú; artículo 48.3.f L Uruguay; artículo 75.3 PL Bolivia; artículo 140.c PL Ecuador; artículo 26.1 APL México. El APL de Brasil no es tan claro respecto de si esta audiencia sirve también para escuchar al detenido o solamente, como enuncia de manera expresa el artículo 104, para informarle los motivos de la detención, permitirle nombrar defensor e interrogarlo sobre si consiente la entrega.

³⁵ Artículo 32 L Argentina; artículo 557.3 CPP Perú; artículo 48.3.c y e L Uruguay; artículo 11 PL Colombia; artículo 140.a PL Ecuador; artículo 104.a APL Brasil; artículo 26.1 APL México.

³⁶ Cf. artículo 32 L Argentina; artículo 139.a, b y c PL Ecuador; artículo 75.3 primer párrafo letras a), b) y c) PL Bolivia; artículo 11 PL Colombia; artículo 26.1.a, b y c APL México. En cuanto al requisito previsto por el artículo 59.2.c ECPI, el proyecto de Ecuador contiene una particularidad, pues, además de evaluar el respeto de los derechos del detenido según el derecho interno de ese Estado (como exige la norma citada), establece el deber del juez de controlar también el cumplimiento de los derechos concedidos a las personas durante la investigación por el artículo 55 ECPI (así, artículo 139.c PL Ecuador). El CPP de Perú, la ley de Uruguay y el anteproyecto de Brasil prevén esta audiencia, pero no establecen de manera expresa que ella debe servir a la verificación de los recaudos del artículo 59.2 ECPI. Aunque probablemente aquí pueda aplicarse directamente la norma del ECPI, esta omisión llama la atención, dado que la finalidad principal de tal audiencia es la de verificar el cumplimiento de los recaudos previstos en esa norma.

³⁷ Artículo 32 L Argentina; artículo 11 PL Colombia.

³⁸ Artículo 48.3.d L Uruguay.

³⁹ Artículo 48.3.d L Uruguay.

⁴⁰ Artículo 48.3.g L Uruguay; artículo 140.d PL Ecuador; artículo 13 PL Colombia; artículo 104.c APL Brasil. Sobre la entrega simplificada o consentida ver más adelante el punto 2.8.

abogado de su confianza⁴¹ o de oficio⁴² y, en caso de no conocer la lengua del país, por un intérprete.⁴³

Algunos de los textos analizados se refieren expresamente al supuesto de que el control de los requisitos del artículo 59.2 ECPI arroje resultado negativo. En caso de que se compruebe que la persona detenida no es la requerida por la CPI, se dispone la libertad de la persona.⁴⁴ Algunos textos prevén en este supuesto también la realización de consultas con la CPI y la posibilidad de imponerle a la persona otras medidas cautelares diferentes de la prisión preventiva hasta tanto se reciba una respuesta de la CPI.⁴⁵ En caso de que se verifique que la detención no se llevó a cabo conforme a derecho o que no se han respetado los derechos del detenido, algunos textos ordenan consultar a la CPI. Mientras se está a la espera de la respuesta de la CPI se aplaza la decisión sobre la entrega pero la persona permanece detenida.⁴⁶ El proyecto de Ecuador, por el contrario, ordena en este caso la inmediata libertad de la persona, sin perjuicio de que el juez tome las medidas necesarias para que se realice la detención conforme a derecho.⁴⁷

Luego de realizada la audiencia posdetención, corroborados los requisitos del artículo 59.2 ECPI y resueltas en su caso las excepciones de cosa juzgada o litispendencia,⁴⁸ se pasa a la etapa de la *decisión sobre la entrega*. Los *requisitos de procedimiento* necesarios para su concesión son fijados básicamente por el Estado requerido. El ECPI, sin embargo, establece un criterio importante: tales requisitos “no podrán ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición conforme a tratados o acuerdos celebrados por el Estado requerido y otros Estados”. Y agrega: “y, de ser posible, serán menos onerosos” (artículo 91.2.c ECPI). De este modo, el ECPI obliga a los Estados, como solución de mínima, a que establezcan los mismos requisitos

⁴¹ Artículo 32 L Argentina; artículo 557.3 CPP Perú; artículo 48.3.a L Uruguay; artículo 75.3, primer párrafo, PL Bolivia; artículo 11 PL Colombia; artículo 140.b PL Ecuador; artículo 104.b APL Brasil; artículo 26.3 APL México.

⁴² Artículo 557.3 CPP Perú; artículo 48.3.a L Uruguay; artículo 75.3, primer párrafo, PL Bolivia; artículo 140.b PL Ecuador; artículo 104.b APL Brasil; artículo 26.3 APL México.

⁴³ Artículo 32 L Argentina; artículo 557.3 CPP Perú; artículo 48.3.b L Uruguay; artículo 140.e PL Ecuador; artículo 75.3, segundo párrafo, PL Bolivia; artículo 11 PL Colombia.

⁴⁴ Artículo 557.7 CPP Perú; artículo 51.1 L Uruguay; artículo 75.4 PL Bolivia; artículos 143 y 144 PL Ecuador. El artículo 27.1.a APL México no establece expresamente esta solución, pero permite la oposición de una excepción en caso de que se alegue que la persona detenida no es la requerida por la CPI; si la excepción prospera, la solución sobreentendida es la libertad de la persona.

⁴⁵ Artículo 51.2 L Uruguay; artículo 144 PL Ecuador.

⁴⁶ Artículo 48.5 L Uruguay; artículo 75.6 PL Bolivia.

⁴⁷ Artículos 143 y 145 PL Ecuador. En su decisión el juez deberá tomar en consideración las recomendaciones de la CPI.

⁴⁸ Al respecto, cf. el punto 2.6.

fijados en tratados de extradición con otros Estados —en rigor: los requisitos del tratado de extradición con otro Estado más favorables a la extradición— y los insta, como solución deseada pero no obligatoria, a que sean más favorables.⁴⁹

La mayoría de los textos analizados prevé un *procedimiento* de carácter estrictamente judicial y relativamente sencillo: se confía la decisión final sobre la entrega a una autoridad judicial (y generalmente a la misma autoridad que dictó la orden de detención), se prevé un plazo relativamente breve para la toma de esta decisión y no se establecen, en general, nuevas audiencias diferentes a la audiencia posdetención.⁵⁰ La ley de implementación de Perú establece un procedimiento de decisión mixto, con una instancia judicial y otra ejecutiva, y bastante más complejo que el recién comentado. Luego de la audiencia posdetención, el juez de la investigación preparatoria deberá convocar a las partes a una nueva audiencia de carácter público destinada a discutir la “pertinencia, formal o material, de la solicitud de entrega”, presentar y cuestionar pruebas y alegar todo motivo favorable a sus pretensiones. Finalizada esta segunda audiencia, el expediente deberá ser remitido a la Sala Penal de la Corte Suprema que citará a las partes a la audiencia de entrega que tiene por objeto escuchar nuevamente a los intervinientes. Con base en ello, la Corte Suprema emite una “resolución consultiva” que no es, sin embargo, la decisión definitiva. Tal decisión corresponde al Consejo de Ministros por medio de resolución suprema. En el dictado de esta resolución, el Consejo de Ministros está vinculado a la resolución de la Corte Suprema únicamente si esta se ha declarado por la denegatoria de la entrega.⁵¹

2.4. Detención provisional con fines de entrega

En caso de urgencia, la CPI podrá solicitar la *detención provisional* de la persona buscada hasta tanto se presente la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen (artículo 92.1 ECPI). Tal solicitud deberá contener los requisitos establecidos

⁴⁹ Más allá de esta clara pauta de implementación, el ECPI dispone que la CPI consulte con el Estado requerido sobre las disposiciones del derecho interno aplicables para la entrega (artículo 91.4 ECPI).

⁵⁰ Cf. artículo 48.4 L Uruguay; artículo 148 PL Ecuador; artículo 75.5 PL Bolivia (con la diferencia de que la autoridad judicial que dicta la orden de detención no es la misma que resuelve la entrega; mientras el dictado de la orden de detención corresponde al juez de instrucción, el de la orden de entrega a la Corte Suprema); artículo 15 PL Colombia (en este caso, luego de la audiencia posdetención, se prevé una nueva audiencia para que las partes sean escuchadas sobre la entrega); artículo 28 APL México; artículos 103 y 104 APL Brasil (también aquí se prevé una nueva audiencia para que las partes sean escuchadas sobre la entrega). La ley de Argentina no establece claramente el procedimiento a seguir luego de la audiencia posterior a la detención (cf. artículos 30 a 32).

⁵¹ Cf. artículo 557 y 558 CPP Perú.

en el artículo 92.2 ECPI. Al igual que en el caso de la solicitud de detención y entrega, los Estados, a la hora de implementar esta normativa a nivel nacional, deberán determinar si establecen un control sobre la presencia de tales requisitos en la solicitud, a qué autoridad nacional le compete esta verificación y qué procedimiento ha de seguirse tanto en caso de que la solicitud cumpla con tales recaudos, como en el caso de que no los cumpla.

Los textos bajo estudio han proporcionado para el caso aquí analizado soluciones muy similares a las establecidas para el supuesto de la solicitud de detención y entrega —aunque a veces menos completas. Casi todos los textos analizados prevén un control de la solicitud respecto de los recaudos formales del artículo 92 ECPI⁵² y lo encomiendan a la autoridad judicial⁵³, a la ejecutiva⁵⁴ o a ambas.⁵⁵ En caso de que la solicitud no cumpla con tales recaudos, se prevé en general su reserva y —siguiendo lo dispuesto en el artículo 97 ECPI—, el inicio de consultas con la CPI.⁵⁶ Si la orden cumple con los requisitos formales, la autoridad judicial competente⁵⁷ deberá emitir la orden de detención. En la mayoría de los casos también se prevé una audiencia posdetención similar a la establecida para el supuesto de la orden de detención y entrega.⁵⁸

Si posteriormente el Estado recibe la solicitud de entrega, el procedimiento seguirá el curso normal establecido para decidir la entrega en virtud de una solicitud de detención y entrega.

⁵² Artículo 30, segundo párrafo, L Argentina; artículo 42.2, 42.3 y 42.4.a L Uruguay, artículo 560.1 CPP Perú, artículo 76.1 PL Bolivia, artículo 151 PL Ecuador; artículo 111 APL Brasil; artículo 7 APL México. El PL Colombia no se refiere expresamente a este control.

⁵³ Cf. artículo 560.1 CPP Perú (juez de la investigación preparatoria); artículo 76.1 PL Bolivia (Corte Suprema); artículo 151 PL Ecuador (juez penal); artículo 111 APL Brasil (Corte Suprema). En el caso peruano, la autoridad que efectúa el control de los requisitos formales de la orden de detención provisional es diferente de la que lo hace respecto de la solicitud de detención y entrega; en este último caso, tal control es realizado por la Fiscalía de la Nación, cf. *supra* nota 26.

⁵⁴ Cf. artículo 30 L Argentina (Poder Ejecutivo); artículo 19.1 APL México (Secretaría de Relaciones Exteriores).

⁵⁵ Cf. artículo 42.2 L Uruguay (Ministerio de Relaciones Exteriores o Dirección de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Educación y Cultura y la Suprema Corte de Justicia), aunque la resolución definitiva queda en manos de la Suprema Corte.

⁵⁶ Cf. artículo 30 L Argentina; artículo 42.3 y 5 L Uruguay; artículos 76.1 y 68.3 PL Bolivia; artículo 151 PL Ecuador; artículos 19.1 y 12 APL México.

⁵⁷ Cf. artículo 50.1 L Uruguay (Corte Suprema); artículo 560.1 CPP Perú (juez de la investigación penal preparatoria); artículo 31 L Argentina (justicia federal en lo Penal, art 5); artículo 153 PL Ecuador (juez penal); artículo 76.2 PL Bolivia (juez de instrucción); artículo 19.2 y 3 APL México (juez de distrito); artículo 111 APL Brasil (Corte Suprema).

⁵⁸ Cf. artículo 50.3 L Uruguay; artículo 31 L Argentina; artículo 560.4 CPP Perú; artículos 154 y 155 PL Ecuador; artículo 76.3 PL Bolivia. Los anteproyectos de ley de México y de Brasil no se refieren específicamente a esta audiencia posdetención en el caso de la detención provisional; en efecto, el artículo 26 APL México y el artículo 104 APL Brasil se refieren a un caso en el que ya se ha presentado la solicitud de entrega.

Si, en cambio, el Estado requerido no recibe la solicitud de entrega y los documentos justificantes, de conformidad con el artículo 91, dentro del plazo de sesenta días de la detención, la persona detenida *podrá* ser puesta en libertad (artículo 92.3 ECPI en conexión con la regla 188 RPP). Al respecto, el ECPI y las RPP brindan a los Estados solo algunas indicaciones para realizar la implementación, dejando otros aspectos a la completa decisión de estos. Dado que se trata de un plazo mínimo, los Estados deberían garantizar la detención provisional al menos por sesenta días; luego de cumplido ese plazo, el Estado está autorizado (no obligado) a liberar al detenido.⁵⁹ Así, por ejemplo, un Estado podría extender el plazo de detención provisional siempre que ello fuera conforme con su ordenamiento interno. De los textos aquí analizados, solo el proyecto de Ecuador ha optado por extender este plazo y lo ha llevado a noventa días.⁶⁰ Los restantes han decidido mantener el plazo indicado en las RPP.⁶¹ La mayoría de los textos analizados, por otra parte, han aprovechado la instancia de implementación para establecer la *obligación* de la autoridad nacional de poner en libertad al detenido si dentro del plazo establecido en ellos no se hubiera recibido la solicitud de entrega.⁶² Solo el proyecto de Colombia y el anteproyecto de Brasil, influenciados por la fórmula del ECPI, han permitido a la autoridad judicial decidir en el caso concreto con absoluta discreción si, ante la ausencia de una solicitud de entrega en el plazo establecido, pone al detenido en libertad o mantiene su detención (“podrá”).⁶³ Que esta solución legislativa plantea enormes inseguridades en cuanto al

⁵⁹ Llama la atención la diferente solución que ofrece el derecho de Roma entre el caso aquí analizado y el de la detención provisional subsiguiente a un aterrizaje forzoso regulado por el artículo 89.3.e ECPI. Allí, en lugar de un plazo mínimo de detención, se establece uno máximo de noventa y seis horas, a cuyo vencimiento el Estado *debe* poner en libertad al detenido. Un intento de explicación podría, sin embargo, ensayarse: en el caso aquí analizado hay una solicitud de detención provisional dirigida al Estado de detención *referida al caso concreto*, la cual cuenta con algunos —si bien escasos— elementos sobre la presunta participación en el hecho de la persona objeto de la solicitud de detención (cf. artículo 92.2 ECPI). En el caso del aterrizaje imprevisto, en cambio, la orden de detención no se apoya en un pedido concreto, sino en una obligación anticipada y *en abstracto* para eventuales casos imprevistos; la mera ratificación del ECPI obliga al Estado en cual se produce el aterrizaje imprevisto a detener provisionalmente a la persona transportada. Aunque respecto de esta persona existe ya una orden de detención y entrega cursada al Estado requerido en primer término, ella no le es oponible al Estado que improvisadamente se convierte en Estado de tránsito y de detención. De todos modos, solo esta circunstancia difícilmente pueda justificar la enorme diferencia de tratamiento entre el régimen de ambas hipótesis de detención provisional. Sobre la regulación del artículo 89.3.e ECPI, cf. más ampliamente el punto II.12.

⁶⁰ Artículo 162 PL Ecuador.

⁶¹ Cf. artículo 50.4 L Uruguay; artículo 560.2 CPP Perú; artículo 76.4 PL Bolivia; artículo 12 PL Colombia; artículo 112 APL Brasil; artículo 20.1 APL México. La ley de Argentina no se refiere a esta cuestión.

⁶² Cf. artículo 50.4 L Uruguay; artículo 560.2 CPP Perú; artículo 76.4 PL Bolivia; artículo 20.1 APL México. La ley de Argentina no se ocupa de esta cuestión.

⁶³ Cf. el artículo 12 PL Colombia (el cual en caso de concesión de la libertad provisional autoriza a la Corte Suprema a imponer por un tiempo máximo de 180 días “medidas cautelares adecuadas”) y el artículo 112 APL Brasil.

momento en que el detenido podrá en definitiva recuperar la libertad y por ello hay un gran riesgo de arbitrariedad, no es preciso siquiera mencionarlo.

El hecho de que la persona haya sido puesta en libertad por falta de recepción tempestiva de la solicitud de entrega, no obsta, según establece el artículo 92.4 ECPI, a que ella pueda ser detenida nuevamente una vez recibida tal solicitud y los documentos que la avalen.⁶⁴

2.5. Libertad provisional

La persona detenida en virtud de una solicitud de detención y entrega (artículo 89 y 91 ECPI) o de una solicitud de detención provisional (artículo 92 ECPI) tiene derecho, de conformidad con el artículo 59.3 ECPI, a solicitar a la autoridad competente del Estado de detención la *libertad provisional*. El artículo 59.4 ECPI proporciona algunas indicaciones que la autoridad estatal deberá tener en cuenta a la hora de decidir sobre la libertad provisional. Ante todo, la autoridad nacional no podrá examinar si la orden de detención fue dictada conforme a las letras *a* y *b* del artículo 58.1 ECPI. Es decir, no podrá revisar la decisión de la CPI en cuanto a la existencia de motivos para creer que la persona ha cometido un crimen de competencia de la Corte, como tampoco la decisión sobre la existencia de peligro de fuga, de entorpecimiento de las investigaciones o de comisión de nuevos delitos. De este modo, las posibilidades de conceder la libertad provisional por la autoridad nacional son más bien escasas. La disposición citada permite a la autoridad nacional conceder la libertad provisional solo en presencia de “circunstancias urgentes y excepcionales” y, en tal caso, solo si “existen las salvaguardias necesarias para que el Estado de detención pueda cumplir su obligación de entregar la persona a la Corte”. El artículo 59.5 dispone, por su parte, que la autoridad nacional deberá notificar a la CPI la presentación de una solicitud de libertad provisional a fin de que esta haga las recomendaciones del caso, y estas recomendaciones deberán ser consideradas en la decisión. Finalmente, el artículo 59.6 establece que si la autoridad nacional concede la libertad provisional, la CPI podrá requerirle informes periódicos.

⁶⁴ Cf. artículo 50.4 L Uruguay; artículo 560.5 CPP Perú; artículo 76.4 PL Bolivia; artículo 162 PL Ecuador; artículo 12 PL Colombia; artículo 20.3 APL México; artículo 114 APL Brasil. La ley de Argentina no contiene una disposición en tal sentido; ella es de todos modos innecesaria en virtud del carácter supletorio de esta ley respecto del ECPI (artículo 1) y de la posibilidad de aplicar directamente, sin adecuaciones, esta disposición.

Todos los textos aquí analizados regulan este derecho.⁶⁵ En general, todos ellos han contemplado, aunque con diferencias sustanciales, los aspectos mencionados en el artículo 59.4 ECPI. Así, si bien la mayoría ha seguido literalmente al ECPI y exigido la presencia de “circunstancias urgentes y excepcionales” para la concesión de la libertad condicional,⁶⁶ algunos han eliminado los requisitos de la *urgencia* y la *excepcionalidad*.⁶⁷ Por otra parte, el APL de México parece permitir que la autoridad nacional revise alguno de los motivos de la detención decididos por la CPI, en contra de lo establecido expresamente en el artículo 59.4 *in fine* ECPI.⁶⁸ Respecto de la adopción de salvaguardas para impedir la fuga en caso de que se conceda la libertad provisional, los textos siguen al ECPI y algunos de ellos especifican las medidas cautelares concretas que habrán de imponerse.⁶⁹

En cuanto a los aspectos regulados en el artículo 59.5 ECPI, la mayoría de los textos analizados prevén la notificación a la CPI de la solicitud de libertad provisional a fin de que esta efectúe las recomendaciones pertinentes y especifican que estas recomendaciones deberán ser tenidas en consideración en la decisión.⁷⁰ Algunos textos establecen, además, ciertas indicaciones en cuanto al plazo para efectuar la notificación a la CPI⁷¹ y para que esta comunique sus recomendaciones.⁷²

Solo algunos de los textos aquí analizados se refieren, en cambio, a los informes que deberá emitir la autoridad nacional en caso de conceder la libertad provisional de acuerdo con el artículo 59.6 ECPI.⁷³

⁶⁵ Cf. artículo 33 L Argentina; artículo 54 L Uruguay; artículo 559.2 y 3 CPP Perú; artículo 77 PL Bolivia; artículo 12 PL Colombia; artículos 141 y 142 PL Ecuador; artículos 107 a 110 APL Brasil; artículo 24 APL México.

⁶⁶ Cf. artículo 54.2 L Uruguay; artículo 33 L Argentina (por medio del reenvío a la norma del ECPI); artículo 141 PL Ecuador (por medio del reenvío a la norma del ECPI); artículo 12 PL Colombia; artículo 24 APL México.

⁶⁷ Cf. artículo 559.3 CPP Perú; artículo 77.2 PL Bolivia; artículo 109 APL Brasil.

⁶⁸ Según el artículo 24.3 APL México, la autoridad nacional deberá tener en cuenta para la concesión de la libertad provisional, entre otros, los siguientes requisitos: que no exista peligro de que la persona pudiera cometer un delito doloso contra las víctimas, testigos de cargo o servidores públicos que intervengan en el procedimiento y que no exista peligro de fuga. Este último requisito es equivalente al previsto en el artículo 58.1.b, inciso i, ECPI. El primero está relacionado indirectamente con el criterio tradicional del peligro de entorpecimiento de las investigaciones, pues la muerte o amenaza de un testigo redundará en perjuicio de la averiguación de la verdad.

⁶⁹ Artículo 559.3 CPP Perú; artículos 54.2 y 3 L Uruguay; artículo 33 L Argentina (por medio del reenvío a la norma del ECPI); artículo 141 PL Ecuador (por medio del reenvío a la norma del ECPI); artículo 77.2 PL Bolivia; artículo 12 PL Colombia; artículo 110 APL Brasil; artículo 24 APL México.

⁷⁰ Artículo 54.1 y 2 L Uruguay; artículo 559.2 y 3 CPP Perú; artículo 33 L Argentina (por medio del reenvío a la norma del ECPI); artículo 77.1 y 2 PL Bolivia; artículo 12 PL Colombia; artículos 107 y 108 APL Brasil; artículo 24 APL México.

⁷¹ El artículo 24.2 APL México establece que la autoridad judicial debe comunicar la solicitud de libertad provisional dentro de las 24 horas de recibida a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que esta la notifique a la CPI, sin establecer un plazo para esta segunda comunicación.

⁷² Cf. artículo 24.2 APL México (siete días hábiles desde la notificación); artículo 12 PL Colombia (la Corte Suprema establecerá el plazo en la notificación; este plazo no podrá ser inferior a veinte días); artículo 77.1 PL Bolivia (la Corte Suprema fijará un plazo razonable en la notificación).

⁷³ Solo lo hace la ley uruguaya (artículo 54.3), la ley argentina (artículo 33 que reenvía a la norma del ECPI) y el proyecto de Ecuador (artículo 142).

Por otra parte, algunos de los textos analizados establecen que el detenido, en la audiencia que se realiza con posterioridad a su detención, debe ser informado del derecho a solicitar la libertad provisional.⁷⁴ Esta es una exigencia que no se desprende directamente del ECPI, pero que indudablemente debe recibir aprobación.

2.6. Excepción de cosa juzgada o litispendencia

El artículo 89.2 ECPI proporciona ciertas indicaciones referidas al trámite y solución a adoptar en caso de que la persona cuya entrega se requiera ponga ante los tribunales nacionales la *excepción de cosa juzgada o litispendencia*.⁷⁵ En estos supuestos, el Estado requerido deberá celebrar de inmediato consultas ante la CPI. Si la CPI declara la causa admisible (sea porque no existe cosa juzgada, sea porque se trata de uno de los supuestos de excepción consagrados en el artículo 20.3 ECPI), el Estado requerido deberá cumplir la solicitud. Mientras la CPI no haya decidido sobre la admisibilidad de la solicitud, el Estado requerido podrá aplazar su ejecución.

Todos los textos aquí analizados regulan este supuesto siguiendo esencialmente las indicaciones del ECPI.⁷⁶ Así, todos prevén la realización de consultas y ordenan el rechazo de la excepción y la continuación del trámite de la entrega en caso de que la CPI haya declarado admisible la causa.⁷⁷ En cuanto a la suspensión del trámite de la solicitud de entrega durante la tramitación de la excepción, los textos analizados presentan algunas diferencias. Así, si la decisión sobre la admisibilidad de la causa aún está pendiente, algunos autorizan (“podrá”) a la autoridad competente nacional a suspender el trámite de la solicitud de entrega hasta tanto la CPI se haya pronunciado,⁷⁸ mientras que otros imponen obligatoriamente la suspensión.⁷⁹ El momento

⁷⁴ Artículo 32 PCS Argentina; artículo 11 PL Colombia.

⁷⁵ Si bien el artículo 89.2 menciona únicamente a la excepción de cosa juzgada, se refiere también a la excepción de litispendencia. El artículo 89.2 remite al artículo 20 ECPI, el cual, a pesar de llevar por título “excepción de cosa juzgada”, regula ambas excepciones: la de de cosa juzgada en el apartado primero y la de litispendencia en el tercero.

⁷⁶ Algunos mencionan a ambas excepciones, cf. artículo 53 L Uruguay; artículo 35 L Argentina; artículo 147 PL Ecuador. Otros solo hablan de la excepción de cosa juzgada, cf. artículo 557.6 CPP Perú; artículo 15 PL Colombia; artículo 78 PL Bolivia (aunque menciona explícitamente el artículo 20 ECPI que disciplina ambas excepciones); artículo 27 APL México; artículo 106 APL Brasil.

⁷⁷ Artículo 557.6 CPP Perú; artículo 53.3 y 4 L Uruguay; artículo 147 PL Ecuador; artículo 78 PL Bolivia; artículo 15 PL Colombia; artículo 27 APL México; artículo 106 APL Brasil. El artículo 35 L Argentina no se refiere a las consultas, pero sí adopta la solución del ECPI en caso de que la CPI haya declarado admisible la causa.

⁷⁸ Artículo 557.6 CPP Perú; artículo 147 PL Ecuador; artículo 106 APL Brasil.

⁷⁹ Artículo 53.4 L Uruguay; artículo 78 PL Bolivia; artículo 15 PL Colombia; artículo 27 APL México.

a partir del cual se suspende la solicitud de entrega también varía en los textos estudiados: desde la interposición de la excepción,⁸⁰ desde la realización de las consultas⁸¹ o bien desde la comunicación de la CPI, en respuesta a las consultas del Estado, de que aún no ha decidido sobre la admisibilidad de la causa.⁸² La ley de Uruguay y el anteproyecto de México, por otra parte, fijan un plazo preciso para la interposición de la excepción.⁸³ Este último texto establece además un plazo para probar las excepciones y le impone a la CPI un plazo para que informe sobre la admisibilidad de la causa.⁸⁴

2.7. Solicitudes concurrentes de entrega y de extradición

El artículo 90 ECPI dispone con amplio detalle la solución precisa que el Estado requerido debe adoptar o bien los criterios con base en los cuales debe fundar su decisión en caso de que una solicitud de entrega de la CPI concorra con una solicitud de extradición de un tercer Estado.⁸⁵ El ECPI distingue según que la solicitud de entrega y la de extradición tengan por objeto el mismo hecho o un hecho distinto y según que el Estado que requiere la extradición sea o no parte del ECPI. Dejando de lado las particularidades de las diferentes situaciones, el ECPI se pronuncia *en líneas generales* por una solución favorable a la entrega a la CPI. Debido a la exhaustiva regulación del ECPI, los Estados no tienen en esta materia un gran margen de libertad en las opciones de implementación y en general ellos ya cumplen su deber de implementación con una mera remisión o reproducción de la norma estatutaria.⁸⁶

Por lo general, los textos en estudio tratan escuetamente la cuestión y reenvían a las soluciones del ECPI.⁸⁷ El CPP peruano, sin embargo, no regula todos los supuestos

⁸⁰ Artículo 53.3 L Uruguay; artículo 15 PL Colombia.

⁸¹ Artículo 557.6 CPP Perú; artículo 78 PL Bolivia.

⁸² Así parece colegirse del artículo 147 PL Ecuador, del artículo 106 APL Brasil y del artículo 27 APL México.

⁸³ Artículo 53.2 L Uruguay (cuarenta y ocho horas desde la audiencia posdetención); artículo 27 APL México (tres días hábiles desde la audiencia posdetención).

⁸⁴ Artículo 27 APL México. El primero de quince días y el segundo de siete días.

⁸⁵ La diferencia entre extradición y entrega se encuentra estipulada en el artículo 102 ECPI.

⁸⁶ Tal remisión no es necesaria en los ordenamientos jurídicos que reciben directamente, sin necesidad de trasposición, el derecho internacional. De todos modos, quedan algunas cuestiones que el Estado debe resolver en su ley de implementación, como, por ejemplo, cuál es la autoridad nacional que debe resolver el problema de concurrencia y cuál la que debe efectuar la comunicación a la que se refiere el artículo 90.1 ECPI. Y también en qué plazo debe tomarse la decisión y realizarse la comunicación recién mencionada.

⁸⁷ Cf. artículo 60.1 L Uruguay; artículo 561.2 y 4. CPP Perú; artículo 36 L Argentina; artículo 81 PL Bolivia; artículo 16 PL Colombia; artículo 119 APL Brasil. El PL de Ecuador (artículos 171 a 175) no reenvía al ECPI y el APL de México (artículo 18) solo lo hace en parte; de todas formas, las soluciones de ambos textos también están fuertemente inspiradas en el ECPI.

de concurrencia, ya que expresamente se limita al caso de concurrencia entre una solicitud de entrega y una solicitud de extradición por “la misma conducta”.⁸⁸ En cuanto al trámite, todos los textos analizados contemplan la comunicación a que se refiere el artículo 90.1 ECPI.⁸⁹ Sin embargo, salvo la ley uruguaya,⁹⁰ ninguno de ellos brinda indicación alguna sobre el plazo en el que ha de efectuarse esta notificación. La decisión sobre si se da curso a la solicitud de entrega o a la de extradición es confiada por los textos analizados al Poder Ejecutivo⁹¹ o a la autoridad judicial⁹² y solo la ley uruguaya fija un plazo para esta decisión.⁹³

2.8. Entrega simplificada o consentida

El ECPI deja completa libertad a cada Estado para decidir si el consentimiento de la persona buscada a ser entregada a la CPI simplifica el trámite de la entrega. Dice el artículo 92.3 ECPI: “el detenido podrá consentir en la entrega [...] *siempre que lo permita el derecho interno del Estado requerido*. En tal caso, el Estado requerido procederá a entregar al detenido a la Corte tan pronto como sea posible”.⁹⁴ Todos los textos analizados regulan este supuesto. Aunque el artículo 92.3 ECPI se refiera únicamente al caso de la detención provisional con fines de entrega, los textos estudiados han contemplado este supuesto también para los casos normales de entrega.⁹⁵ En caso de existir consentimiento no rige, por lo tanto, el procedimiento antes señalado para la

⁸⁸ Artículo 561.1 CPP Perú. La ley de Argentina es confusa al respecto, pues cuando delimita el supuesto de solicitudes concurrentes se refiere únicamente al artículo 90.1 ECPI que regula las solicitudes concurrentes que versan sobre la misma conducta (“En caso de ocurrir el supuesto previsto en el artículo 90.1 [...]”), pero luego, al establecer las pautas en las cuales la autoridad nacional deberá basar su decisión, menciona, entre otras disposiciones, al artículo 90.7 referido al caso de concurrencia de solicitudes referida a la misma persona pero a hechos distintos (artículo 36). Los demás textos aquí analizados abarcan ambos supuestos de concurrencia.

⁸⁹ Cf. artículo 60.1 L Uruguay; artículo 36 L Argentina; artículo 561.1 CPP Perú; artículo 171 PL Ecuador; artículo 81.1 PL Bolivia; artículo 16 PL Colombia; artículo 118 APL Brasil; artículo 18 APL México.

⁹⁰ Artículo 60.1 L Uruguay (inmediatamente).

⁹¹ Cf. artículo 36 L Argentina (Poder Ejecutivo); artículo 172 PL Ecuador (Ministerio de Relaciones Exteriores).

⁹² Artículo 60.1 L Uruguay (Corte Suprema); artículo 561 CPP Perú (autoridad judicial); artículo 81 PL Bolivia (Corte Suprema); artículo 16 PL Colombia (Corte Suprema); artículo 18.3 APL México (juez de distrito). Las disposiciones del APL Brasil que se refieren al tema (artículos 118 y 119) no mencionan cuál es la autoridad nacional encargada de resolver un caso de concurrencia de solicitudes.

⁹³ Artículo 60.1 L Uruguay (quince días).

⁹⁴ Cursiva agregada.

⁹⁵ Sobre el consentimiento en los casos de una solicitud de detención y entrega, cf. artículo 55.1 L Uruguay; artículo 557.8 CPP Perú; artículo 34 L Argentina; artículo 75.8 PL Bolivia; artículo 13 PL Colombia; artículo 140.d PL Ecuador; artículo 105 APL Brasil; artículos 21 y 29.1 APL México. Sobre el consentimiento en los casos de detención provisional con fines de entrega, cf. artículo 55.1 L Uruguay; artículo 560.3 CPP Perú; artículo 34 L Argentina; artículo 76.5 PL Bolivia; artículo 13 PL Colombia; artículo 155.d PL Ecuador; artículo 113 APL Brasil; artículo 21 APL México.

entrega de personas y la entrega a la CPI tendrá lugar sin más trámite.⁹⁶ Casi todos los textos en estudio permiten que el consentimiento sea dado en cualquier estado del procedimiento de entrega⁹⁷ y establecen ciertos requisitos para que el consentimiento sea considerado válido:⁹⁸ debe ser libre y expreso,⁹⁹ dado en presencia del defensor;¹⁰⁰ manifestarse por escrito.¹⁰¹ El proyecto de ley de Colombia especifica, además, que el consentimiento, una vez dado, es irrevocable.¹⁰² Por otra parte, algunos textos prevén que la autoridad nacional pregunte al detenido en la audiencia posdetención si presta consentimiento a ser entregado.¹⁰³

2.9. Entrega temporal

El supuesto de entrega temporal está regulado en el artículo 89.4 ECPI y en la regla 183 RPP. Estas disposiciones establecen que, en el caso de que la persona buscada esté siendo enjuiciada o cumpliendo condena en el Estado requerido por un crimen distinto de aquel por el cual se pide su entrega, el Estado requerido, luego de haber concedido la entrega, celebrará consultas con la CPI para establecer las condiciones en que aquella tendrá lugar. De este modo, el ECPI da prioridad a la entrega a la CPI y solo permite que el Estado acuerde con ella ciertas condiciones. Solo algunos de los textos comentados han contemplado esta situación.¹⁰⁴ La ley de Argentina y el proyecto de Bolivia reproducen lo establecido en el ECPI.¹⁰⁵ El proyecto de Colombia y el anteproyecto de México se apartan en ciertos aspectos de esta normativa. Este

⁹⁶ Cf. las referencias legales citadas en la nota anterior. En el caso de la ley peruana, el consentimiento solo finaliza el trámite judicial obligando a la Corte Suprema a dictar resolución consultiva favorable. La decisión final de la entrega permanece en manos del Consejo de Ministros, el cual no está obligado a la entrega aunque exista consentimiento de la persona buscada (cf. artículos 557.8 y 558 CPP Perú).

⁹⁷ Cf. artículo 55.1 L Uruguay; artículo 34 L Argentina; artículo 140.d PL Ecuador; artículo 75.8 PL Bolivia; artículo 21 APL México. El CPP de Perú permite el consentimiento solo durante el procedimiento judicial (artículo 557.8 CPP). El PL de Colombia lo permite solo durante la audiencia posdetención y dentro de los quince días siguientes a ella (artículo 13). El APL de Brasil no se refiere a este aspecto.

⁹⁸ No establecen requisitos al respecto ni el PL de Colombia, ni el APL de México.

⁹⁹ Cf. artículo 55.1 L Uruguay; artículo 34 L Argentina; artículo 140.d PL Ecuador; artículo 75.8 PL Bolivia.

¹⁰⁰ Cf. artículo 55.1 L Uruguay; artículo 140.d PL Ecuador. El artículo 105 APL Brasil también exige el consentimiento del defensor.

¹⁰¹ Cf. el artículo 21 APL México el cual impone a la autoridad judicial el deber de cerciorarse de que el detenido conozca las consecuencias que implica tal acuerdo.

¹⁰² Artículo 13, última parte, PL Colombia.

¹⁰³ Cf. artículo 48.3.g L Uruguay; artículo 13 PL Colombia; artículo 140.d PL Ecuador; artículo 104.c APL Brasil.

¹⁰⁴ Artículo 39 L Argentina y artículo 82 PL Bolivia

¹⁰⁵ Artículo 39 L Argentina; artículo 82 PL Bolivia; artículo 18 PL Colombia; artículos 16 y 17 APL México. El artículo 57 de la ley uruguaya, si bien habla de "entrega temporal", regula en verdad la medida del traslado provisional de un detenido para que preste un acto de asistencia prevista en el artículo 93.1.f y 7 ECPI.

último autoriza a la autoridad judicial a denegar la entrega en caso de que la persona requerida esté siendo juzgada en ese país por un hecho distinto de aquel objeto de la entrega.¹⁰⁶ De todos modos, el juez de distrito podrá conceder la entrega temporal siempre que la CPI se comprometa a respetar algunas condiciones establecidas por ley¹⁰⁷ y cualquier otra condición que se acuerde de manera expresa con la Corte. Por su parte, el proyecto de Colombia establece que, luego de haberse acordado la entrega, el ministro del Interior y Justicia, de acuerdo con la Corte Suprema, decidirá “mediante resolución motivada” sobre la entrega temporal en caso de que la persona esté cumpliendo condena o sometida a proceso en ese país. Esta segunda decisión deberá establecer, además, las modalidades de restitución de la persona.

2.10. Plazo máximo de detención durante el trámite de la solicitud de entrega

Perú y Uruguay en sus leyes de implementación y varios Estados en sus proyectos o anteproyectos de implementación establecen un *plazo máximo de detención* de sesenta¹⁰⁸, noventa¹⁰⁹ o ciento veinte días.¹¹⁰ Vencido este plazo sin que se hubiese resuelto sobre la solicitud de entrega, la autoridad judicial competente deberá ordenar la inmediata libertad del detenido. En algunos casos, sin embargo, se dispone expresamente que la autoridad competente podrá imponer las medidas cautelares que considere necesarias a fin de evitar la fuga de la persona y posibilitar su entrega.¹¹¹

2.11. Traslado a la CPI

Una vez que el Estado requerido haya ordenado la entrega, el detenido debe ser puesto a disposición de la CPI “tan pronto como sea posible” (artículo 59.7 ECPI). Los textos normativos bajo estudio contienen escasas normas al respecto. En general, establecen únicamente que la autoridad nacional luego de comunicar a la CPI la

¹⁰⁶ Artículo 16 APL México.

¹⁰⁷ Artículo 17 APL México: a) que la persona será devuelta a las autoridades mexicanas inmediatamente después de que concluya el procedimiento para el que fue entregada; b) que no será procesada, castigada o detenida por conductas anteriores a su entrega, a menos que dicha conducta constituya la base del delito por el que fue entregada; c) que durante el tiempo que permanecerá a disposición de la Corte, será custodiada en todo momento.

¹⁰⁸ Cf. artículo 106, último párrafo, APL Brasil.

¹⁰⁹ Cf. artículo 559 CPP Perú; artículo 149 PL Ecuador; artículo 75.9 PL Bolivia.

¹¹⁰ Cf. artículo 56 L Uruguay.

¹¹¹ Cf. artículo 559 CPP Perú; artículo 75.9 PL Bolivia; artículo 106, último párrafo, APL Brasil.

decisión favorable a la entrega coordinará con ella los aspectos relativos al traslado del detenido.¹¹² El CPP de Perú y el proyecto de Bolivia concretan el plazo en el cual ha de realizarse el traslado y las consecuencias de su incumplimiento. Ambos textos disponen que la CPI deba efectuar el traslado dentro de los treinta días, contados a partir de la comunicación oficial de la decisión de entrega. Si el traslado no fuera posible dentro de ese plazo, podrá concederse una prórroga de diez días. Si en ese tiempo la persona no ha sido trasladada, será puesta en libertad y no podrá reintentarse su entrega.¹¹³ El proyecto boliviano, además, declara aplicable para el traslado las reglas respectivas de la extradición.¹¹⁴

2.12. Tránsito de personas por el territorio de un Estado distinto al Estado requerido

Si para cumplir con la entrega es necesario el tránsito por el territorio de un tercer Estado, la CPI deberá solicitar a este una *autorización de tránsito* (artículo 89.3.b ECPI) y el Estado parte deberá conceder el tránsito de conformidad con su derecho procesal (artículo 89.3.a ECPI). La mayoría de los textos analizados regulan esta situación e indican, en cumplimiento del artículo 89.3.c ECPI, que la persona transportada deberá permanecer detenida durante el tránsito.¹¹⁵

Cuando la persona sea transportada por *vía aérea* del Estado requerido a la CPI y no se prevea aterrizar en el territorio de un tercer Estado, no será necesaria la autorización de este último Estado (artículo 89.3.d). Sin embargo, si se produce la particular situación de un *aterrizaje imprevisto*, el Estado donde este suceso ha ocurrido *podrá* requerir a la CPI que presente una solicitud de tránsito (artículo 89.3.e). El ECPI también requiere que los Estados regulen esta situación y les proporciona ciertas indicaciones. El Estado de tránsito deberá disponer la inmediata detención de la persona transportada. Al respecto, los Estados partes no tienen un margen de discreción (el artículo 89.3.e del ECPI se pronuncia de modo imperativo: “detendrá”), por

¹¹² Cf. artículo 48.6 L Uruguay (que indica que la entrega tendrá lugar “lo antes posible”); artículo 34 *in fine* L Argentina; artículos 13 y 15 PL Colombia; artículo 79.2 PL Bolivia; artículo 30 APL México.

¹¹³ Cf. artículo 558.3 CPP Perú (aunque la ley peruana habla de “Estado requirente” y “extradición”, el contexto de esta disposición permite fácilmente concluir que se trata de la “entrega” a la “CPI”); artículo 79.1 PL Bolivia.

¹¹⁴ Artículo 79.2 PL Bolivia.

¹¹⁵ Cf. artículo 62 L Uruguay; artículo 38 L Argentina; artículo 176 PL Ecuador; artículo 83 PL Bolivia; artículo 32 APL México. El CPP de Perú y el APL de Brasil no regulan esta situación. El PL de Colombia solo indica que las personas en tránsito en Colombia gozarán de inmunidad (artículo 21).

lo cual deberán contemplar esta obligación en sus leyes de implementación. Tal detención provisoria, mientras se espera la solicitud de tránsito de parte de la CPI, no podrá durar más de noventa y seis horas contadas desde el aterrizaje imprevisto (artículo 89.3.e). Este plazo constituye únicamente un límite máximo, de modo que el ECPI no obliga a los Estados partes a mantener en detención a la persona objeto de la entrega por todo este tiempo; un Estado bien podría reducir el plazo máximo de detención al implementar esta situación en el derecho interno. Con todo, un Estado no podría reducir este plazo de tal manera que impida materialmente a la CPI remitir la solicitud,¹¹⁶ pues, de ser así, se frustraría la finalidad que persigue el deber de detención y se incumpliría el deber general de colaboración. Sea como fuera, los Estados de la región que han contemplado este supuesto no se han apartado de las indicaciones del ECPI y han mantenido el mismo plazo allí mencionado.¹¹⁷

2.13. Principio de especialidad

El artículo 101.1 ECPI recibe el principio de especialidad en los siguientes términos: “quien haya sido entregado a la Corte en virtud del presente Estatuto no será procesado, castigado o detenido por una conducta anterior a su entrega, a menos que esta constituya la base del delito por el cual haya sido entregado”. El apartado segundo de esta disposición permite, sin embargo, la posibilidad de neutralizar esta garantía, dado que autoriza a la CPI a solicitar al Estado que la dispense de cumplir con el principio de especialidad y faculta e incentiva a este a dar esa dispensa.¹¹⁸ Algunos de los textos analizados han regulado, si bien muy vagamente, algunos aspectos relacionados con el pedido de dispensa de la CPI; en general, sin embargo, los textos se han limitado a determinar la autoridad nacional competente para resolver el pedido,¹¹⁹ sin *explayarse* en concreto sobre el procedimiento.¹²⁰

¹¹⁶ Si se tiene en cuenta que la solicitud de autorización de tránsito puede ser comunicada por la CPI por “cualquier medio que sirva para transmitir un documento escrito” (regla 182.1 RPP), el plazo podrá ser, de todos modos, muy breve (la solicitud podría ser presentada, por ejemplo, vía fax).

¹¹⁷ Cf. artículo 62 L Uruguay; artículo 38 L Argentina; artículos 178 y 179 PL Ecuador; artículo 83 PL Bolivia; artículo 32 APL México.

¹¹⁸ El artículo 101.2 última parte ECPI establece: “Los Estados partes estarán facultados para dar esa dispensa a la Corte y procurarán hacerlo” (la cursiva me pertenece).

¹¹⁹ Cf. artículo 59.1 L Uruguay (Corte Suprema); artículo 559.5 CPP Perú (Corte Suprema); artículo 84 PL Bolivia (Corte Suprema); artículo 19 PL Colombia (Corte Suprema) y artículo 31 APL México (Secretaría de Relaciones Exteriores).

¹²⁰ Cf., sin embargo, el artículo 59.1 L Uruguay, que reenvía al procedimiento establecido en el artículo 42 de esa ley. Por otra parte, el artículo 19 del PL de Colombia pretende dar una indicación en cuanto a los criterios a adoptar en la decisión. Allí se establece que la solicitud de dispensa se resolverá “de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 2 del artículo 101”. En tal disposición, sin embargo, no existe ningún criterio de decisión, sino únicamente una recomendación a optar por la dispensa.

2.14. Orden de comparecencia

Si la CPI para lograr la comparecencia de la persona sospechada de la comisión de un crimen no considera necesaria su detención, podrá dictar simplemente una *orden de comparecencia*. Tal orden, que deberá consignar las informaciones relativas a la persona, al hecho presuntamente cometido, a su calificación como crimen de la CPI y a la fecha de la comparecencia, *podrá* establecer, además, condiciones limitativas de la libertad diferentes de la detención que estén previstas por el derecho interno del Estado requerido (artículo 58.7 ECPI).

El ECPI no proporciona demasiadas pautas para la implementación. Solo exige a los Estados que contemplen en su derecho interno los mecanismos necesarios para notificar la orden de comparecencia, indicando que esta notificación “será personal”, y para cumplimentar las medidas cautelares impuestas por la CPI. Dado que la CPI solo está autorizada a imponer las medidas cautelares que ya prevea el derecho interno del Estado al cual cursa la orden de comparecencia, la implementación nacional quedará satisfecha, al respecto, solamente con la previsión del procedimiento que posibilite la ejecución de dichas medidas, para lo cual será suficiente extender la aplicación de las leyes internas respectivas. De todos modos, una correcta implementación debería regular también otros aspectos, como la previsión de un control sobre los requisitos de la orden de comparecencia (artículo 58.7 *a-d*) y el procedimiento a seguir en caso de que no los cumpla, especialmente si la ausencia o incorrección de información pudiera hacer peligrar el cumplimiento de este acto de cooperación.

La mayoría de los textos analizados se refieren a la orden de comparecencia,¹²¹ aunque pocos de ellos contienen regulaciones completas. En cuanto al control formal sobre los requisitos del artículo 58.7.*a-d* ECPI, solo la ley uruguaya y los proyectos boliviano y ecuatoriano lo prevén¹²² y únicamente los dos primeros indican qué hay que hacer en caso de constatarse problemas. Ambos prevén la suspensión y reserva de las actuaciones y la celebración de consultas con la CPI.¹²³

¹²¹ Cf. artículo 58 L Uruguay; artículo 80 PL Bolivia; artículos 164 a 169 PL Ecuador; artículo 14 PL Colombia; artículos 115 y 116 APL Brasil; artículo 40 APL México. Ninguna referencia existe en el CPP peruano, ni en la ley argentina.

¹²² Cf. artículos 42 y 58 L Uruguay (doble control: Poder Ejecutivo y Corte Suprema); artículo 165 PL Ecuador (juez penal); artículo 80 PL Bolivia (Corte Suprema).

¹²³ Cf. artículos 42 y 58 L Uruguay; artículo 165 PL Ecuador. Con esta solución, ambos textos *extendieron* expresamente a la orden de comparecencia el mecanismo de consultas previsto por el artículo 97 ECPI para el caso de que una solicitud de cooperación, de las contempladas en la parte IX del ECPI, pudiera causar problemas susceptibles de obstaculizar o impedir su ejecución.

En el caso de que la orden cumpla con estos requisitos, el Estado requerido deberá darle cumplimiento, por un lado, notificándola a la persona indicada y, por el otro, si corresponde, ejecutando las medidas cautelares impuestas por la CPI. La notificación de la orden está prevista en todos los textos bajo estudio que se refieren a la orden de comparecencia,¹²⁴ no así, en cambio, la ejecución de las medidas cautelares establecidas por la CPI. Solo la ley uruguaya, el proyecto boliviano y el anteproyecto de Brasil prevén esto último.¹²⁵ Los proyectos de Ecuador y Colombia, en cambio, en lugar de regular la ejecución por las autoridades nacionales de las medidas cautelares *impuestas por la CPI* —tal como requiere el artículo 58.7 ECPI— encomiendan a la autoridad judicial nacional la selección, imposición y ejecución de estas medidas.¹²⁶

2.15. Otras formas de asistencia

Bajo el título *otras formas de cooperación* el artículo 93 ECPI enuncia los actos de cooperación que no tienen por objeto lograr la presencia de la persona sospechada del crimen ante la CPI. Antes de tratar las medidas en particular, son necesarias unas breves consideraciones sobre los requisitos de la solicitud y su control por las autoridades nacionales. La solicitud de asistencia deberá contener los requisitos establecidos en el artículo 96 ECPI. Al igual que en las otras solicitudes de cooperación ya examinadas, los Estados deberán determinar básicamente si se realizará un control sobre la orden, qué autoridad lo hará, y qué autoridad cumplirá la solicitud, en caso de estar dados todos los requisitos formales. En líneas generales, los textos analizados prevén explícitamente el control de los requisitos formales del artículo 96 ECPI. Este control es confiado, según el texto respectivo, al Poder Ejecutivo,¹²⁷ al Ministerio

¹²⁴ Artículo 58.2.c L Uruguay; artículo 167 PL Ecuador; artículo 80 PL Bolivia; artículo 14 PL Colombia; artículo 115 APL Brasil; artículo 40 APL México. Según la ley uruguaya la notificación tendrá lugar en una audiencia que es similar a la audiencia establecida en caso de detención; en esta audiencia, además de la notificación, a la persona buscada se le nombrará defensor, si es necesario un intérprete, se lo oír, se le informará sobre el procedimiento de comparecencia y se le informará que tiene derecho a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo (artículo 58.2).

¹²⁵ Cf. artículo 58.1 L Uruguay; artículo 80 PL Bolivia; artículo 116 APL Brasil. La ley uruguaya también autoriza a la autoridad judicial nacional a imponer por sí misma ciertas medidas cautelares distintas de la prisión preventiva siempre que la CPI no hubiere dispuesto “expresamente” que esas medidas no son necesarias.

¹²⁶ Cf. artículo 14 PL Colombia y artículo 168 PL Ecuador; en este último caso se prevé, por otra parte, entre las “medidas alternativas a la privación de la libertad” que pueden ser impuestas, el “arresto domiciliario” (artículo 168.a). El APL de México no se refiere a este punto.

¹²⁷ Artículo 40 L Argentina; artículo 7 APL México. Probablemente también el artículo 20 PL Colombia, aunque ello no queda absolutamente claro de esa disposición.

Público Fiscal¹²⁸ o a la autoridad judicial;¹²⁹ la ley uruguaya prevé —al igual que en caso de la solicitud de detención y entrega— un doble control ejecutivo y judicial respecto de todas las medidas.¹³⁰ Si la orden cumple con los requisitos formales, la autoridad competente¹³¹ procederá a darle cumplimiento.

2.15.1. Medidas de asistencia contempladas en el artículo 93.1 letras a-k ECPI

El artículo 93.1.a-k establece una serie de medidas determinadas que cada Estado parte *deberá* cumplir: identificar y buscar personas u objetos (letra a); practicar pruebas, incluidos los testimonios bajo juramento, y producir pruebas, incluidos los dictámenes e informes periciales que requiera la Corte (letra b); interrogar a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento (letra c); notificar documentos, inclusive los documentos judiciales (letra d); facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de testigos o expertos (letra e); proceder al traslado provisional de personas (letra f); realizar inspecciones oculares, inclusive la exhumación y el examen de cadáveres y fosas comunes (letra g); practicar allanamientos y decomisos (letra h); transmitir registros y documentos, inclusive registros y documentos oficiales (letra i); proteger a víctimas y testigos y preservar pruebas (letra j); identificar, determinar el paradero o inmovilizar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, o incautarlos, con miras a su decomiso ulterior (letra k).

Al respecto, el ECPI establece claramente el *objeto de la cooperación y de la implementación* (en caso de que esta sea necesaria). Los Estados partes “deberán cumplir” estas solicitudes de asistencia. Si sus ordenamientos internos no cuentan con disposiciones legales para llevarlas a cabo, entonces deberán adecuarlos para posibilitar

¹²⁸ Artículo 185 PL Ecuador (respecto de ciertas medidas de asistencia; respecto de otras, el control es judicial); artículo 88 PL Bolivia (respecto de ciertas medidas de asistencia; respecto de otras, el control es judicial). El CPP peruano no es claro respecto de si el control formal es realizado por la Fiscalía de la Nación antes de cursar la solicitud a la autoridad competente para la decisión, de acuerdo con el artículo 555.1 CPP, o si lo hace la autoridad que decide sobre la solicitud. El primer modelo es el seguido por el CPP Perú respecto del control de los requisitos formales del artículo 91 ECPI en el caso de la solicitud de detención y entrega (cf. artículo 557.1 CPP Perú).

¹²⁹ Artículo 184 PL Ecuador (respecto de ciertas medidas de asistencia; respecto de otras, el control lo realiza el Ministerio Público Fiscal); artículo 88 PL Bolivia (respecto de ciertas medidas de asistencia; respecto de otras el control lo realiza el Ministerio Público Fiscal); artículo 117 APL Brasil.

¹³⁰ Artículo 63.1 que reenvía al artículo 42.2 L Uruguay. La decisión definitiva queda en manos de la Suprema Corte.

¹³¹ En general, los textos reparten esta competencia, según el tipo de medida, entre la autoridad judicial y el Ministerio Público Fiscal (cf. artículos 562.1 y 555 CPP Perú; artículo 40 L Argentina; artículos 88 y 89 PL Bolivia; artículos 183, 184 y 185 PL Ecuador; artículo 20 PL Colombia; artículos 7, 33; 34.2, 35.2, 37.2, 38.2 y concordantes APL México). Otros textos, en cambio, confían esta competencia exclusivamente a la autoridad judicial (artículos 63.1 y 42 L Uruguay; artículo 117 APL Brasil).

el cumplimiento de estas solicitudes. Si no lo hacen, y a causa de ello no ejecutan una solicitud de cooperación, incumplirán la obligación de cooperación del artículo 86 ECPI y podrán serles aplicadas las consecuencias del artículo 87.7 ECPI. El ECPI exige, entonces, que todos los Estados partes contengan en sus ordenamientos jurídicos disposiciones legales que permitan el cumplimiento de las medidas señaladas en las letras *a-k* del artículo 93.1.

Los artículos 93.1 primera parte y 99.1 ECPI establecen las pautas rectoras en cuanto a las *formas, procedimientos, requisitos y condiciones* de realización de dichas medidas. De acuerdo con el artículo 93.1 ECPI, tales medidas deberán cumplirse de conformidad con la parte IX del ECPI y con los procedimientos del derecho interno del Estado requerido. El artículo 99.1 ECPI completa el cuadro estableciendo que

las solicitudes de asistencia se cumplirán de conformidad con el procedimiento aplicable en el derecho interno del Estado requerido y, salvo si ese derecho lo prohíbe, en la forma especificada en la solicitud, incluidos los procedimientos indicados en ella y la autorización a las personas especificadas en ella para estar presentes y prestar asistencia en el trámite.

A pesar de que el artículo 93.1 primera parte ECPI se refiere exclusivamente a la parte IX, respecto de algunas medidas surgen ciertas exigencias de otras partes del ECPI y también de las RPP. La parte IX establece en verdad muy pocas de estas exigencias. Dejando de lado las indicaciones que en el caso concreto pueda dar la CPI de acuerdo con el artículo 99.1, el régimen recién descrito brinda informaciones importantes para la implementación en el nivel nacional: los Estados deberán seguir las pautas sobre el modo de implementación que surgen del ECPI —en la parte IX o en otra— y de las RPP; en cuanto estos instrumentos no contengan indicaciones, ellos son libres de establecer las formas, procedimientos, requisitos y condiciones que consideren apropiados para la realización de cada una de las medidas de asistencia previstas en las letras *a-k* del artículo 93.1 ECPI.

El ECPI y las RPP solo en algunos casos han establecido regulaciones específicas sobre los requisitos y modalidades de ejecución de una medida de asistencia. Veamos los siguientes ejemplos. En primer lugar, el del *interrogatorio de sospechosos*. El artículo 93.1.c autoriza a las autoridades nacionales, previa solicitud de la CPI, a “interrogar a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento” y el artículo 55.2 establece algunos requisitos que esa autoridad *debe* respetar en la ejecución de la

medida. La autoridad nacional debe garantizar a la persona sometida a interrogatorio una serie de derechos (derecho a ser informada de los motivos por el cual se sospecha su intervención en el crimen, derecho al silencio; derecho a ser informada del derecho al silencio; derecho a contar con un abogado defensor de elección o de oficio y derecho a ser informada de este derecho; derecho a ser interrogada en presencia de su abogado). Con ello el ECPI ha procurado uniformizar en cierta medida el régimen jurídico del interrogatorio por las autoridades nacionales. Un segundo ejemplo se refiere a la medida de cooperación del artículo 93.1.e ECPI. La regla 190 RPP establece que cuando la CPI solicite a un Estado parte facilitar la *comparecencia voluntaria de testigos o expertos* ante sus estrados, dicho Estado deberá entregarle a la persona requerida una instrucción sobre la regla 74 RPP relativa a la autoinculpación de testigos. Un tercer ejemplo se encuentra en el supuesto del *traslado provisional de personas detenidas* en el Estado requerido a la CPI con el fin de que sean identificadas, presten testimonio u otro tipo de asistencia, medida prevista en el artículo 93.1.f. En tal caso, el ECPI establece ciertos requisitos para que el traslado pueda tener lugar. Así, el artículo 93.7 dispone que, más allá de la aceptación por el Estado requerido y de la posibilidad de que este acuerde con la CPI condiciones para la entrega, el detenido *debe* prestar su consentimiento. Si esto no ocurre, el traslado no tendrá lugar.¹³²

Cuando el ECPI o las RPP no establezcan requisitos para el cumplimiento del acto de cooperación, este se guiará —como ya se ha dicho— por la legislación del Estado requerido. En tal caso, los requisitos, procedimientos, formas y condiciones de cumplimiento de la medida podrán variar de Estado a Estado y ello puede repercutir también en el estándar de derechos y garantías asegurado a la persona objeto de la medida. Véase un ejemplo. El testigo que presta declaración ante la autoridad judicial del Estado requerido de acuerdo con el artículo 93.1.b ECPI, a diferencia de aquel que lo hace ante los estrados de la CPI,¹³³ no debe ser instruido sobre la regla 74 RPP relativa a la autoinculpación de testigos. Al menos, esto no es exigido ni por el ECPI, ni por las RPP. En tal caso, la autoridad nacional es libre de comunicarle el contenido de la regla 74 o de no hacerlo. Pese a que la declaración de un testigo prestada ante las autoridades de cualquier Estado requerido sirva de igual modo al

¹³² La fórmula elegida por el artículo 93.7 ECPI no deja ninguna duda: “El traslado podrá realizarse siempre que [...]” (cursiva agregada).

¹³³ Este deber de comunicación pesa sobre el Estado requerido en el caso de la medida de cooperación del artículo 93.1.e ECPI (facilitar la comparecencia voluntaria de testigos o expertos ante la Corte) en virtud de la regla 190 RPP o sobre la CPI según la regla 74 RPP.

sistema penal de la CPI, la protección de los derechos del testigo dependerá del país en donde en concreto efectúe la declaración. Ello genera el riesgo de un tratamiento desigual que el ECPI fácilmente podría haber evitado si hubiera obligado a la autoridad nacional a comunicar el contenido de la regla 74 RPP también en este caso.

Las leyes, proyectos o anteproyectos de ley de implementación aquí analizados incorporan, en general, todos los actos de cooperación especificados en las letras *a-k* del artículo 93.1 ECPI a través de una simple remisión a esa disposición¹³⁴ o por medio de la reiteración de las medidas allí indicadas.¹³⁵ Algunos de estos cuerpos normativos regulan, además, con mayor detalle algunas de estas medidas. Estas regulaciones más exhaustivas se refieren especialmente a aquellas medidas respecto de las cuales el ECPI o las RPP proporcionan algunas indicaciones adicionales sobre cómo debe cumplirse el acto de cooperación; ello ocurre básicamente respecto de los actos de cooperación establecidos en el artículo 93.1 letras *f, e, b, c* y *j*. De ello se dará cuenta seguidamente.

En primer lugar, casi todos los textos estudiados regulan de manera particular el *traslado provisional de una persona detenida en el Estado requerido* para que preste actos de asistencia en la sede de la CPI según el artículo 93.1.f ECPI. En general, se reiteran las prescripciones del artículo 93.7 ECPI y particularmente aquella que exige el consentimiento de la persona requerida.¹³⁶ Algunos textos establecen además ciertos recaudos para la validez del consentimiento tales como que sea expreso,¹³⁷ que conste por escrito,¹³⁸ o que sea prestado con el concurso o presencia del abogado defensor.¹³⁹ El proyecto de ley de Colombia, apartándose de la regla sentada por el ECPI, prescinde del consentimiento de la persona en el caso de que el traslado se refiera a un condenado por la CPI.¹⁴⁰ Algunos textos exigen, además, como condición

¹³⁴ Cf. artículo 63.1 L Uruguay; artículo 562.1 en conexión con artículo 554.1.c CPP Perú (el artículo 562.1 remite, en realidad, incorrectamente a la letra *b* del artículo 554.1); artículo 40 L Argentina; artículo 20 PL Colombia; artículo 181 PL Ecuador.

¹³⁵ Artículos 88.1 y 2 y 89.1 PL Bolivia; artículo 117 APL Brasil; artículo 9 APL México (la lista de medidas de cooperación no incluye, sin embargo, todas aquellas mencionadas en el artículo 93.1).

¹³⁶ Artículo 57 L Uruguay (aunque bajo el nombre de “entrega temporal”; esta denominación no es conveniente para el supuesto aquí analizado, pues con ella el ECPI se refiere al caso diferente de la entrega de personas detenidas en el Estado requerido para ser enjuiciadas en la CPI de acuerdo con el artículo 89.4 ECPI y la regla 188 RPP); artículo 562.3 CPP Perú; artículo 21 PL Colombia; artículo 92 PL Bolivia; artículo 36 APL México; artículo 117, última parte, APL Brasil. No se refieren a este supuesto en forma pormenorizada ni la ley de Argentina, ni el PL de Ecuador.

¹³⁷ Artículo 92 PL Bolivia.

¹³⁸ Artículo 36 APL México.

¹³⁹ Artículo 57 L Uruguay; artículo 562.3 CPP Perú; artículo 92 PL Bolivia.

¹⁴⁰ Artículo 21 PL Colombia.

para la procedencia del traslado, que la CPI asegure que la persona no será detenida por conductas anteriores a su salida del territorio nacional;¹⁴¹ la CPI está autorizada a conceder tales seguridades en caso de que la persona deba actuar como testigo o experto según el artículo 93.2 ECPI. Por lo demás, los Estados podrán acordar con la CPI otras condiciones para el traslado de acuerdo con el artículo 93.7.ii, segunda parte, ECPI.¹⁴²

En segundo lugar, algunos textos se refieren también de manera particular a la medida de *facilitar la comparecencia voluntaria de testigos o expertos ante la CPI* prevista en el artículo 93.1.e ECPI y establecen, básicamente, que la comparecencia será voluntaria.¹⁴³ El anteproyecto de ley de México prevé además algunas condiciones para la procedencia de este acto de asistencia, entre las cuales se encuentra aquella que establece que la persona no podrá ser detenida, procesada ni sometida a ninguna forma de restricción de la libertad por conductas anteriores a su salida del territorio nacional.¹⁴⁴ En cuanto a la notificación del contenido de la regla 74 RPP, en caso de que la CPI —en cumplimiento de la regla 190 RPP— adjunte una instrucción de tal tenor, solo está establecida por el proyecto de ley de Colombia.¹⁴⁵

En tercer lugar, se encuentran regulaciones específicas también sobre las *declaraciones de testigos ante la autoridad judicial del Estado requerido* de acuerdo con el artículo 93.1.b ECPI.¹⁴⁶ La ley uruguaya es la que contiene las regulaciones más extensas sobre el punto: entre otras cosas, establece que el interrogatorio se sujetará a lo que hubiese dispuesto la CPI; encomienda, en principio, a la Corte Suprema la ejecución del interrogatorio y la decisión de las cuestiones a él atinentes; dispone que la declaración deberá consignarse en acta escrita y que, además, será grabada y filmada;

¹⁴¹ Así el artículo 36.2.b APL México. De manera similar, el artículo 562.3 CPP Perú y el artículo 92 PL Bolivia. Sin embargo, la fórmula utilizada en ellos (“que se asegure al trasladado no ser detenido o enjuiciado con base en la declaración que preste, salvo en caso de desacato o falso testimonio”) no brinda garantías suficientes de que la persona no sea detenida o enjuiciada por hechos anteriores, pues ella no se opondría a que la persona sea arrestada por hechos anteriores con base en pruebas independientes de la declaración.

¹⁴² Hace referencia a ello el artículo 36.2.d APL México. La ley uruguaya de implementación se refiere también a condiciones que puedan imponerse en el caso particular, pero estas, según el artículo 57.3, no resultarán de un acuerdo con la CPI, sino que serán fijadas por la autoridad judicial uruguaya.

¹⁴³ Artículo 70 L Uruguay (es preciso señalar que en la ley uruguaya dos disposiciones se refieren a la comparecencia de testigos ante la CPI, el artículo 66 y el 70, y solo este última dispone que la comparecencia será voluntaria); 21 PL Colombia; artículo 35 APL México.

¹⁴⁴ Artículo 35.4 APL México. La disposición del ECPI que regula este aspecto es el artículo 93.2 que dispone que la CPI podrá dar seguridades al testigo o experto que comparezca ante ella de que no será enjuiciado o detenido ni se restringirá su libertad por un acto u omisión anterior a su salida del Estado requerido.

¹⁴⁵ Artículo 21 PL Colombia.

¹⁴⁶ Artículo 68 L Uruguay; artículo 21 PL Colombia; artículo 34.1 APL México.

reconoce el derecho del testigo a declarar en presencia de su defensor y admite que el fiscal ante la CPI y el defensor del imputado puedan presenciar y participar en el interrogatorio.¹⁴⁷ Este último requisito es de fundamental importancia para la contradicción de la prueba y la defensa del imputado, sobre todo si se tiene en cuenta que la comparecencia de testigos ante la CPI, tanto en el caso del artículo 93.1.e como en el del artículo 93.1.f ECPI, es voluntaria, por lo que en muchas ocasiones las posibilidades de interrogar a testigos solo existirán en las audiencias ante las autoridades nacionales. Los demás textos que regulan separadamente este aspecto contienen disposiciones mucho menos detalladas.¹⁴⁸

En cuarto lugar, también en el caso del *interrogatorio del sospechoso* previsto por la letra c del artículo 93.1, algunos de los textos analizados contienen regulaciones más exhaustivas. Básicamente, ellos implementan los derechos establecidos en el artículo 55.2 ECPI —arriba mencionados— y prescriben otros explícitamente o por remisión a los derechos consagrados en sus legislaciones internas para tal ocasión.¹⁴⁹ Al respecto, otras dos regulaciones merecen atención. La ley uruguaya es la única que regula expresamente sobre la situación de la persona interrogada una vez finalizado el interrogatorio y dispone que ella quedará en libertad, sin perjuicio de las medidas alternativas a la prisión preventiva que pudieran imponérsele.¹⁵⁰ Por otro lado, el proyecto boliviano provoca sorpresa, pues sujeta la realización del interrogatorio al consentimiento del interrogado.¹⁵¹

Por último, otra medida respecto de la cual algunos de los textos analizados ofrecen regulaciones adicionales es la de la *protección de víctimas y testigos* conforme al artículo 93.1.j ECPI. Al respecto, se establece básicamente que la autoridad nacional deberá adoptar, sobre la base de un acuerdo efectuado con la CPI o, en todo caso, teniendo en cuenta sus recomendaciones, medidas efectivas que aseguren la protección

¹⁴⁷ Sobre todo esto cf. el artículo 68 L Uruguay.

¹⁴⁸ El PL de Colombia se limita a establecer que estas personas “tendrán las mismas obligaciones y responsabilidades que si hubieren sido citadas en una causa que se siguiere en Colombia” (artículo 21). El APL de México solo dispone que la persona será interrogada con base en un “pliego” enviado por la CPI y que la solicitud de cooperación deberá contener cualquier otro aspecto relevante para su ejecución (artículo 34). Con esto último, se recibe solo parcialmente lo dispuesto por el artículo 99.1 ECPI.

¹⁴⁹ Artículo 67 L Uruguay; artículo 90 PL Bolivia; artículo 34.2 APL México. Respecto de los textos que no implementan los derechos del artículo 55.2 ECPI, esta omisión será solo problemática para aquellos Estados cuyos ordenamientos jurídicos no los prevean ya para todo interrogatorio.

¹⁵⁰ Artículo 67.3 L Uruguay.

¹⁵¹ Artículo 90.1.a y artículo 90.4 en donde establece: “El consentimiento libre a ser interrogado deberá constar por escrito [...]”.

de víctimas, testigos y expertos,¹⁵² deberá informar al testigo o víctima sobre los derechos que le asisten de conformidad con lo dispuesto por el ECPI y las RPP y sobre la existencia de la dependencia Víctimas y Testigos de la CPI, garantizando, además, la comunicación directa y confidencial de estas personas con esta dependencia¹⁵³ y podrá convenir con la CPI la acogida de víctimas traumatizadas o testigos que puedan correr peligro.¹⁵⁴

La ausencia de regulaciones *específicas* respecto de otras medidas no entorpecerá, por lo general, la realización de la medida, pues por lo común todos los Estados cuentan ya con disposiciones para llevar a cabo estas medidas básicas de investigación. Además, algunos de los textos aquí analizados han incorporado una disposición por la cual impiden que la autoridad nacional invoque la ausencia de disposiciones en el derecho interno como motivo para negar la prestación de asistencia.¹⁵⁵

2.15.2. Otro tipo de asistencia no prohibida (artículo 93.1. ECPI)

Además de los actos de cooperación mencionados explícitamente en las letras *a-k* del artículo 93.1, todo Estado parte *deberá* cumplir también, de acuerdo con la letra *l* de la disposición citada, “cualquier *otro tipo de asistencia no prohibida* por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte”. Se trata de una cláusula de recogida que abarca todos los actos de cooperación diferentes a los mencionados explícitamente en las letras *a-k* de la disposición citada que sean compatibles con la legislación del Estado requerido.

La fórmula empleada (“asistencia no prohibida”) necesita de algunas precisiones. Está fuera de duda que el Estado requerido no está obligado a cumplir un acto de cooperación que se oponga a una norma existente en su derecho interno. Ello puede ocurrir tanto si existe una norma que expresamente prohíba la medida que se solicite, como si, de alguna otra manera, al cumplimiento de la medida se oponen normas o principios garantizados por el Estado requerido. Es indiferente, en este último caso,

¹⁵² Artículo 35.2 L Uruguay (que extiende esta protección a los familiares del testigo y también a los indagados y detenidos); artículo 39 APL México.

¹⁵³ Artículos 66.5 y 70.3 L Uruguay.

¹⁵⁴ Artículo 35.2 L Uruguay (que extiende esta protección a otras personas que corran peligro en virtud de las declaraciones de un testigo); artículo 21 PL Colombia.

¹⁵⁵ Cf. nota 19.

si el acto *podría* estar autorizado, si existiera una disposición legal que autorice su ejecución. El principio *nulla coactio sine lege* prohibiría la ejecución de una solicitud de cooperación que suponga un acto de injerencia o coerción si no existe previamente una autorización legal. Esto tiene importantes consecuencias para la implementación. Un Estado no tiene la obligación de implementar, anticipándose a posibles solicitudes de cooperación de la CPI, todas aquellas medidas que podrían no estar prohibidas, si existiere una autorización legal. Exigir un deber de implementación tan amplio significaría convertir al legislador nacional en una especie de *adivinator* de las eventuales y futuras medidas de cooperación que pudiera solicitar la CPI. El deber de implementación previsto en el artículo 88 ECPI se limita exclusivamente a las “formas de cooperación *especificadas*”.¹⁵⁶ Los actos de cooperación no especificados caen fuera del deber de implementación. De este modo, el artículo 93.1.l no establece ninguna obligación de implementación. Un Estado solo está obligado a cumplir las medidas de investigación que según su derecho interno está autorizado a realizar. “Asistencia no prohibida” alude, por lo tanto, a actos de cooperación “autorizados por el derecho vigente”. Es cierto que un Estado podría por propia voluntad implementar otras medidas o eliminar de plano la necesidad de una ley que autorice las medidas de coerción —como algunos efectivamente hicieron—; pero ello no es una exigencia del ECPI.

De este modo, según la normativa del ECPI, si la CPI solicita la realización de actos de asistencia o investigación diferentes de los previstos en las letras *a-k* del artículo 93.1 ECPI, el Estado requerido deberá cumplirlos solo si su derecho interno contiene ya disposiciones que los autoricen. Al Estado se le podría reprochar el incumplimiento del deber de cooperación si en el caso concreto no cumple con tales medidas, pudiendo hacerlo según su derecho interno, pero no la falta de implementación si su ordenamiento jurídico no las admite. Si el Estado requerido no puede cumplir la solicitud de cooperación, el ECPI solo le exige que considere si puede cumplirla de otra manera, bajo ciertas condiciones o en fecha posterior (artículo 93.5 ECPI). El artículo 93.1.l muestra, otra vez más, que el derecho procesal y específicamente el régimen de investigación de los delitos del sistema penal del ECPI podrán variar en gran medida según el Estado al cual se le solicita la medida de cooperación. Así, la utilización de medios de obtención probatoria como, por ejemplo, agentes encubiertos, intervención de comunicaciones telefónicas o micrófonos para captar la

¹⁵⁶ La cursiva me pertenece.

palabra, dependerá del derecho interno del Estado requerido al cual se le pide cooperación.¹⁵⁷

Los textos analizados no se refieren de manera particular a la disposición de la letra *l* del artículo 93.1 ECPI.¹⁵⁸ Solo el CPP de Perú reenvía a otros actos de cooperación no incluidos específicamente en el artículo 93 ECPI.¹⁵⁹ De todos modos, algunos de los textos analizados han incluido una cláusula por la cual obligan a la autoridad nacional a cumplir las obligaciones de cooperación aun en el caso de inexistencia de disposiciones legales.¹⁶⁰ Se trata de un reforzamiento del deber de cooperación por voluntad estatal y no de un deber de implementación.

2.16. Concurrencia de solicitudes de asistencia

En el caso de que concurran una solicitud de asistencia de la CPI y otra de otro Estado, el artículo 93.9.a ECPI establece que el Estado requerido deberá realizar consultas con la CPI y el Estado requirente. Estas consultas tendrán por finalidad atender ambas solicitudes, de ser necesario postergando o condicionando una de ellas. Si ello no fuera posible, se procederá de acuerdo con las pautas establecidas en el artículo 90 referidas a la concurrencia entre una solicitud de entrega y una de extradición. Solo algunos de los textos aquí analizados refieren a esta situación. Básicamente se sigue lo establecido en el ECPI: se prevé la realización de consultas¹⁶¹ y se remite subsidiariamente a los criterios para resolver la concurrencia entre una solicitud de entrega y una de extradición.¹⁶²

¹⁵⁷ Una cuestión problemática puede plantearse si la medida que exige la CPI está autorizada en el Estado requerido pero solo para cierto catálogo de delitos (por ejemplo, terrorismo). El principio *nulla coactio sine lege* también se opondría al empleo de la medida respecto de otros delitos, aunque estos se traten de crímenes de derecho internacional.

¹⁵⁸ Sí lo hacen, en general, al artículo 93.1 ECPI.

¹⁵⁹ Esta afirmación, sin embargo, debe mitigarse. Si bien el artículo 554.2 CPP extiende la cooperación (la norma dice "en cuanto no estén incluidos específicamente en dicha norma internacional", refiriéndose al artículo 93 ECPI) a los actos de cooperación del artículo 511.1.b-m referidos a la cooperación judicial internacional con otros Estados, las medidas contenidas en esta disposición coinciden ampliamente con las del artículo 93.1 ECPI.

¹⁶⁰ Cf. nota 19.

¹⁶¹ Artículo 562.4 CPP Perú; artículo 93.1 PL Bolivia; artículo 20 PL Colombia; artículo 120 APL Brasil.

¹⁶² Artículo 562.4 CPP Perú; artículo 93.1 PL Bolivia.

2.17. Obligación de confidencialidad de la información de la solicitud de cooperación

A fin de preservar la confidencialidad de la información, algunos de los textos aquí examinados disponen el secreto de las actuaciones en las cuales se documentan las solicitudes de cooperación;¹⁶³ en algunos casos se extienden a estas solicitudes las restricciones previstas en el derecho interno para impedir la divulgación de información confidencial relacionada con la seguridad nacional.¹⁶⁴

2.18. Actuación del fiscal ante la CPI y de la CPI en el territorio de un Estado

El fiscal ante la CPI podrá actuar directamente en el territorio de un Estado en dos situaciones. Por un lado, en virtud de una autorización específica de la Sala de Cuestiones Preliminares basada en que el Estado en cuestión no está en condiciones de cumplir la solicitud (artículos 54.2.*b* y 57.3.*d* ECPI). Por el otro, en los casos señalados en la parte IX del ECPI (artículos 54.2.*a* y 99.4 ECPI). Solo este último supuesto tiene relevancia para la cuestión de la implementación en materia de cooperación y, por ello, solo él será tratado a continuación. El artículo 99.4 ECPI autoriza al fiscal ante la CPI a ejecutar directamente la solicitud en el territorio del Estado requerido cuando ello sea posible sin necesidad de medidas coercitivas,¹⁶⁵ en los siguientes casos: a) si el Estado parte requerido fuere un Estado en cuyo territorio se hubiera cometido presuntamente el crimen, el fiscal podrá ejecutar directamente la solicitud tras celebrar todas las consultas posibles con dicho Estado, siempre que la CPI ya hubiere declarado admisible la causa (artículo 99.4.*a*); b) en los demás casos, el fiscal podrá ejecutar la solicitud tras celebrar consultas con el Estado parte requerido y con sujeción a cualquier condición u observación razonable que imponga o haga ese Estado parte. En caso de cualquier problema en la ejecución de la solicitud, el Estado celebrará consultas con la CPI para resolver la cuestión (artículo 99.4.*b*). Casi todos los textos aquí analizados contemplan esta posibilidad.¹⁶⁶ Algunos de ellos se

¹⁶³ Artículo 35.1 L Uruguay; artículo 564.1 CPP Perú; artículo 72 PL Bolivia; artículos 100 y 123 APL Brasil; artículo 8 APL México.

¹⁶⁴ Artículo 564.1 CPP Perú; artículo 123 APL Brasil.

¹⁶⁵ El artículo 99.4 ejemplifica con los siguientes supuestos: entrevista a una persona; recepción de pruebas de una persona voluntariamente, reconocimiento de un lugar u otro recinto que no entrañe un cambio en él.

¹⁶⁶ Artículo 69 L Uruguay; artículo 44 L Argentina; artículo 563.2 y 3 CPP Perú; artículo 189 PL Ecuador; artículo 85 PL Bolivia; artículo 122 APL Brasil. El APL México es confuso. Su artículo 33 establece que la Procuraduría "podrá, exista o no

remiten directamente al ECPI¹⁶⁷ o reproducen en amplia medida la normativa contenida en este.¹⁶⁸ El CPP de Perú y el proyecto de Bolivia regulan algunos aspectos ulteriores. Ambos establecen como condición que la ejecución no afecte derechos y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico interno¹⁶⁹ y prevén la participación del Ministerio Público nacional en el procedimiento de ejecución.¹⁷⁰ El proyecto boliviano permite la actuación directa del fiscal también en supuestos diferentes a los del artículo 99.4 ECPI.¹⁷¹

En cuanto a la actuación de la CPI en el territorio de un Estado, únicamente la ley uruguaya y el proyecto colombiano se refieren a ella. La primera autoriza “sin restricciones” a la CPI a sesionar o establecer una oficina especial en Uruguay cuando se trate de una investigación o de un enjuiciamiento de un crimen cometido en ese país o cuando se encuentren en él personas indagadas, testigos o víctimas de crímenes cometidos en otra jurisdicción.¹⁷² El segundo faculta al Ministerio del Interior y Justicia, previa consulta con el Ministerio de Relaciones Exteriores, a autorizar a la CPI a celebrar el juicio o realizar otras actuaciones procesales en Colombia.¹⁷³

2.19. Inmunidad de los funcionarios de la CPI y de la Fiscalía ante la CPI

El artículo 48 del ECPI establece, en su primer apartado, que la Corte gozará en el territorio de cada Estado parte de los privilegios e inmunidades que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones. En su apartado segundo dispone que los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos y el secretario gozarán, cuando actúen en el desempeño de sus funciones o en relación con ellas, de los mismos privilegios e inmunidades reconocidos a los jefes de las misiones diplomáticas y que, una vez expirado su mandato, seguirán gozando de absoluta inmunidad judicial por las declaraciones hechas oralmente o por escrito y los actos realizados en el desempeño de

solicitud previa, invitar” a la CPI (y no al fiscal) a participar en la ejecución de la solicitud, pero luego establece que deberá ser tenido en consideración el artículo 99 ECPI (en rigor, debería haber mencionado el apartado 4 de esta disposición) que regula la actuación del fiscal.

¹⁶⁷ Artículo 69 L Uruguay; artículo 44 L Argentina; artículo 189 PL Ecuador.

¹⁶⁸ Así esencialmente el artículo 122 APL Brasil.

¹⁶⁹ Artículo 563.3 CPP Perú; artículo 85.3 PL Bolivia.

¹⁷⁰ Artículo 563.3 CPP Perú; artículo 85.2 PL Bolivia (el cual establece que la investigación en suelo boliviano “estará a cargo de un fiscal nacional y sometida al control de los jueces del Estado”).

¹⁷¹ Artículo 85.1 PL Bolivia.

¹⁷² Artículo 36 L Uruguay.

¹⁷³ Artículo 25 PL Colombia.

sus funciones oficiales. El apartado tercero de esta disposición establece que el secretario adjunto, el personal de la Fiscalía y el personal de la Secretaría gozarán de los privilegios e inmunidades y de las facilidades necesarias para el cumplimiento de sus funciones fijados en el acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte. La implementación de este aspecto es un elemento esencial para facilitar la cooperación con el sistema judicial internacional. De los textos analizados, solo la ley uruguaya y el proyecto ecuatoriano se refieren a esta cuestión. La primera concede inmunidad y privilegios al “personal de la Corte Penal Internacional” remitiéndose al artículo 48 ECPI;¹⁷⁴ el segundo, más ampliamente, otorga tal inmunidad y privilegios además de a los magistrados de la CPI, al fiscal, al fiscal adjunto, al secretario, al secretario adjunto y al personal de la Secretaría y de la Fiscalía, remitiéndose no solo a la norma del ECPI ya citada, sino también al Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades.¹⁷⁵ Aunque solo estos dos textos contemplan este asunto, la mayoría de los Estados de América Latina que forman parte de esta investigación han suscrito¹⁷⁶ el Acuerdo sobre Privilegio e Inmunidades de la CPI y muchos de ellos ya lo han ratificado.¹⁷⁷

2.20. Problemas en el cumplimiento de solicitudes de cooperación

El cumplimiento de una solicitud de cooperación puede verse *dificultado*, *aplazado* o incluso *impedido* por diversas razones. En lo siguiente se expondrán los principales supuestos problemáticos y la normativa que, al respecto, han adoptado o proyectan adoptar los Estados latinoamericanos.

2.20.1. Afectación de los intereses de seguridad nacional

En el caso de que el cumplimiento de una solicitud de asistencia implicare la presentación de documentos o la divulgación de pruebas que pudieran afectar la seguridad nacional del Estado requerido, ese Estado podrá rechazar la solicitud. Las razones concretas de esta decisión deberán ser notificadas al fiscal ante la CPI o a la

¹⁷⁴ Artículo 37 L Uruguay.

¹⁷⁵ Artículos 113 y 114 PL Ecuador.

¹⁷⁶ Así, Bolivia (23.3.2004); Ecuador (26.9.2004); Paraguay (11.2.2004); Uruguay (30.6.2004); Argentina (7.10.2002); Brasil (17.5.2004); Colombia (18.12.2003); Perú (10.11.2002); Costa Rica (16.9.2002) y Venezuela (16.7.2003). Cf. http://www.iccnw.org/documents/CICC_APIclist_current.pdf.

¹⁷⁷ Así, Bolivia (20.1.2006); Ecuador (19.4.2006); Paraguay (19.5.2005); Uruguay (30.11.2006). Cf. http://www.iccnw.org/documents/CICC_APIclist_current.pdf. Por otra parte, el Congreso de la Nación de Argentina ha aprobado este acuerdo el 6 de diciembre de 2006 (ley 26.193), por lo cual se espera próximamente el depósito del instrumento de ratificación.

CPI, a menos que la indicación concreta de esas razones perjudicara los intereses de seguridad nacional del Estado. Sin embargo, antes de rechazar la solicitud, el Estado requerido deberá adoptar “todas las medidas razonables para resolver la cuestión por medio de la cooperación”; en particular, deberá considerar si las pruebas o la información pueden obtenerse de una fuente distinta o en una forma diferente, o también si es posible cumplir la solicitud con modificaciones o bajo condiciones (artículos 72 y 93.4 ECPI). Casi todos los textos aquí analizados contemplan como causal de rechazo de una solicitud de asistencia la afectación de los intereses de seguridad nacional¹⁷⁸ y, siguiendo al ECPI, procuran cumplir la medida de otra forma o bajo condiciones.¹⁷⁹ La autoridad competente para decidir si el cumplimiento de la medida de asistencia afecta la seguridad nacional es en general la misma que debe resolver sobre la medida de que se trate. De este modo, esta decisión recae, según el caso, sobre la autoridad judicial o el Ministerio Público Fiscal;¹⁸⁰ con todo, en algunos casos se prevé también la intervención del Poder Ejecutivo.¹⁸¹ Un modelo diferente sigue el anteproyecto de ley de México que confía esta decisión al Consejo de Seguridad Nacional, órgano político especialmente competente en temas de defensa nacional.¹⁸² En caso de que se niegue la asistencia, la decisión deberá ser comunicada a la CPI.¹⁸³

¹⁷⁸ Artículos 45, 40.c.1, 41.3, 42.8 y 43.1 L Uruguay; artículo 556.3 CPP Perú; artículos 42 y 43 L Argentina; artículo 70 PL Bolivia (que emplea el término “seguridad democrática”); artículo 188 PL Ecuador; artículos 14.1.a y 46 APL México; artículo 102 APL Brasil. El artículo 20 PL de Colombia tan solo nombra a la “seguridad nacional” sin regular ningún aspecto. El párrafo que se transcribe a continuación —de pésima técnica legislativa— pone claramente a la luz que las consultas que la norma establece se refieren únicamente al otro supuesto allí tratado, esto es, al caso de que a Colombia se le requiera información confidencial de terceros Estados o de organizaciones internacionales que estén en su posesión; la norma prescribe que se establezcan consultas con el Estado u organización de que proceda la información o documentación. La parte correspondiente de la norma citada establece: “Cuando la solicitud de la Corte Penal Internacional pudiera afectar a la defensa o a la seguridad nacionales o tenga por objeto documentos o informaciones que hubieren sido transmitidos a Colombia con carácter confidencial por un Estado, una organización internacional o una organización intergubernamental, el Ministerio de Relaciones Exteriores, en coordinación con el Ministerio del Interior y Justicia, efectuará consultas con el Estado u organización de que proceda la información o documentación, informándose a la Corte Penal Internacional del resultado de tales consultas”.

¹⁷⁹ Artículos 45 L Uruguay; artículo 556.3 en conexión con artículo 556.2 CPP Perú; artículo 70 PL Bolivia; artículo 188 PL Ecuador (por remisión expresa al artículo 72 ECPI); artículo 46 APL México; artículo 102 APL Brasil. La ley de Argentina no se refiere a este aspecto expresamente, pues remite únicamente al artículo 93.4 y no al artículo 72 ECPI.

¹⁸⁰ Artículos 40.c.1, 45 y 41.3 L Uruguay; artículo 70 PL Bolivia; artículo 102 APL Brasil. El CPP de Perú no es claro acerca de si la decisión corresponde exclusivamente a la autoridad judicial (así parece deducirse del artículo 556.3 última parte) o a esta o el Ministerio Público Fiscal según la medida en cuestión (así parece concluirse del artículo 556.3, primera parte, en cuanto reenvía al artículo 556.1 y 2). La ley de Argentina y el proyecto de Ecuador no se refieren específicamente a este punto, lo cual deja suponer que la decisión corresponde a la misma autoridad competente para decidir sobre la solicitud de asistencia.

¹⁸¹ El artículo 41.3 L Uruguay dispone que la Corte Suprema podrá examinar si la solicitud de asistencia afecta la seguridad nacional solo en el caso de que exista una solicitud previa y expresa del Poder Ejecutivo en tal sentido. El artículo 556.3 CPP Perú establece para el caso aquí analizado la intervención de “los ministerios u órganos del Estado involucrados”.

¹⁸² Artículo 46 APL México.

¹⁸³ Artículo 45 L Uruguay; artículo 556.3 CPP Perú; artículo 43 L Argentina; artículo 70 PL Bolivia (salvo si ello pudiera poner en peligro la seguridad nacional); artículo 102 APL Brasil; 46.3 APL México.

Una regulación particular en cuanto al tema aquí tratado contiene el proyecto de Bolivia que define qué ha de entenderse por “seguridad democrática”.¹⁸⁴

2.20.2. Asistencia prohibida por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general

Si la medida de asistencia estuviere prohibida por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general, el Estado requerido podrá denegar la cooperación. Sin embargo, antes de ello, el Estado deberá establecer consultas con la CPI con el fin de considerar si es posible prestar la asistencia de otra manera o con sujeción a condiciones (artículo 93.3 ECPI). Los textos analizados contemplan en general este supuesto, siguiendo esencialmente lo dispuesto por el ECPI.¹⁸⁵

2.20.3. Revelación de información confidencial de terceros Estados u organizaciones internacionales

Si la solicitud de asistencia exigiere la revelación de información o documentos que estuvieren bajo custodia, posesión o control del Estado requerido en virtud de haberle sido proporcionados de manera confidencial por otro Estado, organización intergubernamental o internacional, dicho Estado podrá rechazar la medida de asistencia si el titular de la información o documento, luego de ser instado por la CPI, no diere el consentimiento para su divulgación (artículos 73 y 93.9.b ECPI). Varios de los textos aquí analizados contemplan este supuesto.¹⁸⁶ Algunos de ellos encomiendan a la propia autoridad nacional la obtención del consentimiento para divulgar la información de parte del Estado u organización a la cual ella pertenece.¹⁸⁷ La ley

¹⁸⁴ Artículo 70.2 PL Bolivia: “Se entiende por ‘seguridad democrática’ la eliminación de riesgos y amenazas físicas y el otorgamiento de garantías para una vida digna y en paz de toda persona que se encuentre en territorio boliviano”. El artículo 42 L Argentina encomienda al Congreso nacional la definición de este concepto.

¹⁸⁵ Artículos 46, 40.c.2, L Uruguay; artículo 556.1 y 2 CPP Perú; artículo 41 L Argentina; artículo 68.1 y 2 PL Bolivia; artículo 186 PL Ecuador; artículo 101 APL Brasil. En algunos de estos casos no se establece explícitamente que la consecuencia de la lesión de un principio fundamental de derecho es el incumplimiento de la solicitud, aunque esto ya surge del ECPI. El artículo 20 PL Colombia hace una mención muy vaga a este punto en su primer párrafo: “dará cumplimiento a las solicitudes de cooperación [...] que no estuvieren prohibidas en la legislación colombiana”. El APL de México no regula esta cuestión.

¹⁸⁶ Artículos 64, 45.5 y 40.c.4 L Uruguay; artículo 42 L Argentina; artículo 91 PL Bolivia; artículo 20 PL Colombia; artículo 47 APL México. El artículo 42 de la ley de Argentina establece únicamente que, ante un problema de este tipo, la autoridad nacional debe informar a la CPI.

¹⁸⁷ Artículos 64 y 45.5 L Uruguay; artículo 20 PL Colombia; artículo 47 APL México.

uruguaya, por otra parte, proporciona una definición, siguiendo un criterio estrictamente formal, de documentación o información confidencial.¹⁸⁸

2.20.4. Ausencia en el derecho interno de disposiciones legales que permitan el cumplimiento de una medida de asistencia de las referidas en el artículo 93.1. ECPI

En el caso de que el Estado requerido no posea en su derecho interno disposiciones legales que permitan el cumplimiento de una medida de asistencia de aquellas referidas en el artículo 93.1./ ECPI (“cualquier otro tipo de asistencia no prohibida”), también puede rechazarse la solicitud de cooperación. Con todo, también en este supuesto el Estado requerido, antes de denegar la solicitud, deberá considerar si es posible prestar la asistencia de otra manera, bajo ciertas condiciones o en fecha posterior (artículo 93.5 ECPI). Los textos analizados no se refieren a este supuesto de manera expresa.

2.20.5. Actuación incompatible con obligaciones del derecho internacional referidas a la inmunidad de un Estado, la inmunidad diplomática de una persona o de un bien de un tercer Estado

En el caso de que el cumplimiento de una solicitud de entrega o de asistencia significase para el Estado requerido actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado, la inmunidad diplomática de una persona o de un bien de un tercer Estado, podrá denegarse el cumplimiento de la solicitud, salvo si la CPI ha obtenido con anterioridad la cooperación del tercer Estado para la renuncia a la inmunidad (artículo 98.1 ECPI). Solo algunos de los textos analizados se refieren expresamente a este supuesto.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Artículo 64.1 L Uruguay: “Se entenderá confidencial todo documento o información que hubiese sido calificado expresamente como tal por su autor al momento de entregarlo”.

¹⁸⁹ Artículo 46.1 L Uruguay; artículo 14.1.b APL México.

2.20.6. Actuación incompatible con obligaciones derivadas de un acuerdo internacional por el cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la CPI a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado

Si el cumplimiento de una solicitud de entrega significase para el Estado requerido actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional por el cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la CPI a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, podrá negarse el cumplimiento del acto de cooperación, salvo si anteriormente la CPI hubiera obtenido del Estado que envíe su consentimiento a la entrega (artículo 98.2 ECPI). Ninguno de los textos analizados se ocupa explícitamente de esta cuestión.¹⁹⁰

2.20.7. Concurrencia entre una solicitud de entrega de la CPI y una solicitud de extradición de un tercer Estado

En caso de concurrencia entre una solicitud de entrega de la CPI y una solicitud de extradición de un tercer Estado deben seguirse, como hemos visto, los criterios del artículo 90 ECPI. Si bien en principio el ECPI adopta una solución favorable a la entrega a la CPI, en ciertos casos la solución del problema puede resolverse a favor de la solicitud de extradición, con el consiguiente rechazo de la solicitud de la CPI. Este supuesto ya ha sido analizado anteriormente y a ello se remite.¹⁹¹

2.20.8. Declaración de inadmisibilidad de la causa de la CPI

En el caso de que la CPI haya declarado la inadmisibilidad de la causa, el Estado requerido puede rechazar la solicitud de entrega o de asistencia. Si bien este supuesto no se encuentra previsto expresamente en el ECPI, es una consecuencia obvia de varias de sus disposiciones (por ejemplo, del artículo 95 y del artículo 89.2). El anteproyecto de ley de México regula este supuesto explícitamente.¹⁹²

¹⁹⁰ Al respecto, es preciso mencionar que algunos Estados de América Latina han firmado un acuerdo bilateral de inmunidad con los Estados Unidos. Entre ellos se encuentra Bolivia, que ha firmado un acuerdo de este tipo en el 2003 y lo ha ratificado en el 2005.

¹⁹¹ Cf. el punto 2.7

¹⁹² Artículo 14.1.c APL México.

2.20.9. Afectación de una investigación o enjuiciamiento en curso de un hecho distinto por la ejecución inmediata de una solicitud de asistencia

Cuando la ejecución inmediata de una solicitud de asistencia interfiriere una investigación o enjuiciamiento en curso respecto de un asunto distinto de aquel a que se refiera la solicitud, el Estado requerido podrá aplazar la ejecución de la solicitud por el tiempo estrictamente necesario para la conclusión de la investigación o el enjuiciamiento. Antes de tomar esta decisión, el Estado requerido deberá considerar si es posible prestar la asistencia inmediatamente con sujeción a ciertas condiciones (artículo 94 ECPI). Varios de los textos aquí analizados contemplan esta situación y siguen en general las prescripciones del ECPI.¹⁹³

2.20.10. Pendencia de una impugnación de la admisibilidad de la causa en la CPI

Si la CPI está examinando una impugnación de la admisibilidad de la causa de conformidad con los artículos 18 o 19 ECPI, el Estado requerido podrá aplazar la ejecución de la solicitud de entrega o de asistencia hasta la decisión de la impugnación. El aplazamiento no tendrá lugar, sin embargo, si la CPI hubiera resuelto expresamente que el fiscal podrá continuar recogiendo pruebas conforme a lo previsto en los artículos 18 o 19 (artículo 95 ECPI). Solo unos pocos de los textos analizados se refieren expresamente a este supuesto.¹⁹⁴

2.20.11. Pendencia de la decisión sobre la admisibilidad de la causa en la CPI en caso de oposición ante el Estado requerido de una excepción de cosa juzgada o litispendencia

En caso de que se oponga una excepción de cosa juzgada o litispendencia, el Estado requerido podrá aplazar la ejecución de la solicitud de entrega, mientras esté

¹⁹³ Artículos 47 y 40.c.3 L Uruguay; artículo 562.6 CPP Perú; artículo 71 PL Bolivia; artículo 187 PL Ecuador; artículo 13.a APL México. La ley de Argentina y el PL de Colombia no se refieren a esta situación.

¹⁹⁴ Así, el artículo 13.b APL México y también, aunque de manera poco detallada, el artículo 562.5 CPP Perú y el art 187 PL Ecuador.

pendiente la decisión de la CPI sobre la admisibilidad de la causa (artículo 89.2 ECPI). Este supuesto ya ha sido analizado anteriormente y a ello se remite.¹⁹⁵

2.20.12. Concurrencia de solicitudes de asistencia

En el caso de concurrencia entre una solicitud de asistencia de la CPI y otra de un Estado fundada en una obligación internacional, el ECPI procura que el Estado requerido atienda ambas solicitudes. Para ello prevé la realización de consultas entre el Estado requerido, la CPI y el otro Estado con el fin de analizar la posibilidad de aplazar o condicionar una de las solicitudes (artículo 93.9 ECPI). También este supuesto ha sido analizado separadamente y a ello se remite.¹⁹⁶

2.20.13. Otros supuestos problemáticos: consultas

Los supuestos recién mencionados no son los únicos que pueden ocasionar problemas en el cumplimiento de una solicitud de cooperación, pero sí los principales. Más allá de estos supuestos, el artículo 97 ECPI establece de manera general que siempre que una solicitud de cooperación de las mencionadas en la parte IX cause problemas susceptibles de obstaculizar o impedir su cumplimiento, el Estado requerido debe celebrar consultas con la CPI. La norma citada menciona, a mero título de ejemplo, tres casos: que la información fuese insuficiente para cumplir la solicitud (letra *a*); que la persona, cuya entrega se solicita, no pudiera ser localizada o no sea la indicada en la solicitud (letra *b*), y que el cumplimiento de la solicitud en su forma actual obligare al Estado requerido a no cumplir una obligación preexistente en virtud de un tratado con otro Estado (letra *c*). Este deber general de establecer consultas ha sido previsto solo por algunos de los textos aquí analizados.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Cf. el punto 2.6.

¹⁹⁶ Cf. el punto 2.16.

¹⁹⁷ Artículo 133, último párrafo, PL Ecuador; artículo 20 PL Colombia; artículos 11 y 12 APL México y, en cierta medida, también los artículos 68.2 y 3 y 69.2 PL Bolivia. El artículo 562.5 CPP Perú y el artículo 121 APL Brasil copian casi literalmente el artículo 97 ECPI, pero con una salvedad tan importante que desnaturaliza el verdadero significado de esta última norma. En lugar de prever un deber general de consulta en caso de que la solicitud de cooperación cause problemas y considerar a los supuestos de las letras *a*, *b* y *c* del artículo 97 como meros ejemplos, establecen que la consulta solo tendrá lugar en tales casos. En efecto, mientras el artículo 97 ECPI establece que los problemas podrían ser “entre otros” los señalados expresamente en esa disposición, los artículos 562.5 CPP Perú y 121 APL Brasil determinan que la consulta ocurrirá “en los siguientes casos”. Las leyes de implementación uruguaya y argentina tampoco contemplan un deber general de consultas.

2.21. Solicitudes de cooperación a la CPI

El artículo 93.10 del ECPI establece que la CPI podrá cooperar y prestarle asistencia a un Estado parte que esté investigando o juzgando una conducta que constituya un crimen de competencia de la CPI o constituya un crimen grave de acuerdo con el derecho de ese Estado. Desde el punto de vista del Estado se trata de un caso de cooperación activa. Algunos de los textos comentados mencionan expresamente este caso de cooperación y se remiten básicamente al ECPI.¹⁹⁸

3. Implementación referida a la cooperación estatal para posibilitar la ejecución de las decisiones de la CPI

El ECPI se apoya en los Estados partes también para la ejecución de las decisiones de la CPI, proporcionando diferentes criterios según se trate de la ejecución de una pena privativa de la libertad o de la de una multa, orden de decomiso o sentencia de reparación.

3.1. Ejecución de una pena privativa de la libertad

Respecto de la pena privativa de la libertad, el ECPI establece que ella se cumplirá en el Estado que haya sido designado por la Corte sobre una lista de Estados que hayan manifestado su disposición a recibir condenados y que además haya aceptado tal designación en el caso concreto (artículo 103.1 letras *a* y *c* ECPI). Por consiguiente, el ECPI no establece una obligación de recibir condenados y tampoco una obligación de implementación en este sentido. La decisión de ofrecer el sistema penitenciario para dar cumplimiento a las condenas a pena privativa de la libertad impuestas por la CPI está en el ámbito de la libre voluntad de cada Estado y la negativa no acarrea consecuencia alguna. En caso de que ningún Estado se ofreciere como Estado de ejecución (artículo 103.1.a ECPI; regla 200 RPP) o aceptase, en el caso concreto, la designación de la CPI (artículo

¹⁹⁸ Artículo 34 L Uruguay; artículo 87 PL Bolivia; artículo 3 PL Colombia; artículo 48 APL México. Los dos últimos textos indican cuál es la autoridad interna encargada de remitir las solicitudes: en el primer caso, el Ministro del Interior y Justicia; en el segundo, la Secretaría de Relaciones Exteriores.

103.1.c ECPI), la pena privativa de libertad se cumplirá en el establecimiento penitenciario designado por el Estado anfitrión, esto es, los Países Bajos (artículo 103.4 ECPI). Por lo tanto, solo para ese Estado existe la obligación de recibir condenados “de conformidad con las condiciones estipuladas en el acuerdo relativo a la sede” (artículos 103.4 y 3.2 ECPI) en el supuesto de que ningún otro Estado haya sido designado o haya aceptado la designación en el caso particular.

La implementación en este ámbito es facultativa y solo los Estados que están dispuestos a recibir condenados estarán interesados en llevarla a cabo. Previendo la posibilidad de una futura recepción de condenados, las leyes de implementación de Uruguay, Argentina y Perú y los proyectos o anteproyectos de ley de implementación de los demás países de la región que integran esta investigación han incluido ciertas normas al respecto.¹⁹⁹ En lo que sigue serán mencionados los principales aspectos que debe contener una ley de implementación y las soluciones que han sido dadas o proyectadas en estos países.

Lo primero que un Estado debe decidir es si está dispuesto a recibir condenados y en su caso bajo qué condiciones. En general, la *decisión del Estado de recibir condenados* no se encuentra expresada en el texto legal. Por ello, la mayor parte de los textos bajo estudio se limitan a reiterar lo dispuesto por el artículo 103.1 ECPI que otorga a los Estados la *facultad* de decidir si desean recibir condenados²⁰⁰ y a indicar, con mayor o menor precisión según el caso, el órgano competente para tomar eventualmente esa decisión.²⁰¹ La ley uruguaya y el proyecto boliviano han seguido un camino diferente, pues en ellos mismos se encuentra la *aceptación* del Estado a recibir condenados.²⁰² En el proyecto boliviano la aceptación está sujeta, sin embargo, al

¹⁹⁹ Cf. artículos 565 y 566 CPP Perú; artículos 47 y 48 L Argentina; artículos 71 y 72 L Uruguay; artículo 22 PL Colombia; artículo 95 PL Bolivia; artículos 190 y siguientes PL Ecuador; artículo 41 APL México; artículos 125 y siguientes APL Brasil.

²⁰⁰ Cf. artículo 565 CPP Perú; artículo 47 L Argentina; artículo 190 PL Ecuador; artículo 22 PL Colombia; artículo 126 APL Brasil; artículo 41 APL México.

²⁰¹ El CPP Perú se refiere de manera general al “Estado peruano”, pero indica, además, que para la procedencia de la decisión será necesario un “informe favorable de la Fiscalía de la Nación y resolución suprema del Sector Justicia con aprobación del Consejo de Ministros” (artículo 565.1 CPP). La ley de Argentina encomienda esta decisión al Poder Ejecutivo (artículo 47.1). El PL de Colombia encarga la decisión al “Ministerio del Interior y Justicia” (artículo 22). El APL de México de manera algo confusa declara que la Secretaría de Relaciones Exteriores “podrá manifestar el acuerdo del Estado mexicano para recibir sentenciados por la Corte” (artículo 41.1), pero luego establece que “para ejercer esta facultad, las autoridades competentes comunicarán su aceptación a la Secretaría” (artículo 41.2), con lo cual parece ser que son estas “autoridades competentes” no mayormente definidas las que deberán decidir sobre la aceptación de recibir condenados, y comunicarán luego esta decisión a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que esta, a su vez, la comunique a la CPI. El PL de Ecuador alude genéricamente al “Estado ecuatoriano” (artículo 190 PL). El APL de Brasil no establece esta cuestión, por lo cual ella deberá ser establecida eventualmente por el acuerdo especial entre Brasil y la CPI al que alude el artículo 126 APL.

²⁰² Cf. el artículo 71 L Uruguay (“El Estado uruguayo *acepta*, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103, párrafo 1, literal a del Estatuto de Roma, tomar a su cargo la ejecución de una pena definitiva de privación de libertad de una persona

cumplimiento de una condición general previa referida a su sistema y praxis jurídica. En un acto de sincera autoconciencia acerca de la incapacidad fáctica y jurídica del sistema penitenciario de ese país, el artículo 95 PL dispone:

El Estado boliviano formará parte de la lista de Estados de ejecución de sentencias de la Corte Penal Internacional cuando se considere, sería y responsablemente, que se dan las condiciones internamente para contar con un régimen penitenciario que responda a los estándares internacionales, tanto jurídico como fácticos.

De este modo, el proyecto de Bolivia, aunque manifieste de manera general su consentimiento a recibir condenados (*“formará parte”*), supedita la aceptación a la mejora de las condiciones penitenciarias del país. El proyecto no establece, por otra parte, cuál será la autoridad nacional competente para decidir en el futuro sobre el cumplimiento de esta condición general previa. La ley de implementación uruguaya también sujeta la aceptación a condiciones —aunque de índoles muy diferentes a la boliviana— que serán comentadas más adelante. En todo caso, para que la aceptación legal de recibir condenados establecida por ambos proyectos pueda surtir efectos es necesario, además del cumplimiento de las condiciones, que la autoridad nacional competente comunique a la CPI la voluntad del Estado de recibir condenados, esto es, que el Estado integre de hecho la lista a la que hace mención el artículo 103.1.a ECPI y la regla 200.1 RPP. La mera consagración legal de la voluntad de recibir condenados no alcanza para que el Estado pueda recibir de hecho condenados por la CPI. Consciente de ello, la ley uruguaya ha obligado al Poder Ejecutivo de ese país a comunicar a la CPI, dentro de los diez días de la entrada en vigencia de la ley, la aceptación de ese Estado de ejecutar penas privativas de la libertad impuestas por ese tribunal internacional.²⁰³

En el momento de declarar si están dispuestos a recibir condenados, los Estados podrán establecer *condiciones* (artículo 103.1.b ECPI). Al respecto, se plantea ante todo la cuestión de si estas condiciones han de ser establecidas por la misma ley de implementación o por la autoridad encargada de decidir si el Estado acepta recibir condenados (si esta es diferente de la autoridad legislativa). Algunos de los textos

condenada por la Corte Penal Internacional [...]” y el artículo 95 PL Bolivia (“El Estado boliviano *formará parte* de la lista de Estados de ejecución de sentencias de la Corte Penal Internacional [...]”) (la cursiva me pertenece).

²⁰³ Artículo 76 L Uruguay.

analizados han establecido ciertas condiciones. La ley de implementación de Uruguay establece que ese país acepta únicamente recibir condenados de nacionalidad uruguaya (criterio de la nacionalidad) y a una pena que no exceda el máximo previsto por el orden jurídico nacional (criterio de la pena máxima interna).²⁰⁴ El proyecto boliviano condiciona la recepción de condenados únicamente a que la pena impuesta no supere la pena máxima del ordenamiento interno.²⁰⁵ La condición general previa antes comentada no establece en realidad una condición en el sentido aquí referido: ella no establece una limitación de los casos en los que Bolivia está dispuesta a recibir condenados por la CPI, sino una autolimitación a proponerse *ab initio* como Estado de ejecución. Por su parte, el CPP de Perú establece como condición solamente el criterio de la nacionalidad.²⁰⁶ Los demás textos en estudio no establecen ninguna condición y dejan que esta decisión sea tomada por la autoridad encargada de decidir sobre la aceptación de recibir condenados.²⁰⁷

Los Estados, además de declarar que están dispuestos a recibir condenados y de establecer las condiciones que consideren necesarias, deberán indicar a la CPI en el caso concreto y “sin demora” si aceptan la designación hecha por la CPI (artículo 103.1.c ECPI). En general, los textos analizados no han tratado profundamente esta cuestión o bien no han diferenciado suficientemente el supuesto de la aceptación a integrar la lista de Estados dispuestos a recibir condenados según el artículo 103.1.a ECPI de aquel de la *aceptación en concreto frente a una designación efectiva de la CPI* según el artículo 103.1.c ECPI. Solo la ley argentina ha diferenciado claramente ambas cuestiones y ha también designado al Poder Ejecutivo como autoridad competente para decidir la aceptación en concreto.²⁰⁸

En cuanto a la ejecución de la pena, el principio cardinal está contenido en el artículo 105.1 ECPI: “con sujeción a las condiciones que haya establecido un Estado de conformidad con el párrafo 1.b del artículo 103, *la pena tendrá carácter obligatorio para los Estados partes, los cuales no podrán modificarla en caso alguno*”.²⁰⁹ Con esto se

²⁰⁴ Artículo 71 L Uruguay.

²⁰⁵ Artículo 95 *in fine* PL Bolivia.

²⁰⁶ Artículo 565 CPP Perú.

²⁰⁷ Artículo 47, primer párrafo, L Argentina; artículo 22 PL Colombia; artículo 190 PL Ecuador; artículo 41 APL México. El artículo 126 APL Brasil sujeta la ejecución de la pena en el territorio de ese país a la celebración de un acuerdo con la CPI, por lo cual las eventuales condiciones podrían ser establecidas en él.

²⁰⁸ Artículo 47, segundo párrafo, L Argentina, el cual, por otra parte, establece siguiendo al ECPI que esta aceptación se realizará “sin demora”.

²⁰⁹ La cursiva me pertenece.

sienta el principio de que toda decisión concerniente a la pena, tal como una solicitud de apelación o de revisión (artículo 105.2, primera oración, ECPI) o a una reducción de pena (artículo 110 ECPI) corresponde exclusivamente a la CPI. El Estado que desea ser Estado de ejecución deberá prever en su legislación interna los mecanismos adecuados para que el condenado pueda presentar un recurso de apelación o revisión (artículo 105.2, segunda oración, ECPI)²¹⁰ y para hacer efectiva la audiencia finalizada a escuchar al recluso en el trámite de la reducción de pena (artículo 110.2 ECPI). Solo algunos de los textos en estudio se refieren a este aspecto, limitándose en general a reproducir las normas del ECPI en cuanto a que el Estado de ejecución no podrá modificar las penas impuestas por la CPI y que toda cuestión sobre reducción de pena o recursos es competencia exclusiva de la CPI.²¹¹ Algunos textos también proporcionan ciertas indicaciones acerca del trámite interno a seguir en estas cuestiones.²¹²

En cuanto concierne estrictamente a las condiciones de reclusión o, lo que es lo mismo, al *régimen penitenciario* en sentido estricto, el principio rector lo proporciona el artículo 106.2 ECPI:

Las condiciones de reclusión se regirán por la legislación del Estado de ejecución y se ajustarán a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos; en todo caso, no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución.

²¹⁰ La contradicción entre la regla 202 RPP que establece que “la Corte no entregará al condenado al Estado de ejecución designado a menos que la sentencia condenatoria y la decisión relativa a la pena hayan cobrado carácter definitivo” (esto es, luego de haber resuelto un recurso de apelación o de agotado el plazo de su interposición) y el artículo 105.2 ECPI que establece que “el Estado de ejecución no pondrá obstáculos para que el condenado presente una solicitud” de apelación (lo que supone una entrega anterior a la sentencia definitiva, es decir, cuando aún es posible un recurso de apelación) ha de decidirse en favor de este último en virtud de los artículos 51.4 y 51.5 del ECPI.

²¹¹ Cf. artículo 566.2 CPP Perú (también establece la competencia exclusiva de la CPI para resolver solicitudes de unificación de pena, beneficios carcelarios, traslado de prisioneros e incidentes de ejecución); artículo 127 APL Brasil (también establece la competencia exclusiva de la CPI para resolver solicitudes de unificación de penas, progresión en el régimen penitenciario, libertad condicional, transferencia del prisionero a otro país y otros incidentes de ejecución); artículo 41.3.a y b APL México.

²¹² Así, el CPP Perú dispone que los pedidos deberán remitirse a la Fiscalía, la cual los transmitirá “de inmediato” a la CPI (artículo 566.2 CPP). El APL Brasil establece que las solicitudes deberán dirigirse a la Corte Suprema que las transmitirá a la CPI (artículo 127). El APL México dispone que las cuestiones atinentes a recursos o reducción de pena deberán ser transmitidas “inmediatamente” a la CPI por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores (artículo 41.3.b). El PL Colombia con una fórmula extremadamente amplia deja en manos del Ministerio del Interior y Justicia la decisión, en caso de que “se celebre una vista en la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional acerca de una posible reducción de la pena de quien estuviere cumpliendo condena en Colombia”, sobre la “conveniencia de la intervención procesal y los términos en que deba producirse” (artículo 22).

El ECPI renuncia a establecer normas concretas para dictar o unificar el régimen penitenciario de las personas condenadas por la CPI. El principio básico, enunciado en la primera parte de la norma citada, es que el régimen de ejecución se regirá por las disposiciones legales del Estado de ejecución, con lo cual el sistema de administración de justicia diseñado por el ECPI contendrá tantos regímenes penitenciarios como Estados de ejecución.²¹³ Sin embargo, estos regímenes no podrían ser muy discordantes entre sí, al menos en cuanto concierne a las cuestiones esenciales, dado que ellos deberán ajustarse a las normas internacionales sobre el tratamiento de los reclusos.²¹⁴ El respeto de estos estándares internacionales por el sistema penitenciario del Estado que pretende ser Estado de ejecución es una de aquellas condiciones —si bien no la única— a tener en cuenta para la selección del Estado de ejecución (artículo 103.3.b ECPI). La última parte del artículo 106.2 permite que la ejecución de la pena de condenados por la CPI en el Estado de ejecución se rija por normas diferentes a las de la ley de ejecución de dicho Estado (“en todo caso [...]”); sin embargo, aun si esto ocurre, tales normas deberán ser equiparables a las que existen en el ordenamiento interno del Estado de ejecución para delitos similares. Tales normas podrían

²¹³ Los efectos de este sistema sobre el principio de legalidad de la pena en la fase de ejecución (legalidad ejecutiva) y sobre la igualdad de tratamiento de las personas condenadas por la CPI no pueden ser estudiados con la profundidad que merecen en este trabajo. Sin embargo, es preciso realizar unas breves consideraciones destinadas a poner en evidencia el problema. Es claro que una pena no es solo una cantidad de años impuesta en una sentencia de condena. Lo que son treinta años en la sentencia no siempre lo serán al final y esos treinta años pueden transcurrir, además, de maneras muy diversas. Durante la ejecución, la pena puede sufrir alteraciones cuantitativas y cualitativas. En el sistema del ECPI las alteraciones cuantitativas están reservadas en principio exclusivamente a la CPI (por ejemplo, la reducción de pena del artículo 110 ECPI). Con todo, el artículo 103.2.a da cuenta de la posibilidad de que durante la ejecución puedan aparecer circunstancias, sean estas o no producto del cumplimiento de condiciones aceptadas por la CPI, capaces de “afectar materialmente a las condiciones o la duración de la privación de libertad”. Las alteraciones cualitativas dependerán, en cambio, del concreto régimen de ejecución del Estado de ejecución. La norma recién citada alude también a ellas cuando se refiere a “circunstancias [...] que pudieren afectar materialmente a las condiciones [...] de la privación de libertad” y lo mismo hace la regla 211.2 RPP que prevé la posibilidad de que el condenado se acoja a un “beneficio carcelario existente en el derecho interno del Estado de ejecución que pueda entrañar cierto grado de actividad fuera del establecimiento carcelario”. En consecuencia, el régimen penitenciario puede incidir en gran medida desde el punto de vista cualitativo en la pena a cumplir. Piénsese solamente en un sistema que permita, cumplidas ciertas condiciones (porcentaje de pena, años de condena, edad, buena conducta, etcétera) determinados beneficios penitenciarios (salidas transitorias, salidas diurnas, regímenes de semilibertad, prisión domiciliaria, etcétera) y otro que no los permita o que no lo haga en la misma medida. Quien es condenado por la CPI no sabrá hasta el momento de la elección del Estado de ejecución si algunos de los años de condena podrá transcurrirlos al sol. Según el Estado de ejecución que le toque en suerte, tales programas penitenciarios serán un derecho propio o algo a lo que no puede acceder. La pena cualitativamente no será la misma.

²¹⁴ Se alude, básicamente, a reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, a los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990 y al conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

surgir, por ejemplo, de acuerdos bilaterales especiales entre el Estado de ejecución y la CPI con miras a establecer un marco para la recepción de los reclusos tal como prevé la regla 200.5 RPP.²¹⁵

De acuerdo con ello, los Estados cuyos ordenamientos internos respeten las normas sobre el tratamiento de los reclusos de las convenciones internacionales, para satisfacer los requisitos de implementación en este sentido, no deberán más que extender sus leyes penitenciarias a los condenados por la CPI. Los que no las respeten, en cambio, —y esta es la situación dominante en los Estados de América Latina— deberían adecuar sus sistemas penitenciarios a tales estándares antes de ofrecerlos para el cumplimiento de sentencias condenatorias de la CPI. Dado que el respeto de las normas internacionales sobre el tratamiento de los reclusos es un criterio importante para la elección del Estado de ejecución (artículo 103.3.b ECPI), al punto que la supervisión de la ejecución de la pena por la CPI se ajustará a tales estándares (artículo 106.1 ECPI), los Estados que únicamente extiendan la aplicabilidad de sus leyes internas a los condenados por la CPI sin adecuarlas a tales normas tendrán pocas posibilidades reales de ser elegidos como Estados de ejecución. De los textos aquí analizados, varios extienden expresamente sus leyes internas a los condenados por la CPI, aunque, salvo el proyecto boliviano, no se cuestionan sobre el cumplimiento efectivo de tales estándares por sus legislaciones.²¹⁶ El CPP de Perú se limita a prever la realización de consultas con la CPI “para determinar el ámbito de aplicación de las penas y la aplicación del régimen de su aplicación” (*sic*).²¹⁷ En los demás casos, las condiciones de ejecución podrán ser determinadas posteriormente en el marco de un acuerdo bilateral entre el Estado y la CPI (artículo 200.5 RPP).

La *supervisión de la ejecución de una pena privativa de libertad* corresponde a la CPI y en ello deberá ajustarse a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos (artículo 106.1 ECPI). Dado que el régimen de ejecución estará delineado básicamente según la legislación interna y que la pena se cumple en el Estado de ejecución, la CPI no estará siempre en condiciones, sin ayuda de la autoridad nacional, de supervisar todos los aspectos de la ejecución. Solo el CPP de Perú y el anteproyecto de ley de México se han ocupado de

²¹⁵ Aluden expresamente a la posibilidad de firma de tales acuerdos, el artículo 566.2 CPP Perú, el artículo 22 PL Colombia y el artículo 126 APL Brasil. Hasta el momento ninguno de los Estados latinoamericanos que son objeto esta investigación ha celebrado acuerdos de este tipo con la CPI.

²¹⁶ Artículo 48 L Argentina; artículo 71.2 L Uruguay; artículo 95 PL Bolivia; artículo 41.3.f segundo párrafo APL México.

²¹⁷ Artículo 565.2 CPP Perú; debió referirse a la “aplicación del régimen de su ejecución”.

este aspecto. El primero dispone la realización de consultas para establecer las bases de la supervisión;²¹⁸ el segundo establece que las autoridades penitenciarias deberán otorgar las facilidades necesarias para permitir esa supervisión.²¹⁹

Una cuestión vinculada a la ejecución de la pena y a las condiciones de detención y que el Estado de ejecución debería regular es la referida a la forma y al plazo de la notificación a que hace mención el artículo 103.2.a ECPI en caso de que se presenten “circunstancias [...] que pudieren afectar materialmente a las condiciones o la duración de la privación de libertad”. En cuanto a la forma, el ECPI no ha dado ninguna indicación y los Estados podrían solucionar esta cuestión remitiéndose a las normas generales para la comunicación con la CPI; por ejemplo, extendiendo las normas sobre comunicación con la CPI establecidas para la cooperación judicial en la etapa del proceso. En cuanto al plazo, el ECPI solo proporciona un plazo mínimo de antelación —de cuarenta y cinco días— para el caso de circunstancias conocidas o previsibles. Si las circunstancias no fueran de tal índole, el ECPI no establece parámetro alguno y los Estados deberían decidir por sí mismos el plazo (por ejemplo, *inmediatamente*). Los textos analizados no hacen referencia explícita a este tema.

El artículo 106.3 ECPI y la regla 211.1 RPP establecen un *derecho del condenado a comunicarse de manera irrestricta y confidencial con la CPI* acerca de las condiciones de la reclusión. El Estado de ejecución debería establecer los mecanismos internos necesarios para posibilitar tal comunicación. Solo algunos de los textos analizados mencionan este aspecto y se limitan en general a reproducir la norma del Estatuto.²²⁰

Otra cuestión a regular es la referida al *traslado del condenado*. Al respecto, el Estado de ejecución deberá contar con las disposiciones legales que le permitan una correcta coordinación con la CPI para los diferentes supuestos de traslado (traslado de la CPI al Estado de ejecución —regla 206.3 RPP—; traslado a los fines de la audiencia del recurso de revisión —regla 160 RPP—; traslado en caso de cambio de Estado de ejecución —artículo 104 ECPI—; traslado una vez cumplida la pena —artículo 107 ECPI). En cuanto al traslado de la CPI al Estado de ejecución, una cuestión importante a prever es la del *tránsito*. Si el traslado se efectúa por el territorio de un tercer Estado (Estado de tránsito) la CPI deberá requerir la autorización de este

²¹⁸ Artículo 565.2 CPP Perú.

²¹⁹ Artículo 41.3.c APL México.

²²⁰ Artículo 566.3 CPP Perú; artículo 128 APL Brasil; artículo 41.3.d APL México. Esta última disposición establece también el deber de las autoridades penitenciarias de otorgar las facilidades necesarias para asegurar dicha comunicación.

último (regla 207.1, primera parte, RPP, a contrario). En cambio, si la persona es transportada por vía aérea y no se prevé aterrizar en el territorio de un tercer Estado, dicha autorización no será necesaria (regla 207.1, primera parte, RPP). En el caso de que se produzca un *aterriaje imprevisto* en el Estado de tránsito, las RPP, a diferencia de cuanto establece el artículo 89.3.e ECPI para el supuesto antes analizado del aterriaje forzoso en un Estado de tránsito durante la entrega de un detenido a la CPI, imponen a este Estado un deber de detención del condenado solo “*en la medida en que sea posible* de conformidad con el procedimiento previsto en su derecho interno” (regla 207.1, segunda parte, RPP) y no prevén un plazo de duración de tal detención provisional. Salvo el proyecto de ley de Ecuador,²²¹ los textos en estudio no contienen regulaciones específicas sobre este punto.

Una cuestión vinculada a la del traslado es la del *cambio del Estado de ejecución* que la CPI podrá decidir en todo momento (artículo 104 ECPI y regla 209 RPP). Para la implementación en el nivel interno es importante el artículo 104.2, que establece el derecho del condenado a solicitar a la CPI en todo momento el cambio de Estado de ejecución. Los ordenamientos internos deberán prever, por lo tanto, los mecanismos legales para transmitir dicha solicitud. Salvo el CPP peruano y el anteproyecto brasileño,²²² los demás textos aquí estudiados no contienen regulaciones sobre el particular.

En cuanto a las *comunicaciones entre el Estado de ejecución y la CPI* sobre cuestiones relativas a la ejecución de la pena, la regla 198 RPP establece como principio general que serán aplicables, cuando proceda, las disposiciones referidas a las comunicaciones entre la CPI y el Estado requerido en caso de cooperación judicial durante el proceso (artículo 87 ECPI y reglas 176 a 180 RPP). Los textos aquí analizados, salvo en ciertos casos específicos, no han regulado esta cuestión.

El supuesto de la *evasión del condenado* está regulado en el artículo 111 ECPI. Básicamente esta norma establece que, en caso de evasión del condenado, el Estado de ejecución deberá consultar con la CPI acerca de si solicita la extradición de esta persona al Estado en que se encuentre o si será la misma CPI quien solicite a tal Estado la entrega. Solo el CPP Perú y el proyecto de ley de Colombia se refieren a este tema.²²³ En ambos casos se especifica la autoridad nacional encargada de realizar tal

²²¹ Artículo 180 PL Ecuador, que reenvía a las disposiciones referidas a esta misma situación en caso de entrega de una persona detenida a la CPI (artículos 178 y 179).

²²² Artículo 566.2 CPP Perú y artículo 127 APL Brasil.

²²³ Artículo 566.5 CPP; artículo 22 PL Colombia.

consulta (la Fiscalía de la Nación, en el primer caso, y el Ministerio del Interior y Justicia, en el segundo). El proyecto colombiano especifica, además, que tal consulta deberá efectuarse “con urgencia”.

La solicitud de *detención y entrega* en el supuesto del artículo 93.1.d ECPI y la solicitud de *detención provisional* en el del artículo 92.2.c ECPI refieren a una *persona condenada* por la CPI. En ambos casos se trata de medidas de cooperación para permitir la ejecución de la pena ya impuesta. Solo el anteproyecto de ley de México refiere expresamente a estos aspectos.²²⁴ De todos modos, ellos también están contemplados en los restantes textos analizados por medio de la remisión general a los artículos 91 y 92 ECPI.²²⁵

3.2. Ejecución de una pena de multa, de una orden de decomiso y de una decisión de reparación

A diferencia de cuanto se dijo respecto de la ejecución de una pena privativa de la libertad, en caso de ejecución de una *pena de multa o de una orden de decomiso* sí existe una obligación de cooperación para los Estados partes. Si bien ella no está enunciada de manera expresa y el deber general de cooperación del artículo 86 ECPI se limita a la “investigación y enjuiciamiento” y no a la ejecución, tal obligación se desprende directamente del artículo 109.1 ECPI en cuanto establece que los “Estados partes *harán efectivas* las multas y órdenes de decomiso decretadas por la CPI”,²²⁶ sin conceder al respecto ningún espacio de discreción a la autoridad nacional. Lo mismo vale para las *sentencias de reparación* que pudiera dictar la CPI contra el condenado, pues el artículo 75.5 ECPI remite al artículo 109 ECPI.²²⁷ El Estado que ratifica el ECPI se compromete a hacer efectivas estas decisiones y a implementar en cuanto fuera necesario. De todas formas, los Estados no necesitarán grandes reformas legislativas para cumplir estos deberes de cooperación, pues la norma recién citada dispone que el cobro de las multas o el decomiso de bienes o haberes —y por aplicación del artículo 75.5 también el cobro del importe de la reparación— se realizará

²²⁴ Artículos 15.b y 19.1 APL México.

²²⁵ Artículo 30 L Argentina; 42 L Uruguay; artículos 557.1 y 560.1 CPP Perú, artículos 75.1 y 76.1 PL Bolivia, artículos 136 y 151 PL Ecuador; artículos 103 y 111 APL Brasil.

²²⁶ La cursiva me pertenece. Las reglas 217, 218, 219 y 220 RPP también se refieren a este tema. Además de la pena de multa y de la orden de decomiso, ellas se refieren también a la orden de reparación (cf. especialmente reglas 217, 218.3 y 219 RPP).

²²⁷ El artículo 75.5 ECPI dispone: “Los Estados partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo [reparación] como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo”.

“de conformidad con el procedimiento establecido en su derecho interno” (artículo 109.1 ECPI). Al Estado de ejecución le bastaría, por lo tanto, con aplicar su propia legislación. Respecto de la orden de decomiso, el artículo 109.2 ECPI establece además que, si el Estado no puede hacerla efectiva, deberá adoptar las medidas necesarias para cobrar el valor del producto, los bienes o los haberes cuyo decomiso hubiere decretado la Corte.

Casi todos los textos analizados regulan estas cuestiones. En principio, de manera más o menos nítida, declaran aplicable su propia legislación —y habilitan su propia jurisdicción— para ejecutar estas decisiones de la CPI.²²⁸ Algunos textos regulan además otras cuestiones reproduciendo o siguiendo muy de cerca las normas del ECPI. Así, establecen que las autoridades judiciales nacionales darán cumplimiento a las solicitudes sin modificar su alcance,²²⁹ que las solicitudes se cumplirán sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe;²³⁰ que los bienes obtenidos serán puestos a disposición de la CPI;²³¹ que habrá de cobrarse el valor equivalente del bien cuyo decomiso no haya podido hacerse efectivo;²³² o bien, que para el trámite de estas solicitudes no es necesario el procedimiento de exequátur.²³³

²²⁸ Artículo 566.4 con remisión al artículo 547 CPP Perú (respecto de sentencias de multa y decomiso); artículo 72.1 Uruguay (respecto de sentencias de multa, decomiso y reparación); artículo 49 Argentina (respecto de sentencias de multa, decomiso y reparación); artículos 191 y 192 PL Ecuador (respecto de sentencias de multa, decomiso y reparación); artículos 22 y 23 PL Colombia (respecto de sentencias de multa, decomiso y reparación); artículo 129 APL Brasil (respecto de sentencias de multa y decomiso); artículos 43, 44 y 45 APL México (respecto de sentencias de multa, decomiso y reparación). El PL de Bolivia no regula la ejecución ni de la sentencia de multa, ni de la orden de decomiso. Respecto de la orden de reparación contiene una disposición especial que autoriza la ejecución de cualquier acto de cooperación previsto en el proyecto a efectos de derecho de la reparación de la víctima (artículo 94).

²²⁹ Artículo 72.1 L Uruguay; artículo 192 PL Ecuador; artículo 23 PL Colombia (respecto de la orden de reparación); artículo 43.3 APL México.

²³⁰ Artículo 72.3 PL Uruguay; artículo 192 PL Ecuador; artículo 23 PL Colombia; artículo 45 APL México.

²³¹ Artículo 49 L Argentina; artículo 22 PL Colombia; artículo 43.2 APL México; artículo 129 APL Brasil (inmediatamente).

²³² Artículo 44 APL México.

²³³ Artículo 49 L Argentina y artículo 72.1 L Uruguay.

4. Implementación referida a la cooperación estatal para reforzar o colaborar con la protección penal de la administración de justicia de la CPI

El ECPI también establece la cooperación de los Estados para reforzar o colaborar con la protección penal de la administración de justicia de la CPI. Los delitos contra la administración de justicia de la CPI están tipificados en las letras *a-f* del artículo 70.1 ECPI y sancionados con las penas del artículo 70.3 ECPI. En principio, es la CPI el órgano competente para su juzgamiento (artículo 70.1 y regla 162 RPP). Sin embargo, ella puede decidir no ejercer la jurisdicción y solicitar al Estado parte que se encargue de llevar adelante el enjuiciamiento (artículo 70.4.b y regla 162 RPP). Ambos casos plantean cuestiones de implementación.

4.1. Implementación para facilitar la investigación y el enjuiciamiento de delitos contra la administración de justicia de la CPI en la jurisdicción internacional

En el caso de que la CPI decida ejercer su jurisdicción —en este caso primaria—, ella “podrá pedir a un Estado que proporcione cooperación internacional o asistencia judicial en cualquier forma que corresponda a las previstas en la parte IX del Estatuto” (regla 167.1 RPP). Las condiciones concretas para proporcionar esa cooperación se regirán, sin embargo, por el “derecho interno del Estado requerido” (artículo 70.2 ECPI; regla 167.2 RPP). De este modo, los Estados partes deberán incorporar normas o extender las existentes para posibilitar este tipo de cooperación con la CPI. En los textos analizados no existen referencias explícitas a este supuesto. De todos modos, ciertas disposiciones de ellos podrían ser interpretadas en el sentido de abarcar también este ámbito de cooperación²³⁴ y, en el caso de que esto no fuera posible, sería viable la aplicación analógica de las reglas que ellos prevén para la cooperación y asistencia judicial con la CPI en caso de crímenes internacionales.

²³⁴ Así, las disposiciones que establecen cláusulas genéricas tales como que el Estado cooperará plenamente “de conformidad a lo establecido por el ECPI” o en la “investigación y enjuiciamiento de delitos de competencia de la CPI”, pues los delitos contra la administración de justicia de la CPI son de la competencia de este tribunal y el ECPI prevé la cooperación de los Estados. Cf. artículo 31.1 L Uruguay; artículo 133 PL Ecuador; artículo 2 PL Colombia; artículo 1 APL México.

4.2. Implementación para posibilitar el enjuiciamiento de delitos contra la administración de justicia de la CPI en la jurisdicción nacional

En el caso de que la CPI decida no ejercer su jurisdicción con base en los criterios sentados en los apartados 1 a 4 de la regla 162 RPP, ella podrá solicitar a un Estado parte que lo haga. La decisión en concreto de ejercer esta jurisdicción subsidiaria queda en manos del Estado. En efecto, el artículo 70.4.b ECPI establece que el Estado parte, a solicitud de la Corte, someterá el asunto a sus autoridades competentes a los efectos del enjuiciamiento “siempre que lo considere apropiado”.

Por otra parte, a fin de que el proceso en la jurisdicción nacional pueda tener lugar, el artículo 70.4.a establece que

todo Estado parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales.

La interpretación de esta disposición provoca ciertas dificultades. En principio, no es del todo claro si el Estado debe simplemente hacer aplicables sus tipos penales ya existentes que tutelan la administración de justicia nacional a los casos en que el hecho se cometa en perjuicio de la administración de justicia de la CPI o si, por el contrario, el Estado debe incorporar a su derecho los tipos penales especificados en el artículo 70.1 ECPI. A favor de la primera interpretación habla la primera parte del artículo 70.4 cuando establece que todo Estado parte “hará extensivas sus leyes penales”. A favor de la segunda parece pronunciarse la última parte de esa disposición cuando se refiere a “los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo”, lo cual parece reenviar a las tipificaciones previstas en el apartado 1 de ese artículo.²³⁵ En caso de aceptarse la segunda interpretación se

²³⁵ Si fuera correcta la primera interpretación, entonces sería mayor la posibilidad de que la ley nacional no contemple alguno de los delitos contra la administración de justicia previstos en el ECPI. De este modo, la CPI no siempre encontraría una jurisdicción capaz de reemplazarla en caso de no querer ejercer su jurisdicción primaria. La CPI podría encontrarse, en tal caso, ante la alternativa entre dejar impunes delitos contra su administración de justicia que no pueden ser juzgados por los tribunales nacionales o hacerse cargo de ellos con la consecuente sobrecarga de su sistema de justicia. La segunda interpretación, por el contrario, a través de la creación de tipos penales en el nivel interno compatibles con los del ECPI facilitaría la decisión de la CPI de no ejercer su jurisdicción en estos casos. Ello ayudaría a alivianar la tarea de la CPI y permitirá que ella se ocupe con mayor énfasis de los procesos por crímenes internacionales.

plantea la cuestión ulterior de si el Estado, en su implementación, está obligado a seguir al ECPI solo en cuanto concierne a los tipos penales o también a las sanciones. Algunos elementos del derecho de Roma hablarían a favor de la primera interpretación. Por un lado, desde el punto de vista puramente terminológico, el artículo 70.4 ECPI se refiere a “los *delitos* contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo” y el artículo 70.1 establece cuáles son estos “*delitos* contra la administración de justicia”,²³⁶ refiriéndose solo a tipificaciones. Por otra parte, el régimen de la prescripción de la pena establecido en las RPP (regla 164.3) es válido únicamente para el caso de sentencias de la CPI (regla 164.1 RPP). Si el ECPI hubiera querido obligar a los Estados a establecer determinadas penas y montos de pena, entonces también lógicamente les habría obligado a adoptar el régimen de su prescripción.

El artículo 70.4.a es claro, en cambio, al proporcionar ciertas indicaciones para la implementación relacionadas con la aplicación de la ley. El Estado deberá abrir la jurisdicción de sus tribunales respecto de delitos contra la administración de justicia de la CPI cometidos en su territorio o por sus nacionales. De esta forma, se establece como parámetro de implementación el principio de territorialidad y el de nacionalidad activa.

Solo algunos de los textos analizados efectúan o proyectan efectuar modificaciones en sus ordenamientos jurídicos para posibilitar un proceso en la jurisdicción nacional por delitos cometidos en perjuicio de la administración de justicia de la CPI.²³⁷

Todos los textos que contienen regulaciones sobre esta materia introducen los *tipos de parte especial mencionados por el artículo 70.1 ECPI*.²³⁸ La ley uruguaya lo hace por medio de una remisión a los delitos previstos en el Estatuto.²³⁹ Los restantes textos han especificado en diversas disposiciones los diferentes tipos penales del artículo 70.1 ECPI.²⁴⁰ En general, estas disposiciones siguen de cerca las descripciones

²³⁶ Ambas cursivas me pertenecen.

²³⁷ Artículos 14 a 21 L Argentina; artículo 27 L Uruguay; artículos 105 a 112 PL Ecuador; artículos 58 a 65 PL Bolivia; artículos 88 a 96 APL Brasil.

²³⁸ De este modo, ninguno ha interpretado el artículo 70.4 ECPI en el sentido de exigir únicamente la extensión de los delitos existentes que tutelan la propia administración de justicia al caso de que el hecho se cometa en contra de la administración de justicia de la CPI. Este sistema siguen los proyectos italianos presentados ante la Cámara de Diputados el 9 de mayo de 2003 (proyecto de ley 2724) y el 3 de agosto de 2005 (proyecto de ley 6050), y ante el Senado el 24 de julio de 2002 (proyecto de ley 1638) y el 28 de julio de 2005 (proyecto de ley 3574).

²³⁹ Artículo 27 L Uruguay.

²⁴⁰ Incorporan los tipos penales de la *letra a*: artículo 14 L Argentina; artículo 105 PL Ecuador; artículo 59 PL Bolivia; artículo 89 APL Brasil. De *letra b*: el artículo 15 L Argentina; artículo 106 PL Ecuador; artículo 61 PL Bolivia; artículo 90 APL Brasil. De

típicas del ECPI. Solo en algunos casos existen apartamientos dignos de mención. Por ejemplo, el proyecto de ley de Bolivia y el anteproyecto de ley de Brasil sancionan, además del falso testimonio, también la reticencia del testigo.²⁴¹ La letra *a* del artículo 70.1 se refiere, en cambio, únicamente a la primera de estas conductas.²⁴² Por otra parte, el anteproyecto de ley de Brasil ha aprovechado la instancia de implementación para hacer más preciso el tipo penal, extremadamente abierto, de “represalias”, y especifica que la represalia contra un testigo o funcionario de la CPI solo es típica si ha sido cumplida por medio de “violencia o grave amenaza”.²⁴³ En fin, el proyecto de ley de Ecuador protege a la administración de justicia de la CPI *también* cuando el delito sea cometido ante los Tribunales de Ecuador, contra una persona o funcionario ecuatoriano que deba actuar o haya actuado ante esos tribunales o por un funcionario ecuatoriano que actúe ante esos tribunales. De este modo, este proyecto contempla los supuestos en que el delito es cometido cuando las autoridades nacionales cumplan un acto de cooperación. Por ejemplo, si durante una declaración testimonial prestada ante un tribunal ecuatoriano en cumplimiento de una solicitud de asistencia de la CPI, el testigo diere falso testimonio; si antes de dicha declaración el testigo fuere corrompido, etcétera. Los demás textos solo se refieren al caso de que el delito fuera cometido ante la CPI, contra o por un funcionario de la CPI o contra un testigo que deba declarar ante la CPI. Así, para estos textos, un falso testimonio cumplido

la letra *c*: artículos 16, 17 y 18 L Argentina; artículos 107, 108 y 109 PL Ecuador; artículos 60, 61 y 62 PL Bolivia; artículos 91, 92, 93 y 94 APL Brasil. De la letra *letra d*: artículo 19 L Argentina; artículo 110 PL Ecuador; artículo 63 PL Bolivia; artículo 95 [primero] APL Brasil. De la letra *e*: artículo 20 L Argentina; artículo 111 PL Ecuador; artículo 65 PL Bolivia; artículo 95 [segundo] APL Brasil. De la letra *f*: artículo 21 L Argentina; artículo 112 PL Ecuador; artículo 64 PL Bolivia; artículo 96 APL Brasil. El APL de Brasil contiene dos artículos que llevan el número de 95; con el fin de diferenciarlos se ha agregado entre corchetes luego del número 95 la palabra *primero* o *segundo*, según el orden en que aparecen en el texto.

²⁴¹ Artículo 59 PL Bolivia; artículo 89 APL Brasil.

²⁴² El artículo 70.1.a ECPI sanciona el “dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69”. El artículo 69.1 ECPI establece que “antes de declarar, cada testigo se comprometerá, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, a decir verdad en su testimonio”. En consonancia con estas disposiciones, la regla 66.1 RPP dispone que el testigo, salvo en ciertos supuestos excepcionales, deberá prestar promesa solemne de decir verdad. La regla 66.3 prevé que el testigo, antes de comenzar la declaración, deberá ser informado acerca del delito previsto en el párrafo 1.a del artículo 70. La regla 65.1 RPP, por su parte, dispone que, salvo en ciertos supuestos especificados, la CPI “podrá obligar al testigo que comparezca ante ella a prestar declaración”. Con todo, la regla 65.2 RPP explica que al testigo que comparezca ante la CPI y esté obligado a prestar declaración de conformidad con la regla 65.1 RPP será aplicable la regla 171. Esta última disposición autoriza a la CPI, en caso de una falta de conducta que consista en la negativa deliberada a cumplir una orden de la CPI, a aplicar una multa cuando dicha falta fuere grave. Del conjunto de estas disposiciones se desprende que el derecho de Roma ha previsto tanto un deber de declarar como uno de declarar con verdad. Pero solo el incumplimiento del último deber está sancionado penalmente. La reticencia total (silencio total) no es penada como delito contra la administración de justicia de la CPI. Ella consiste solo en una falta de conducta de desobediencia que autoriza a la CPI a imponer una medida de acuerdo con la regla 171 RPP que, en casos graves, puede consistir en una multa. Todas las cursivas de esta nota me pertenecen.

²⁴³ Artículos 93 y 95 [segundo] APL Brasil.

por un testigo ante la justicia nacional en cumplimiento de una solicitud de cooperación no sería típico, como tampoco lo sería la aceptación de un soborno por la autoridad nacional en un acto de cooperación con la CPI.

En cuanto a las *sanciones*, los textos no siguen al ECPI.²⁴⁴ Mientras este prevé la posibilidad de aplicar la pena de multa o la pena privativa de la libertad, aquellos solo contemplan esta última. En cuanto al monto de la pena privativa de la libertad los textos en estudio evidencian una postura más rigurosa que la del ECPI. Según el artículo 70.3 ECPI la pena privativa de libertad no puede ser superior a cinco años. Los textos aquí analizados, en cambio, prevén máximos que oscilan entre tres y quince años.²⁴⁵ Además, todos los textos estudiados fijan una pena mínima que, según el caso, es de uno a ocho años.²⁴⁶ Por otra parte, salvo la ley uruguaya, los demás textos han diferenciado las escalas penales según la gravedad de los diferentes delitos. Sin embargo, no siempre esto ha redundado en una reducción del margen de decisión judicial ya amplio en el ECPI (de cero a cinco años para cualquier delito). El ejemplo más claro lo proporciona la ley de Argentina que, para ciertos delitos, ha creado un espacio de decisión judicial aun más amplio (de uno a diez años).²⁴⁷ En fin, se observa en general una gran diferencia en cuanto a la escala penal asignada a un mismo delito entre los textos en estudio. Así, por ejemplo, la sollicitación o aceptación de un soborno por un funcionario de la CPI es penada (o se proyecta penar) con dos a cinco años en Bolivia y Brasil, dos a diez años en Uruguay, cuatro a ocho años en Ecuador y ocho a quince años en Argentina.²⁴⁸ De este modo, un delito contra la administración de justicia de la CPI vale de manera muy diferente si es juzgado por la CPI o bien por uno u otro Estado.²⁴⁹

²⁴⁴ Esto sugiere que los legisladores o proyectistas de los textos analizados no se sintieron vinculados a las sanciones establecidas en el artículo 70 ECPI, sino solo a las tipificaciones contenidas en él.

²⁴⁵ El máximo menor de todos los textos estudiados es de tres años previsto en los artículos 89 (falso testimonio y reticencia), 92 (obstrucción procesal) y 94 (destrucción, supresión, falsificación y alteración de pruebas) APL Brasil. El máximo mayor de todos los textos estudiados es de quince años previsto en el artículo 21 (soborno) L Argentina.

²⁴⁶ El mínimo menor de todos los textos estudiados es de un año previsto en los artículos 89 (falso testimonio y reticencia), 92 (obstrucción procesal) y 94 (destrucción, supresión, falsificación y alteración de pruebas) APL Brasil y en los artículos 14 (falso testimonio), 15 (falsificación o utilización de pruebas falsas), 16 (corrupción de testigos) y 18 (destrucción y alteración de pruebas) L Argentina. El mínimo mayor de todos los textos estudiados es de ocho años previsto en el artículo 21 (soborno) L Argentina.

²⁴⁷ Respecto de los artículos 14 (falso testimonio), 15 (falsificación o utilización de pruebas falsas), 16 (corrupción de testigos) y 18 (destrucción y alteración de pruebas) L Argentina.

²⁴⁸ Respectivamente artículos 64 PL Bolivia, 96 APL Brasil, 27 L Uruguay, 112 PL Ecuador y 21 L Argentina.

²⁴⁹ Ejemplo: si dos funcionarios de la CPI, uno de nacionalidad brasileña y el otro argentina, en un proceso ante la CPI, solicitan conjuntamente un soborno, les corresponderá una pena de multa o una pena privativa de la libertad no superior a cinco años, si la CPI decide llevar adelante el proceso (artículos 70.1.f y 70.3 ECPI). En cambio, si la CPI decide no ejercer su jurisdicción y solicita a Brasil (en caso de aprobarse el APL) y a Argentina que realicen el proceso contra su nacional (artículo 70.4 ECPI; regla 162 RPP) y estos aceptan, las expectativas de pena variarán enormemente. El funcionario de la CPI de nacionalidad

En cuanto al derecho de aplicación de la ley penal, si bien los textos analizados no contienen disposiciones *específicas* para los delitos contra la administración de justicia de la CPI, los *principios de territorialidad y nacionalidad activa* exigidos por el artículo 70.4.a ECPI están reconocidos, de todos modos, por las normas generales previstas en estos textos para todos los crímenes o delitos que ellos contemplan.²⁵⁰

Una cuestión que los textos no han tratado es la de cuál es la autoridad estatal que deberá decidir sobre la apertura del proceso en la jurisdicción nacional en caso de que la CPI no ejerza su jurisdicción. El artículo 70.4.b ECPI establece, como hemos visto, que “a solicitud de la Corte, el Estado parte, *siempre que lo considere apropiado*, someterá el asunto a sus autoridades competentes a los efectos del enjuiciamiento”.²⁵¹ Cada Estado, en su ley de implementación, deberá resolver si esta decisión ha de recaer sobre un órgano político, uno judicial o sobre el Ministerio Público. Por otra parte, una ley de implementación también podría eliminar esta discreción y obligar a las autoridades judiciales a abrir un proceso siempre que la CPI lo solicite.

5 • Conclusiones

La exposición efectuada permite extraer algunas conclusiones principalmente sobre el estado de la implementación en América Latina, pero también sobre el sistema de justicia establecido por el ECPI, que requiere, imprescindiblemente, de la cooperación de los Estados durante el proceso y en la fase de ejecución de las sentencias y se sirve de su colaboración también para la protección de su administración de justicia.

En cuanto concierne a la implementación del ECPI en América Latina,²⁵² tan solo unos pocos Estados han aprobado una legislación sobre las materias que han sido objeto de esta investigación. Respecto de las normas sobre cooperación y asistencia judicial internacional lo han hecho Perú, Uruguay y Argentina; respecto de los delitos

brasileña deberá contar con un pena privativa de la libertad de dos a cinco años, mientras el funcionario de nacionalidad argentina una de ocho a quince años. Esta diferencia de tratamiento sancionatorio puede ocurrir por la misma conducta y por la lesión del bien jurídico de la administración de justicia de la CPI.

²⁵⁰ Artículo 3 L Argentina; artículo 4 L Uruguay; artículo 5 PL Bolivia; artículo 1 PL Ecuador; artículo 4 APL Brasil.

²⁵¹ La cursiva me pertenece.

²⁵² Se toman en consideración solo los países mencionados en la nota 4.

contra la administración de justicia de la CPI, solo los dos últimos países recién mencionados. Colombia, Ecuador, Bolivia, México y Brasil disponen de proyectos o anteproyectos de implementación. Ninguna propuesta de implementación en las materias aquí analizadas existe, en cambio, en Venezuela, Paraguay, Costa Rica, El Salvador y Chile. Por cierto, estos dos últimos países no han siquiera ratificado el ECPI.

La exposición efectuada da cuenta ampliamente, por otra parte, de que las leyes, los proyectos y los anteproyectos de implementación existentes no siempre han contemplado todas las cuestiones necesarias para el adecuado funcionamiento de la cooperación con la CPI. En cuanto a los aspectos sí contemplados, ellos en general siguen muy de cerca —y a veces reenvían directamente a— las soluciones del ECPI. Con todo, en algunos casos ellos se apartan de estas soluciones. Llama especialmente la atención, al respecto, la disposición del proyecto boliviano que sujeta la realización del interrogatorio del sospechoso a su propio consentimiento.

Por otra parte, en algunos casos las leyes o propuestas analizadas han regulado aspectos no expresamente previstos en el ECPI (pero necesarios o recomendables) o han precisado regulaciones muy vagas del ECPI. A mero título de ejemplo pueden mencionarse la previsión por varios de los textos aquí analizados del deber de informar al detenido sobre su derecho a solicitar la libertad provisional, la autorización expresa prevista en la ley uruguaya de que el defensor del imputado pueda presenciar las declaraciones testimoniales producidas ante autoridades de ese país y la especificación efectuada por el anteproyecto de Brasil para satisfacer exigencias de legalidad penal de que la represalia solo es típica si ha sido cumplida por medio de “violencia o grave amenaza”.

La exposición también ha mostrado que el sistema penal establecido por el ECPI, al apoyarse en los diferentes ordenamientos nacionales para la realización de medidas de prueba o de investigación y para la ejecución de sus decisiones, se configura como un sistema operante con múltiples derechos, con las desigualdades que ello puede traer aparejado. Pues, si bien en muchos casos el ECPI se ha ocupado de uniformar el régimen jurídico de la cooperación, proporcionando a los Estados precisas indicaciones en cuanto al objeto y a la manera de llevarla a cabo, en otros el hecho de que la CPI pueda utilizar una medida o un instituto determinado dependerá exclusivamente de lo que el Estado decida al respecto. Así, en cuanto a las medidas de asistencia, el artículo 93.1 ECPI establece en las letras *a-k* una serie de medidas de

cooperación específicas que todo Estado parte debe cumplir. En la letra *l*, en cambio, establece que el Estado parte debe cumplir cualquier otra medida de cooperación que solicite la CPI, siempre que no estuviere prohibida por su ordenamiento. De este modo, el deber de cumplir la medida existe solo si ella se encuentra autorizada en el ordenamiento jurídico del Estado requerido. Esto deja en claro que las medidas de investigación de los delitos no establecidas expresamente en las letras *a-k* del artículo citado (como, por ejemplo, la utilización de agentes encubiertos o la intervención de comunicaciones) que puede solicitar la CPI dependerán de la legislación del Estado al cual se le solicita la medida de cooperación. Es cierto que en el ámbito de la cooperación interestatal desde siempre existió este riesgo. Sin embargo, en los sistemas nacionales esta circunstancia adquiere un relieve menor, pues ellos trabajan solo excepcionalmente a través de la cooperación internacional. La CPI, en cambio, puede trabajar solo con esta. Este régimen procesal, en cierto modo a diferentes velocidades, pone en evidencia el grado de acuerdo, aún mínimo, sobre la normativa procesal que se alcanzó en Roma. Todavía se está lejos de una legislación procesal puramente internacional con agentes de ejecución en los Estados.

Otro ejemplo de régimen jurídico a diferentes velocidades se encuentra en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de la libertad. El artículo 106.2 ECPI establece que las condiciones de la reclusión se regirán esencialmente por la legislación del Estado de ejecución y la regla 211.2 RPP permite que el condenado se acoja a un beneficio carcelario existente en el derecho interno del Estado de ejecución que pueda entrañar cierto grado de actividad fuera del establecimiento carcelario (por ejemplo, salidas transitorias, salidas diurnas, regímenes de semilibertad, prisión domiciliaria, etcétera). De este modo, una persona condenada por la CPI, según el Estado de ejecución que le toque en *suerte*, podrá hacer uso o no de tales beneficios. El recurso a los ordenamientos penitenciarios nacionales es una prueba de que también en esta materia no ha habido consenso sobre una legislación internacional unificada actuada por agentes de la CPI en los Estados.

En fin, también el sistema de protección penal de la administración de justicia de la CPI se funda en diferentes regímenes jurídicos. Si la CPI ejerce la jurisdicción, la persona será juzgada con base en el ECPI. Pero si la CPI decide no ejercerla y solicita que lo haga un Estado parte que tenga jurisdicción (podría haber más de un Estado competente, y en este caso la CPI deberá decidir a cuál lo solicita), ella será juzgada por la legislación de ese Estado. Dado las enormes diferencias, especialmente

en el nivel de las sanciones, entre las previsiones del ECPI y las de los Estados y también entre las de estos entre sí —los textos estudiados en esta investigación son una clara prueba de ello—, la decisión de la CPI de ejercer la jurisdicción o solicitar que lo haga a un Estado es también una decisión sobre la gravedad de la escala penal que guiará la resolución del caso.²⁵³

²⁵³ Cf. también el ejemplo citado en la nota 249.

Crímenes nucleares de
derecho internacional y principio
de jurisdicción universal
en la legislación alemana.

A la vez comentario a la jurisprudencia
alemana del caso Abu Ghraib (GBA JZ
2005, 311 y OLG, NStZ 2006, 117) *

* Traducción del original alemán ("Neue Zeitschrift für Strafrecht", en NStZ, tomo 26, 2006, pp. 434-438), actualizado para esta publicación, a cargo del Dr. Ezequiel Malarino y del Dr. Alejandro Kiss (ambos de la Universidad de Buenos Aires); revisión del autor y del Prof. Dr. Daniel Pastor (Universidad de Buenos Aires).

Desde la entrada en vigor del Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*; en adelante CódPI)¹ y hasta el 4 de septiembre de 2006 han sido presentadas cincuenta y siete denuncias por presunta comisión de crímenes codificados en esa ley.² La mayoría de esas denuncias conciernen al conflicto en Medio Oriente y a la guerra en Iraq. Estas denuncias estuvieron dirigidas a miembros de gobiernos y jefes de Estado de varios países asiáticos y africanos. Hasta ahora, en cuarenta y nueve casos la Fiscalía General Federal (*Generalbundesanwaltschaft*) se ha abstenido de iniciar investigaciones de acuerdo con los §§ 152 apartado 1 y 153f, apartados 1 y 2, de la Ordenanza Procesal Penal (*Strafprozeßordnung*; en adelante OPP). Estas decisiones han sido basadas en motivos legales (inter alia, inmunidad de los posibles sospechosos; inaplicabilidad del CódPI al tiempo en que fue cometido el presunto hecho) o, como puede ser el caso, en la falta de toda perspectiva de éxito (§ 153f, apartado 1, frase 1, OPP). Una investigación formal fue iniciada solamente contra un ciudadano ruandés que reside en Alemania (en búsqueda de asilo) por crímenes cometidos en territorio congolés.³

¹ Existe traducción al castellano de la Prof. Dra. Alicia Gil Gil, disponible en: http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html.

² Correo electrónico de 5 de septiembre dirigido al autor por el fiscal federal Lanz, de la Oficina del fiscal federal general.

³ Concretamente, él está acusado como líder político de las Fuerzas Democráticas de Liberación de Ruanda (FDLR), una milicia rebelde ruandesa que opera en Kivu del Norte y Kivu del Sur, al este de la República Democrática del Congo (RDC), de ser responsable por las atrocidades cometidas por esta milicia sobre la población civil. Por el momento es, sin embargo, imposible de atribuir con certeza los crímenes cometidos en el este del Congo a esta milicia por el simple hecho de que la región en cuestión se encuentra bajo control de numerosos grupos armados rebeldes y estos grupos coexisten o luchan el uno contra el otro.

De las denuncias presentadas, la que mayor sensación causó fue aquella dirigida contra el ministro de Defensa de los Estados Unidos, Donald Rumsfeld *et al.*, por maltratos a prisioneros iraquíes en el complejo carcelario de Abu Ghraib.⁴ Por decisión del 10 de febrero de 2005, el fiscal general federal no ha dado trámite a la denuncia.⁵ El 13 de noviembre de 2005, el Tribunal Superior Estadual (*Oberlandesgericht*) de Stuttgart declaró inadmisibile la solicitud de una decisión judicial.⁶ Con ello se ha dictado la primera decisión judicial (superior) sobre la aplicación de la complicada disposición del § 153f OPP e indirectamente también sobre el principio de jurisdicción universal contenido en el § 1 del CódPI. Sin embargo, tanto la decisión del fiscal general federal como la del Tribunal Superior Estadual de Stuttgart provocan contrariedad. Ante todo, se presenta la cuestión fundamental de si ambas decisiones comprenden correctamente el fin expresado por la ley en los §§ 1 CódPI y 153f OPP, y la interacción entre ambas disposiciones (al respecto 1). Además, el examen concreto del § 153f OPP plantea numerosas cuestiones (2). Finalmente, no convence la inadmisibilidad de un procedimiento para forzar la acusación y la falta de posibilidad de revisión judicial de decisiones conforme al § 153f OPP que de allí se deriva; al respecto han de considerarse enmiendas legislativas (3).

⁴ Sobre el aspecto fáctico y jurídico, Basak, *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften (HuV-I)*, 2005, pp. 85 y ss.; sobre la denuncia, RAV/Holtfort-Stiftung (eds.), *Strafanzeige./Rumsfeld u.a.*, 2005, pp. 26 y ss.

⁵ Cf. el comunicado de prensa del 10.2.2005, en *Juristenzeitung (JZ)*, 2005, p. 311; véase traducción en el anexo 1 a este artículo.

⁶ *NSiZ*, 2006, p. 117; véase traducción en el anexo 2 a este artículo. El 2 de mayo de 2005 ya había sido rechazada por el fiscal general federal una presentación del denunciante, de 10 de marzo de 2005. La solicitud de decisión judicial dirigida en primer término al Tribunal Superior Estadual de Karlsruhe había sido desestimada por falta de competencia territorial, dado que es competente el Tribunal Superior Estadual de Stuttgart, en cuanto tribunal del lugar en el cual el gobierno estadual tiene su asiento (§ 172.IV OPP en conexión con § 120.1 n.º 8, de la Ley de Organización Judicial, LOJ; *Gerichtsverfassungsgesetz*).

1 • Finalidad de la ley e interacción entre los §§ 1 Código Penal Internacional y 153f Ordenanza Procesal Penal

El § 1 CódPI asienta la competencia de los tribunales alemanes —independientemente del lugar de comisión del hecho y de otros puntos de conexión del derecho de aplicación de la ley penal—⁷ en el *principio de jurisdicción universal puro o en sentido estricto*,⁸ especialmente a través de la frase “ninguna conexión nacional”, esta disposición ha privado de base a la comprensión restrictiva del Tribunal Supremo Federal,⁹ que tradicionalmente exigía un vínculo nacional.¹⁰ En ello no hay una lesión al *principio de no intervención* del derecho internacional, pues los §§ 6-12 CódPI versan sobre *crímenes nucleares* de derecho internacional (“*core crimes*”), cuya persecución reside en el interés de la humanidad como tal¹¹ y por ello no puede ser considerada como un asunto interno de los Estados del lugar del hecho concernidos.¹² En este punto de vista jurídico se basó también la exigencia alemana en la Conferencia de los Estados realizada en Roma en el año 1998¹³ de acoger el principio de jurisdicción universal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).¹⁴ Por ello, es incorrecto cuando el Tribunal Superior Estadual de Stuttgart habla de una “extensión objetable desde el punto de vista del derecho internacional” de la competencia a través del principio de jurisdicción universal.¹⁵ *Jurídicamente* esta extensión es

⁷ Sobre los puntos de conexión legitimantes del poder penal nacional basados en el derecho internacional Ambos, *Internationales Strafrecht*, § 3 nm. 2 y ss.

⁸ En oposición al principio de jurisdicción universal condicionado, la competencia no está sujeta a condiciones (por ejemplo, presencia en el país) cf. Ambos (nota 7) § 3 nm. 95.

⁹ Cf. los motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (eds.), *Materialien zum VStGB*, 2003, p. 26 (proyecto del Poder Ejecutivo, *Referentenentwurf*, según Bundesrats-Drucksache [BR-Drucks.] 29/02). Cf. también Werle, *JZ*, 2001, p. 885 (890); Werle/Jeßberger, *JZ*, 2002, p. 724 (729); Zimmermann, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2002, p. 3068 (3069); diputado Pick, en Lüder/Vormbaum, o. cit. p. 80; Zypries, en: Theissen/Nagler (eds.), *Der IStGH fünf Jahre nach Rom*, 2004, p. 11 (14).

¹⁰ Bundesgerichtshof (BGH), *NSiZ*, 1994, p. 232 (233); BGH, *NSiZ*, 1999, p. 236; *StV*, 1999, 240; *BGHSt*, 45, p. 64 (65 y s., 68 y s.), aunque dejando abierta la cuestión respecto de los crímenes de guerra (69). Cf. sobre la jurisprudencia también *Münchener Kommentar (MüKo)-Ambos*, § 6 StGB, nm. 1, 4 y ss.

¹¹ Motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 26.

¹² Con más detalles sobre el argumento, Ambos (nota 7), § 3 nm. 94; *MüKo-Ambos*, § 1 nm. 4 VStGB (en curso de publicación).

¹³ El autor fue miembro de la delegación alemana. La posición alemana no pudo sin embargo imponerse; antes bien, el artículo 12 ECPI revió el principio de territorialidad y de personalidad activa (con más detalles Ambos, nota 7, § 8 nm. 7 y s.).

¹⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17.7.1998, *Bundesgesetzblatt (BGBl = Boletín Federal de Leyes)*, 2000, II, p. 1394.

¹⁵ *NSiZ*, 2006, p. 119 (columna izquierda).

inobjetable; a lo más, ella despierta reparos desde el punto de vista de *política* internacional y precisamente el legislador quiso evitarlos con la revocación procesal del principio material de vigencia ilimitada de jurisdicción universal, por medio del § 153f OPP.

El § 1 CódPI adapta la persecución penal alemana de crímenes internacionales a un *sistema de justicia penal internacional* (“*international criminal justice system*”) el cual —para evitar la impunidad de las más graves violaciones de los derechos humanos— se apoya, en primer término, en los Estados competentes por el lugar del hecho o por la nacionalidad del autor o de la víctima. En segundo término, el sistema se apoya en la CPI y, dado el caso, en otros tribunales internacionales.¹⁶ En tercer término, en terceros Estados que tengan preferencia en virtud del principio de jurisdicción universal.¹⁷ Para proteger la *subsidiariedad condicionada* del principio de jurisdicción universal, que se relaciona con esto, el deber de persecución de la Fiscalía ha sido limitado —en cierto modo, como un medio paso atrás— a través del nuevo § 153f OPP. Esta disposición debe *contrarrestar* una temida *sobrecarga de la justicia*¹⁸ —no en último término por medio del llamado *forum-shopping* del denunciante—¹⁹ y limitar la persecución penal a “casos razonables”.²⁰ Los principios, opuestos en derecho procesal, de legalidad y oportunidad experimentan una concreción y un nuevo ajuste respecto de los hechos cometidos en el extranjero punibles según el CódPI frente a la regulación del § 153c, apartado 1, OPP relativa a otros hechos cometidos en el extranjero.²¹ Aunque solo los crímenes de los §§ 6-12 CódPI caigan bajo el principio de jurisdicción universal puro y respecto a los delitos de los §§ 13 y 14 CódPI siga siendo aplicable el derecho de aplicación de la ley penal general (§§ 3

¹⁶ Cf. Ambos (nota 7), § 6 nm. 58 y ss.

¹⁷ Cf. Ambos (nota 7), § 3 nm. 21. Así mismo Keller, *Goltdammer’s Archiv (GA)*, 2006, p. 34 y ss., 37; Kurth, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS <www.zis-online.com>)*, 2006, pp. 81, 84; de modo similar, a favor de un principio de jurisdicción universal “flexible” Vest, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR)*, 123, 2005, pp. 331 y ss.; sin embargo, a favor de la prioridad del tercer Estado frente a la CPI el *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004*, 2005, para. 616: “[...] the ICC should defer to national courts other than those of Sudan which genuinely undertake proceedings on the basis of universal jurisdiction”; aprobatoriamente Delmas-Marty, *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, 4, 2006, p. 6.

¹⁸ Motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 60; Werle, *JZ*, 2001, p. 890. Sobre esfuerzos similares en Gran Bretaña por medio de la limitación de la persecución a las personas que luego de la comisión del hecho se establezcan en Gran Bretaña, críticamente O’Keefe, *JICJ*, 2 (2004), pp. 757 y ss.; sobre la discusión suiza Vest, *ZStrR*, 123 (2005), pp. 314 y ss.

¹⁹ Sobre ese peligro de la elección (arbitraria) de la jurisdicción más expansiva Kurth (nota 17), p. 83.

²⁰ Zypries (nota 9) p. 14.

²¹ Motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), pp. 59 y s.; Kreß, *NSiZ*, 2000, p. 625; Jeßberger, en Theissen/Nagler (nota 9), p. 48; Löwe Rosenberg (LR)-Beulke § 153f nm. 9.

y siguientes CP), el § 153f OPP se refiere a *todos* los delitos del CódPI (§§ 6-14). Al respecto, habría bastado con la aplicación de la disposición general del § 153c OPP.²² *Grosso modo*, el ejercicio de discreción en razón del principio de oportunidad, que debe tener en cuenta la meta superior de *evitación de impunidad*, se estructura en dos direcciones:²³ respecto a *hechos cometidos en el extranjero con conexión nacional* —esto es, cuando el sospechoso²⁴ se encuentra dentro del país (§ 153f, apartado 1, frase 1, OPP) o cuando es de nacionalidad alemana (§ 153f, apartado 1, frase 2, OPP)— de una conclusión a contrario de las disposiciones citadas resulta un deber *fundamental* de persecución; no obstante, puede prescindirse de la persecución de un ciudadano alemán (“solamente”) cuando el hecho sea perseguido por un tribunal internacional o por el Estado del lugar del hecho o de la víctima (§ 153f, apartado 1, frase 2, OPP), porque también de esa manera se tiene en consideración la necesidad de pena de la comunidad internacional.²⁵ Por el contrario, si no existe *conexión nacional alguna* —cuando no hay alemanes involucrados en el hecho ni como autores ni como víctimas (§ 153c, apartado 2, números 1, 2, OPP) y el imputado no se encuentra en el país, ni es de esperar tal presencia (§ 153c, apartado 2, número 3, OPP)— “puede en especial” prescindirse de la persecución penal, con tal de que —[evitación de impunidad!]— un tribunal internacional o del Estado del lugar del hecho, del autor o de la víctima tome a su cargo la persecución. Lo mismo vale —en excepción al deber *fundamental* de persecución en caso de que el imputado se encuentre en territorio nacional conforme al § 153f, apartado 1, frase 1, OPP, a contrario— cuando un imputado extranjero se encuentre en el país y no haya que lamentar una víctima alemana (§ 153f, apartado 2, frase 2, en conexión con el apartado 1, número 2, OPP) y su entrega a un tribunal internacional o su extradición al Estado perseguidor del lugar del hecho, del autor o de la víctima (§ 153f, apartado 2, frase 2, en conexión con el apartado 1,

²² Cf. también Systematischer Kommentar (SK)-Weßlau § 153f nm. 5.

²³ Motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 60; también Karlsruher Kommentar (KK)-Schoreit § 153f nm. 2; LR-Beulke § 153f nm. 4.

²⁴ La disposición habla aquí erróneamente de imputado (cf. LR-Beulke § 153f nm. 14; Weigend, *Gedächtnisschrift Vogler*, 2004, p. 209 (con nota 49).

²⁵ Esto tiene en cuenta el § 28 (en conexión con el 68) de la Ley para la Ejecución del Estatuto de la Corte Penal Internacional (LECPI) (BGBl., I, 2002, p. 2144) (existe traducción al castellano del Prof. Dr. Daniel Pastor, disponible en: http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html), cuando prevé la posibilidad de prescindir de la persecución (alemana) en caso de que la CPI haya declarado su intención de solicitar la entrega (cf. también LR-Beulke § 153f nm. 24; SK-Weßlau, § 153f nm. 8). La disposición es otra prueba de la amistad con la CPI del legislador, dado que la declaración de presentar una solicitud de entrega sería ya suficiente sin que sea producida la prueba de efectivas investigaciones. Sobre la LECPI cf. Ambos, en: Loos/Jehle (eds.), *Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart – Manfred Maiwald zu ehren*, 2006 (en curso de publicación).

²⁶ Cf. con más detalles los motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), pp. 60 y ss.

número 4, OPP) sea admisible y proyectada (§ 153f, apartado 2, frase 2, OPP).²⁶ Además, del § 153f, apartado 1, frase 1, en conexión con el § 153c, apartado 1, números 1 y 2, OPP, se sigue que en caso de *hechos extranjeros “puros”* en el sentido allí indicado —el sospechoso no se encuentra en el país ni es de esperar tal presencia— la Fiscalía General Federal también puede prescindir de la persecución si ninguna otra jurisdicción está dispuesta a perseguir el hecho (cf. sin embargo enseguida).²⁷

La disposición introduce por lo tanto una “prioridad de competencia escalonada”²⁸ dando amplia preferencia —en los casos del § 153f, apartado 2, OPP— a tribunales extranjeros más cercanos al hecho o bien a la CPI. La formulación introducida en el § 153f, apartado 2, frase 1, por el Comité de Derecho del Parlamento Federal “puede en especial” (en lugar de “debe”)²⁹ si bien expresa, por un lado, que en los casos mencionados “normalmente”³⁰ o bien “regularmente”³¹ ha de prescindirse de la persecución, deja en claro, sin embargo, por otro lado, que con el apartado 2 no se propone una parcial retirada del principio de jurisdicción universal material puro, ni se excluye que la Fiscalía —a pesar de la existencia de los números 1-4 del apartado 2— haga uso de su competencia de persecución.³² Tampoco la considerable discreción —ya mencionada— en caso de *hechos extranjeros puros* (§ 153f, apartado 1, frase 1, OPP) ha de entenderse en el sentido de una retracción del principio de jurisdicción universal, sino que ella está guiada por la consideración puramente práctica de que en tales casos una persecución penal en Alemania no prometería mucho éxito.³³ Se trata de evitar investigaciones innecesarias y perseguir solo casos con perspectivas realistas de éxito.³⁴ Sin embargo, la meta superior de la *evitación de impunidad* puede conducir también en el caso de hechos extranjeros puros a una reducción de la discreción a favor de la aceptación de la persecución con el fin de preparar o respaldar, por ejemplo, una solicitud de asistencia judicial posterior o investigaciones en otro Estado o por la CPI.³⁵ A favor de tal reducción de discreción habla también la *comprensión*

²⁷ Cf. los motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 61; Weigend, *GS Vogler*, 2004, p. 209; KK-Schoreit § 153f nm. 3.

²⁸ Motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 60; Weigend, *GS Vogler*, 2004, p. 209.

²⁹ Cf. para la vieja formulación aun el proyecto de los expertos en: Bundesjustizministerium (BMJ) (ed.), *Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des VStGB*, 2001, p. 14 y el proyecto del ponente en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 20.

³⁰ Weigend, *GS Vogler*, 2004, p. 209.

³¹ KK-Schoreit § 153f nm. 7.

³² Cf. el informe del Comité de Derecho del Parlamento Federal en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 88; LR-Beulke § 153f nm. 32.

³³ Motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 61; también LR-Beulke § 153f nm. 5; Singelstein/Stolle, *ZIS* (www.zis-online.com), 2006, p. 120.

³⁴ Cf. también KK-Schoreit § 153f nm. 3.

³⁵ Sobre esta idea de “investigaciones auxiliares” o “provisorias” (también en relación con el § 153f, apartado 2, OPP) cf. los motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 61; Weigend, *GS Vogler*, 2004, p. 209; KK-Schoreit § 153f nm. 9; LR-Beulke § 153f nm. 42; SK-Weßlau § 153f nm. 11.

amplia de la “presencia en el territorio nacional”, dado que para este concepto debería ser suficiente todo contacto (voluntario o involuntario) con el territorio soberano alemán (estancia temporaria, viaje de paso) que posibilite una captura.³⁶

2. El examen concreto del § 153f OPP en el proceso Abu Ghraib

Ante el telón de fondo de estas consideraciones generales sobre los §§ 1 CódPI y 153f OPP, el examen concreto del § 153f realizado por el fiscal federal general y el Tribunal Superior Estadual de Stuttgart se enfrenta a objeciones. Ante todo, ha de diferenciarse —así aun correctamente el fiscal federal general y el Tribunal Superior Estadual— entre las personas denunciadas que en principio no se encuentran bajo el ámbito de validez del CódPI (aquí llamado grupo de personas “sin conexión nacional”, *ausländische Personengruppe*), por ejemplo, el ministro de Defensa de los Estados Unidos, Rumsfeld, y aquellas —como el personal militar enviado por los Estados Unidos— que se encuentran en Alemania (grupo de personas “con conexión nacional”, *inländische Personengruppe*). El grupo de personas sin conexión nacional cae *en principio* dentro del § 153f, apartado 1, frase 1, el que tiene conexión nacional en el § 153f, apartado 2, frase 2, OPP. En el primer caso, en principio puede prescindirse de una persecución, dado que se trata de hechos extranjeros puros; en el segundo caso puede prescindirse de ella, si están cumplidos los presupuestos del § 153f, apartado 2, frase 1, números 2 y 4, y la entrega a un tribunal penal internacional o la extradición al Estado requirente es admisible y está proyectada. Si en el caso del § 153f, apartado 1, frase 1, fuera de esperar la presencia de la persona en el territorio federal —aunque sea solo temporaria—, es aplicable el § 153f, apartado 2, frase 2, pues entonces no se trata más de un hecho extranjero puro, sino de un hecho extranjero con —si bien escasa, pero suficiente (*supra* 1, al final)— conexión nacional. Tal presencia en el caso concreto era de esperar, bajo todo punto de vista (participación del minis-

³⁶ Motivos de la ley en: BMJ (nota 9) p. 86 = Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 61; también LR-Beulke § 153f nm. 15; SK-Weßlau § 153f nm. 9.

tro de Defensa de los Estados Unidos, Rumsfeld, en la Conferencia de Seguridad de Múnich, en febrero de 2005; nueva participación de Rumsfeld en febrero de 2006 y en los años siguientes), como ha sido reconocido también por el Tribunal Superior Estadual de Stuttgart³⁷ y por ello ha equiparado el tratamiento del grupo de personas sin conexión nacional (§ 153f, apartado 1, frase 1) con el que tiene conexión nacional (§ 153f, apartado 2, frase 2).³⁸ En cuanto al grupo de personas con conexión nacional, no habría una laguna de punibilidad; en primer lugar porque, como personal militar de los Estados Unidos, cae dentro de la jurisdicción de ese país; en segundo lugar, estarían presentes los presupuestos del § 153f, apartado 2, frase 2, pues la posibilidad de intervención en todo momento del Estado que envía o del de la nacionalidad haría superflua la necesaria extradición. Lo mismo valdría para el grupo de personas sin conexión nacional (respecto del cual es aplicable también el § 153f, apartado 2, frase 2, en razón de que la presencia en el país es de esperar), especialmente porque (*sic!*) existirían investigaciones en los Estados Unidos respecto del complejo total del hecho.

Excepto la aplicación del § 153f, apartado 2, frase 2, también al grupo de personas sin conexión nacional todas esas suposiciones son *atacables* —así, por ejemplo, es temerario concluir de la mera existencia de la *jurisdicción* (del Estado que envía sobre sus soldados) la falta de una laguna de *punibilidad*, pues con ello se mezclan diferentes niveles y, además, de la misma manera podría defenderse la tesis, tan absurda que casi no debe ser mencionada, de que la mera jurisdicción del Estado territorial sobre los delitos cometidos dentro de su territorio soberano excluiría lagunas de punibilidad, dado que en esencia se trata de la cuestión de si una referencia no mayormente especificada sobre investigaciones conducidas en los Estados Unidos “según el entendimiento del fiscal general federal”³⁹ tiene en cuenta suficientemente las exigencias legales explícitas de una *persecución penal por el Estado competente* (§ 153f, apartado 2, frase 1, número 4) y el fin de la ley —*evitación de impunidad*— arriba ya muchas veces mencionado. ¿Puede decirse realmente que los hechos de Abu Ghraib son perseguidos en el sentido del § 153f, apartado 2, frase 1, número 4, OPP, cuando

³⁷ NSiZ, 2006, p. 118 (columna derecha) nm. 16: “eventual presencia limitada temporalmente”; diferente aún nm. 12 (“presencia [...] no de esperar”), lo que probablemente ha llevado a Singelstein/Stolle (nota 33), p. 121 (columna izquierda) a la (incorrecta) crítica de que el Tribunal Superior Estadual habría constatado en relación con Rumsfeld que una presencia en el país no sería de esperar.

³⁸ NSiZ, 2006, p. 118 (columna derecha) nm. 13 y ss. (16).

³⁹ Cf. OLG Stuttgart, NSiZ, 2006, p. 118 (columna derecha); GBA, JZ, 2005, p. 312.

el Estado del lugar del hecho (Iraq) deja la persecución al Estado de cuya nacionalidad es el sospechoso (Estados Unidos) y este lleva frente a los tribunales militares solamente a subordinados receptores de órdenes (autores de ejecución: James Graner y Lyndie England), mientras que los autores de la organización del nivel jerárquico medio y los autores de conducción en la cima de la cadena de mando (Casa Blanca, Pentágono)⁴⁰ permanecen sin ser molestados?⁴¹ ¿Bastan “indicios” (fiscal general federal) de que el Estado competente haya iniciado medidas jurídico penales? ¿Debe concedérsele a este Estado por lo tanto un anticipo de confianza en cierto modo en razón de investigaciones concretas? ¿No son posibles y admisibles en tal situación al menos investigaciones auxiliares de apoyo en el sentido antes mencionado (capítulo 1, al final)?

Si de acuerdo con el § 153f, apartado 2, frase 1, número 4, el *hecho* debe ser *perseguido* por el Estado competente, entonces meros “indicios” sobre la persecución penal de algunos *receptores de órdenes* no pueden considerarse suficientes en el marco de un *complejo de hecho*; antes bien, es necesaria la *persecución de personas determinadas por hechos determinados*.⁴² La opinión contraria del fiscal federal general y del Tribunal Superior Estadual no puede apoyarse en el concepto de “situación” (*situation*) de los artículos 13 y 14 ECPI.⁴³ Este concepto se refiere a una fase determinada del proceso ante la CPI que es extraño al derecho nacional, a saber, el proceso para iniciar o provocar la jurisdicción de la CPI (el llamado *triggering procedure*). Esta fase procesal tiene carácter independiente y ha de diferenciarse del verdadero procedimiento de investigación (preliminar) —comparable con el derecho nacional— de los artículos 15 y 53 ECPI.⁴⁴ Con el comienzo de las investigaciones la “situación” se convierte en un *case* concreto (cf. por ejemplo, artículo 15, apartado 4; artículo 53, apartado 1, letra *b*, ECPI) y la *sospecha del hecho* es *individualizada* —mediante el dictado de una

⁴⁰ Sobre el autor de ejecución, de organización y de conducción cf. Vest, *Genozid durch organisierte Machtapparate*, 2002, pp. 29 y s., 240 y ss., 302.

⁴¹ Del personal militar de alto rango solo el general Karpinski fue amonestado y degradado y el coronel Pappas condenado por falta de vigilancia en servicio a una pena de multa de US\$ 8000 (cf. <http://news.bbc.co.uk/go/em/fr/-/2/hi/americas/4812366.stm>; Hersh, *Guardian Weekly*, 27.5-2.6.2005, p. 15; cf. también Basak, *HuV-I*, 2005, p. 91). El 28 de abril de 2006 el teniente coronel Steven L. Jordan, director del Centro de Interrogación, fue acusado por doce cargos y pasó a ser el militar de rango más alto inculcado en conexión con el abuso de detenidos en la prisión (*N.Y. Times*, 29.4.2006; *El País*, 29.4.2006).

⁴² En este sentido, también Keller, *GA*, 2006, pp. 35 y ss.; Kurth (nota 17), p. 85; Singelstein/Stolle (nota 33), 121 s.; Delmas-Marty, *JICJ*, 4 (2006), p. 5.

⁴³ Críticamente también Keller, *GA*, 2006, 36; Delmas-Marty, *JICJ*, 4 (2006), p. 5.

⁴⁴ Fundamental Olásolo, *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, 2003, pp. 101 y s., pp. 391 y ss.; el mismo, *Int. Criminal Law Review (ICLR)*, 5 (2005), p. 122, p. 123 y ss. En general, sobre la estructura del proceso (preliminar), Ambos (nota 7) § 8 nm. 20 y ss.

orden de detención o la citación del sospechoso (artículo 58)— sobre personas determinadas. Un proceso penal nacional se encuentra *a limine* en el estadio de la investigación en el sentido de los artículos 15 y 53 ECPI, por lo cual también pueden ser efectuadas consideraciones en cuanto a la dirección en que ha de encaminarse la investigación. El artículo 17, mencionado por el fiscal federal general, tampoco se refiere a una situación general, sino al “*case*” concretado, lo que resulta por ejemplo de la referencia a la persona de que se trate (*person concerned*) del apartado 1, letra *c*, de esa disposición.⁴⁵ Ha de tenerse presente también que la ausencia de persecución de autores de conducción determinados puede ser considerada como una *falta de voluntad de persecución* en el sentido del artículo 17 ECPI, cuando la persecución del autor de ejecución sirve a la protección del autor de organización o de conducción (artículo 17, apartado 2, letra *a*, ECPI).

La referencia al artículo 17 ECPI por el fiscal federal general plantea la cuestión ulterior y aun más básica de si en realidad le es aplicable el *criterio de control* de los artículos 17-19 ECPI vigente para la CPI. Esto no solo significaría que la decisión material sobre la competencia incumbiría a la Fiscalía Federal General, sino que el Estado del territorio, del autor o de la víctima debería hacer valer que él mismo está llevando a cabo un proceso penal y debería soportar la carga de la prueba de su adecuación en el sentido del artículo 17 ECPI. Esta carga de demostración le concierne frente a la CPI (artículos 18 y 19 ECPI), por lo cual, si bien se puede hablar de complementariedad formal de la CPI frente a la justicia penal nacional, al mismo tiempo sin embargo debe reconocerse una especie de prioridad material de la CPI en razón de su competencia de decisión.⁴⁶ *Al respecto*, también es incorrecto cuando el fiscal federal general constata que “un tercer Estado no [puede] examinar la praxis jurídica de Estados extranjeros según sus propios criterios”. Ante todo, de los artículos 17-19 ECPI se sigue, como recién se ha expuesto, exactamente lo contrario. Y del principio de no intromisión mencionado por el fiscal federal general no puede resul-

⁴⁵ Del mismo modo, Singelstein/Stolle (nota 33), p. 122 (columna izquierda) Cf. también ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation en République Démocratique du Congo, Décision sur les demandes de participation a la procédure de VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 et VPRS-6, ICC-01/04, 17.1.2006, para. 65: “[...] des incidents spécifiques au cours desquels un ou plusieurs crimes de la compétence de la Cour semblent avoir été commis par un ou plusieurs suspects identifiés [...]”; confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares I, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, 10.2.2006, para. 21, 31: “specific incidents during which one or more crimes within the jurisdiction of the Court seem to have been committed by one or more identified suspects”; www.icc-cpi.int/cases/current_situations/DRC.html.

⁴⁶ Cf. Olásolo (nota 44), p. 196, pp. 227 y ss. (“primacía material”); el mismo, *ICLR*, 5 (2005), p. 137.

tar *in casu* algo diferente, pues él de ningún modo opera, como ya fuera mencionado (*supra*, 1), en el caso de los crímenes nucleares del CódPI de los cuales aquí se trata. Por lo tanto, el recurso al ECPI, que el fiscal federal general ofrece como sostén de su posición, contradice en realidad su propia opinión. La verdadera y difícil cuestión es si los artículos 17-19 ECPI, concebidos para la relación *vertical* entre la CPI y los Estados (contratantes), pueden ser trasladados a conflictos de jurisdicción horizontales entre los Estados, esto es, si *in concreto* puede ser aplicado al § 153f OPP el criterio de la CPI. Al respecto, la igualdad soberana de los Estados debe motivar cierta cautela, al menos cuando el sistema jurídico del Estado realmente competente y que lleva a cabo el proceso ha de considerarse —según criterios generales— conforme a un Estado de derecho.⁴⁷ Por lo tanto, no se podrá interpretar sin más el § 1 CódPI en conexión con el § 153f OPP en el sentido de que corresponde a la autoridad judicial alemana juzgar sobre la adecuación y eficiencia de procesos penales concretos del Estado (que actúa judicialmente realmente competente, cuando allí tiene lugar una persecución penal seria y *el Estado en cuestión es considerado un Estado de derecho*. Sin embargo, no se puede relevar a las autoridades alemanas de *examinar* esos dos presupuestos, esto es, de procurarse en cada *caso concreto* un conocimiento sólido, en primer lugar, del sistema jurídico del Estado afectado y, en segundo lugar, de las *investigaciones concretas*, para efectuar una valoración. La concreción del objeto de control resulta nuevamente del *concepto de hecho* que sustenta al § 153f,⁴⁸ con lo cual nos encontraríamos de nuevo en el punto de partida de nuestra argumentación.⁴⁹

⁴⁷ En este sentido GBA, JZ, 2005, p. 312: "Con qué medios y en qué momento se investiga a otros posibles sospechosos [...] debe quedar a criterio de las autoridades de justicia de los Estados Unidos de América".

⁴⁸ Explícitamente Singelstein/Stolle (nota 33), p. 122.

⁴⁹ Texto en la nota 42.

3. ¿Revisión judicial de una decisión del fiscal federal general con motivo del § 153f OPP?

Ahora bien, si de acuerdo con la opinión del Tribunal Superior Estadual de Stuttgart precisamente la cuestión central de una persecución por el Estado competente no debe ser revisable judicialmente en cuanto “propia decisión discrecional”, entonces esto genera la preocupación de que el *principio de jurisdicción universal* pueda ser *desautorizado* fácticamente (por vías procesales) mediante una conducción “ejecutivista” de la actividad de persecución penal de derecho penal internacional.⁵⁰ Al respecto, la remisión general a la posibilidad de revisión judicial de las decisiones de clausura del proceso de la Fiscalía basadas en el principio de oportunidad (§§ 153 y siguientes OPP) (arg. ex § 172, apartado 2, frase 3),⁵¹ no puede convencer. Ella ya es atacable respecto de los motivos “tradicionales” de finalización del proceso de los §§ 153 y siguientes⁵² y en todo caso indefendible en el supuesto del § 153f, pues para nada puede entenderse como una “decisión legislativa consciente”.⁵³ De hecho, el legislador⁵⁴ ha introducido el § 153f debido a las objeciones alegadas sobre todo por el fiscal federal general en contra del principio de jurisdicción universal previsto en el § 1 del CódPI y sin poder reflexionar adicionalmente por razones de tiempo —la legislación alemana de implementación del ECPI debía entrar en vigor a más tardar en la fecha de la entrada en vigor del Estatuto (1.7.2002)— sobre posibilidades recursivas y especialmente sobre si el § 153f entra en la enumeración del § 172, apartado 2, frase 3, última parte, OPP.⁵⁵ A la velocidad del proceso legislativo tam-

⁵⁰ SK-Weßlau, § 153f nm. 3.

⁵¹ Cf. solamente LR-Graalman-Scheerer, § 172 nm. 21, 26 con otras referencias.

⁵² Sobre la exigencia general de un control de legalidad de decisiones de oportunidad cf. § 174a del Proyecto alternativo sobre el proceso de investigación preliminar (*Alternativentwurf-Ermittlungsverfahren*) con otras referencias; antes ya Horstmann, *Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen*, 2002, p. 308; por un forzamiento de la acusación limitado Erb, *Legalität und Opportunität*, 1999, pp. 230 y ss. y Satzger, “Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens”, Gutachten C zum 65, *Deutschen Juristentag*, 2004, C 78, aunque en el caso del § 153f, en vista de la gravedad de los crímenes, balancea en favor del lesionado la ponderación, en la que se asienta esta opinión, entre su interés de revisión y la economía procesal.

⁵³ OLG Stuttgart, *NStZ*, 2006, p. 118 (columna izquierda).

⁵⁴ El autor fue miembro del grupo de trabajo, establecido por el Ministerio de Justicia Federal, que ha elaborado el CódPI y también el § 153f OPP.

⁵⁵ En esto basa su opinión el OLG Stuttgart, *NStZ*, 2006, p. 118 (columna izquierda).

bién puede atribuirse que sea posible prescindir de persecución de acuerdo con el § 153f sin aprobación judicial y que un control judicial sólo pueda ocurrir *con posterioridad*. Allí existe una quiebra del sistema, pues *en principio* la intervención judicial está prevista en el caso de clausura del proceso por razones de oportunidad (§§ 153.I.1, 153a.I.1, 153b, 153e, OPP),⁵⁶ siempre que se renuncia a ella (§§ 153.I.2, 153a.I.7, 153c y d OPP), se trate de hechos de escasa gravedad, sean delitos insignificantes (§§ 153 I 2, 153a I 7) o cualquier hecho extranjero (§ 153c), o bien de hechos a cuya persecución penal se contraponen preponderantes intereses políticos (§ 153c.III, IV; § 153d). Ninguno de estos motivos vale para el § 153f: no se trata allí de hechos leves (sino, todo lo contrario, de graves crímenes nucleares de derecho internacional) ni están en juego intereses políticos que puedan contraponerse a la persecución.⁵⁷ La cuestión —en vista de la impunidad a impedir— es únicamente si la persecución penal puede ser llevada a cabo en otra parte. Además ha de tenerse en cuenta lo siguiente: un procedimiento para forzar la acusación o bien la investigación en contra de un cierre del proceso con base en los §§ 153 y siguientes OPP ya es admisible según la situación jurídica vigente si es que se afirma que no han existido los *presupuestos legales de la discreción*, esto es, que el margen de discreción no estaba abierto en absoluto y por ello subsistía el deber de acusación.⁵⁸ Según la opinión de la jurisprudencia de los tribunales superiores, una solicitud de revisión judicial es admisible cuando “por razones de derecho” fue negada una sospecha inicial y por ello fue omitido todo esclarecimiento fáctico de los hechos.⁵⁹ Así, también en el caso de los §§ 153 y siguientes entra en consideración en principio un forzamiento de la investigación para la protección del principio de legalidad, pues no puede haber ninguna

⁵⁶ Sobre la importancia de la aprobación judicial en este contexto también ya Schroeder, *NSiZ*, 1996, p. 319; también Erb (nota 53), pp. 228 y ss., aunque con la correcta advertencia sobre la escasa eficiencia de control de la aprobación judicial (ibídem, pp. 224 y s.).

⁵⁷ Sobre exigencias análogas Weigend, *GS Vogler*, 2004, p. 209, incluida la nota 51; Kreicker en Eser/Gropengiesser/Kreicker (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen. Landesbericht Deutschland*, Bd. 1, 2003, p. 434; más bien crítico Kurth (nota 17), p. 86.

⁵⁸ LR-Rieß, § 172 nm. 26; LR-Graalman-Scheerer, § 172 nm. 22, 26; SK-Wohlers § 172 nm. 38; Kommentar zur Strafprozessordnung (KMR)-Plöd § 172 nm. 15; Krehl, en Heidelberg Kommentar (HK)-StPO, § 172 nm. 7. En el resultado igualmente KK-Schmid § 172 nm. 41 y ss, Meyer-Goßner § 172 nm. 3 y ss.; al respecto, por una indagación de los elementos del tipo de la disposición respectiva de clausura del proceso a través de interpretación Singelstein/Stolle (nota 33), 118; de otra opinión Horstmann (nota 53), pp. 239 y ss.

⁵⁹ OLG Karlsruhe, Beschluss v. 10.1.2005, 1 Ws 152/04; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 16.12.2002 = *Die Justiz*, 2003, p. 270 (271) con referencia a OLG Zweibrücken, *NSiZ*, 1981, p. 193; OLG Bremen, OLGSt StPO § 175 Nr. 1, OLG Koblenz, *NSiZ*, 1995, 50 ss; OLG Braunschweig, *Wistra* 1993, pp. 31 y ss; Kammergericht (KG) *NSiZ*, 1990, pp. 355 y ss.; OLG Celle, Beschluss vom 26.04.2002, 2 Ws 94/02; recientemente también OLG Köln, *NSiZ-RR*, 2003, p. 212; OLG Hamm *StV* 2002, pp. 128, 129 y ss.

diferencia entre si ya fueron efectuadas investigaciones (§ 170 OPP) o si ellas fueron desestimadas desde un principio.⁶⁰ Estas consideraciones valen *con mayor razón* para el § 153f, pues esta disposición prevé una doble excepción del principio de jurisdicción universal y del principio de legalidad para crímenes que más allá del deber de acusación del derecho procesal penal nacional⁶¹ están sujetos a un *deber de persecución y punición de derecho internacional*.⁶² El § 153f representa por lo tanto una especialidad en el sistema de los §§ 153 y siguientes, y esa especialidad debe ser tenida en cuenta al menos a través de someter los presupuestos legales contenidos en los apartados 1 y 2 a un control jurídico estricto. Esto vale especialmente para el presupuesto de la persecución (fáctica) del hecho por un tribunal penal internacional o un Estado (§ 153f, apartado 1, frase 2; apartado 2, frase 1, número 4), dado que la evitación de impunidad como meta superior del principio material de jurisdicción universal solo puede ser asegurada con el cumplimiento de este presupuesto.⁶³ En los hechos, tampoco se trata en el caso de este presupuesto —en contra del Tribunal Superior Estadual de Stuttgart— precisamente de una decisión discrecional, sino de un presupuesto del tipo del § 153f, apartado 2. El Tribunal Superior Estadual de Stuttgart remite por lo demás incluso en el marco del examen de los presupuestos del tipo a eventuales investigaciones en los Estados Unidos, pero algunos párrafos después pretende entender al § 153f, apartado 2, frase 1, número 4 como (pura) disposición de discreción.⁶⁴

En *conclusión*, todo esto significa que el principio de legalidad reforzado en el derecho internacional por el § 153f debe ser asegurado por medio de una posibilidad de intervención y control judicial. Esto puede suceder con un forzamiento de la investigación a través del procedimiento para forzar la acusación según el § 172 (análogamente) o con la inserción de una exigencia de aprobación del Tribunal Superior en el § 153f. El legislador debe proporcionar una regulación clarificadora al respecto. Desde el punto de vista de la víctima queda aún por señalar que a una decisión según

⁶⁰ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10.1.2005, 1 Ws 152/04, 5; OLG Karlsruhe, *Die Justiz*, 2003, p. 271.

⁶¹ En este sentido, sobre la función del procedimiento para forzar la acusación en general, SK-Wohlers § 172 nm. 2 con cuantiosas referencias jurisprudenciales; KK-Schmid § 172 nm. 1; KMR-Plöd § 172 nm. 1; Beulke, *Strafprozessrecht*, 2005, 8.ª edición, nm. 344.

⁶² Ambos, *Archiv des Völkerrecht (AVR)*, 1999, pp. 319 y ss.

⁶³ En el resultado igualmente Singelstein/Stolle (nota 33), pp. 119 y s., quienes además de ello también consideran plenamente revisable por la autoridad judicial el elemento de la presencia en el territorio nacional del apartado 1, frase 1, y que la extradición sea admisible y proyectada del apartado 2, frase 2.

⁶⁴ NSiZ, 2006, p. 118 (columna derecha) versus p. 119 (columna izquierda).

el § 153f no corresponde un efecto de agotación de la pretensión punitiva, así que una denuncia anteriormente rechazada puede ser —en caso de nuevos hechos— presentada nuevamente. Esto explica que la denuncia contra Rumsfeld *et al.* haya vuelto a presentarse el 14 de noviembre de 2006.⁶⁵

⁶⁵ Véase, por ejemplo, *Times*, 16.11.2006, <http://www.time.com/time/nation/article/0,8599,1560224,00.html>, donde se dice que “Federal prosecutors [...] are subject to the wishes of the government [...]” y que, por lo tanto, el caso tiene pocas chances de prosperar. Sin embargo, es improbable que la Fiscalía General acepte que el Ejecutivo interviene directamente en su trabajo; de hecho, en la primera denuncia contra Rumsfeld *et al.* el entonces fiscal general rechazó explícitamente tales acusaciones. Si bien el fiscal general es nombrado por el gobierno federal, no es un lacayo del gobierno, y mucho menos lo son los funcionarios de su oficina, los cuales son abogados profesionales muchas veces reclutados de los Poderes Judiciales de los Estados (*Länder*).

Anexos

ANEXO 1

Fiscalía Federal General:

Kai Ambos

Alemania no efectúa investigaciones
en razón de los acontecimientos
denunciados de Abu Ghraib, Iraq*

El 30.11.2004 el Center for Constitutional Rights, de Nueva York, Estados Unidos, y cuatro ciudadanos iraquíes presentaron una denuncia penal contra Donald H. Rumsfeld, el ministro de Defensa de los Estados Unidos de América y contra diez personas mencionadas por su nombre más otras personas no mencionadas, en la que se les atribuye haber intervenido en hechos penales contemplados en el Código Penal Internacional (CódPI). La denuncia se refiere a los acontecimientos que tuvieron lugar entre el 15.09.2003 y el 08.01.2004 en el complejo penitenciario Abu Ghraib, en Iraq. Allí, los prisioneros fueron sometidos a golpes de puño y puntapiés, en parte por varias personas en forma conjunta. En un caso un recluso resultó muerto. Además, los detenidos fueron masivamente sometidos a maltratos sexuales y también hubo un caso de violación. Los prisioneros fueron obligados a desnudarse por completo y se les quitaron sus ropas. Fueron conscientemente sometidos a otros tratos humillantes y para intimidarlos fueron utilizados perros. Fueron atados por largo tiempo en las llamadas posiciones de estrés. En parte fue amenazado y en parte practicado un encierro en celdas de aislamiento.

Los hechos han sido perpetrados por los miembros de la brigada policial militar US 800 destinada en Abu Ghraib, en especial por el batallón policial militar 320 dependiente de ella, miembros de la brigada de servicios de noticias militares US 205, trabajadores civiles así como también posiblemente por miembros de los servicios de noticias.

* Traducción de los doctores Ezequiel Malarino (Universidad de Buenos Aires) y Alejandro Kiss (Universidad de Buenos Aires) del comunicado de prensa del 10.2.2005, publicado en Juristenzeitung (JZ), 2005, p. 311.

2. Los denunciantes iraquíes también fueron maltratados y expuestos a agresiones durante su detención y encierro en otros lugares en Irak. Fueron golpeados. En parte, fueron obligados a desnudarse y les fue denegada la provisión médica necesaria, el sueño y la alimentación. También se produjeron agresiones sexuales. En tres casos, durante la detención los autores habrían sustraído objetos de valor. Los soldados le dispararon a un hombre discapacitado de ochenta años, el padre de Ahmed Shebab Ahmed.

La denuncia penal les atribuye a los denunciados, como superiores civiles y militares de quienes actuaron directamente, el haberse hecho punibles en virtud de los §§ 4, 13, 14 CódPI. Ellos les habrían impartido a sus subordinados instrucciones para el tratamiento de los prisioneros que infringen las disposiciones de protección internacionalmente válidas, entre otras, la Convención de la Tortura de las Naciones Unidas. A pesar del conocimiento de los maltratos, no habrían realizado ningún paso para impedir otras agresiones de sus subordinados y para castigar los maltratos ya cometidos.

A la denuncia no se le dará curso.

No es necesario evaluar si lo manifestado por el denunciante es adecuado para fundamentar una sospecha inicial que justifique el comienzo de una investigación preliminar. Del mismo modo, tampoco es necesario evaluar en qué medida las reglas de inmunidad se oponen a la iniciación de un procedimiento de investigación. De la ponderación que tiene que efectuarse según el § 153 de la Ordenanza Procesal Penal (OPP) resulta que, en consideración del principio de subsidiariedad, no hay sitio para una actividad de las autoridades alemanas de investigación.

Ciertamente, respecto de los crímenes amenazados con pena en el Código Penal Internacional vale el principio de justicia mundial (§ 1 CódPI). Conforme este, no es necesaria ninguna clase de conexión nacional para la aplicación del Código Penal Internacional. El principio de justicia mundial, no obstante, no legitima sin más una persecución penal ilimitada. La finalidad del Código Penal Internacional es cerrar lagunas de punibilidad y persecución penal. Sin embargo, esto tiene que suceder con el trasfondo de la no intervención en los asuntos de Estados extranjeros. Esto surge también del artículo 17 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, que aparece en el contexto de regulación del Código Penal Internacional. Según este, la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional es subsidiaria frente a la competencia del Estado del lugar del hecho o del autor; el Tribunal Penal Internacional sólo puede

ser activado cuando los Estados nacionales que en principio son llamados a juzgar son “*unwilling or unable*” de perseguir penalmente. Por las mismas razones, un tercer Estado no debe evaluar la praxis jurídica de Estados extranjeros según sus propios criterios, corregirla en un caso particular o reemplazarla por completo.

El legislador nacional de la República Federal Alemana no ha favorecido la subsidiariedad mediante un repliegue de la decisión fundamental en favor del principio de justicia mundial, sino a través de la regulación procesal diferenciada del § 153 OPP que fue sancionada simultáneamente con el Código Penal Internacional (BT-Drucks 14/8524 de ley para la introducción del Código Penal Internacional, p. 37; Kreß, *ZStW*, 114 (2002), pp. 845 y ss.). Para la interpretación y aplicación del § 153.f OPP, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional representa el modelo a seguir. Según este, la obligación de perseguir hechos del Código Penal Internacional está regulada de modo escalonado.

En primera línea están llamados a la persecución el Estado del lugar del hecho y el Estado de nacionalidad del autor y la víctima, así como un tribunal internacional competente (Weigend, en *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, p. 209). La competencia de terceros Estados no intervinientes debe entenderse, por el contrario, como competencia de recogida que evita una impunidad (llamada *impunity*) pero que, por lo demás, no debe hacer inadecuadamente a un lado a las jurisdicciones con competencia prioritaria (BT-Drucks 14/8524 de ley para la introducción del Código Penal Internacional, pp. 37-38; Werle, Jeßberger *JZ*, 2002, pp. 725, 733; Beulke, en Löwe/Rosenberg, *StPO*, ed. 25.^a, apéndice 2003; § 153f, número marginal 6; del mismo modo, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, preámbulo, *BGBI I.*, 11.2000, p. 1394, Schoreit, en *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 5.^a ed., § 153f, número marginal 2). Recién cuando la persecución penal no sea garantizada o no pueda garantizarse a través de los Estados con competencia prioritaria o un tribunal internacional, como por ejemplo cuando el autor mediante una fuga al extranjero se ha sustraído de la persecución, surge la competencia de recogida de las autoridades de persecución penal alemanas. Esta preordenación se justifica en el interés especial en la persecución penal del Estado de nacionalidad del autor o la víctima así como en la frecuente mayor cercanía a los medios de prueba de las jurisdicciones preferentes (BT-Drucks 14/8524 de ley para la introducción del Código Penal Internacional, p. 37; Weigend, en *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, p. 209).

Concurren los presupuestos del § 153 OPP. La competencia preferente para la persecución penal, según estos principios, la tiene Estados Unidos de América como Estado nacional de los denunciados.

Los hechos denunciados han sido cometidos fuera del ámbito de validez de la Ordenanza Procesal Penal, conforme el § 153c, apartado 1, número 1, OPP. La República Federal Alemana no es, en este sentido, inclusive bajo la consideración de lo expuesto por el denunciante, ni lugar del hecho ni del resultado (§ 9 Código Penal).

No se presenta ningún indicio en favor de que algún alemán haya intervenido como autor en el hecho denunciado (artículo 153f, apartado 1, frase 2, apartado 2, frase 1, número 1, OPP) o que la víctima haya sido un ciudadano alemán (artículo 153f, apartado 2, frase 1, número 2, OPP).

El requisito de que exista una persecución en otro sitio (artículo 153f, apartado 2, frase 1, número 4, OPP) se encuentra satisfecho. El concepto de persecución del hecho debe interpretarse según el complejo global, y no en relación con un sospechoso en particular y su aporte especial al hecho. Lo determinante según el texto de la disposición es el suceso en su totalidad.

Una interpretación semejante del concepto de hecho resulta del Estatuto de Roma, a cuya implementación sirve el Código Penal Internacional. El artículo 14, párrafo 1, del Estatuto menciona expresamente el concepto de “una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte”. En qué orden y con qué medios el Estado con competencia preferente investiga a personas individuales en el marco de un complejo global, debe dejarse a criterio de este, en razón del principio de subsidiariedad. Algo diferente vale únicamente cuando tan solo se investiga en apariencia o sin voluntad seria de persecución (véase BT-Drucks 14/8524 de ley para la introducción del Código Penal Internacional, p. 38).

Aquí no concurren indicios de que las autoridades y los tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica se hayan abstenido o fueran a abstenerse de efectuar medidas penales en razón de los acontecimientos expuestos en la denuncia penal. Ya han sido llevados a cabo varios procedimientos en razón de los sucesos de Abu Ghraib contra intervinientes y también contra miembros de la brigada policial militar 800. Con qué medios y en qué momento se investiga a otros posibles sospechosos en conexión con los acontecimientos expuestos en la denuncia debe quedar a criterio de las autoridades de justicia de los Estados Unidos de América.

Con ello, respecto de los hechos narrados en la denuncia, resulta:

Dado que las personas denunciadas no se encuentran en el ámbito de validez del Código Penal Internacional y que tal presencia tampoco es de esperarse, concurren los presupuestos del § 153*f*, apartado 1, frase 1, OPP (cf. Weigend, en *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, p. 209)

Respecto de las personas denunciadas que se encuentran en la República Federal de Alemania o aquellas cuya presencia es de esperarse, no debe darse curso a la denuncia conforme el § 153, apartado 2, frase 2, OPP.

Los acusados que conforme la presentación del denunciante se encuentran en Alemania están en las bases militares norteamericanas como miembros de su armada. Ellos también están sujetos aquí, en lo relativo a su estancia, a una obligación especial de obediencia a sus jefes. Estados Unidos de América, como Estado persecutor, tiene por ello disposición ilimitada sobre estas personas. Así, también durante su estacionamiento en Alemania se encuentran ellos a disposición de la jurisdicción americana, del mismo modo en que lo estarían si residieran en los Estados Unidos.

Las lagunas de punibilidad que pretenden evitarse a través del principio de justicia mundial no se presentan, de modo que no hay motivo para la competencia de recogida de las autoridades de persecución penal alemanas. Esto se sigue también del § 153*f*, apartado 2, frase 2, OPP. A partir de este puede renunciarse a una persecución cuando la extradición al país persecutor está permitida y proyectada. Esto tiene que valer aun más cuando el Estado persecutor, como aquí, tiene a un sospechoso ilimitadamente a su disposición y con ello no es precisa ninguna extradición.

Lo mismo vale si es de esperarse una estadía temporalmente limitada en el ámbito de validez del Código Penal Internacional, cuando se conducen investigaciones respecto del complejo global en el Estado que posee preferencia. También en este caso, los denunciados no estarían sustraídos a una persecución penal por la justicia de los Estados Unidos.

No se presentan indicios que pudieran justificar la apertura de investigaciones, a pesar de encontrarse presentes los presupuestos del § 153*f* OPP. Pensables serían, en razón del principio de subsidiariedad, a lo sumo aquellas medidas que las autoridades estadounidenses, llamadas con preferencia a la investigación de los sucesos, no pudieran, por impedimentos fácticos o jurídicos, efectuar ellas mismas. Aquí no se advierten tales impedimentos.

El Fiscal Federal General ante el Tribunal Federal Superior, Karlsruhe, 10.02.2005.

ANEXO 2

Procedimiento para forzar
una acusación respecto
de los delitos de guerra en Iraq
(Decision OLG Stuttgart, 13.09.2005) *

Ordenanza Procesal Penal §§ 153f.I, II, 172.II.3

1. Contra la decisión discrecional subordinada al principio de oportunidad del Fiscal Federal General conforme el § 153f.I.1, II.1, 2, de la OPP, no está permitido ejercitar el procedimiento para forzar la acusación (§ 172.II.3, última frase, OPP).

2. Sin embargo, se encuentra sujeto a control judicial si se cumplieron los presupuestos típicos del § 153f.I, II, OPP.

3. Cuando se encuentran presentes los presupuestos típicos del § 153f.I, II, OPP, la decisión propiamente discrecional (esto es, la discrecionalidad en sentido estricto) no es justiciable. La decisión tan solo es controlable judicialmente en cuanto a si se practicó de algún modo discrecionalidad y si se superó el límite hacia la arbitrariedad.

Tribunal Estadual Superior de Stuttgart, decisión del 13.09.2005, 5 Ws 109/05.

Resumen

La competencia material del Tribunal Estadual Superior para resolver una presentación que discute el cierre del proceso decidido por el Fiscal Federal General

* Traducción de los doctores Ezequiel Malarino (Universidad de Buenos Aires) y Alejandro Kiss (Universidad de Buenos Aires) de la decisión publicada en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 2006, p. 117.

conforme al § 153*f* OPP, se sigue del § 172.IV OPP, § 120.I, n.º 8, Ley de Organización Judicial.

(1-4)

Como en el punto 1.

(5-6)

La exclusión del procedimiento para forzar una acusación que se sigue del § 172 II 3 OPP, sobre la base de la consideración de los “§§ 153*c* a 154 apartado 1”, comprende expresamente también al § 153*f* OPP.

(7-8)

Como en el punto 2.

(9)

El Fiscal Federal General ha confirmado correctamente los presupuestos típicos del § 153*f* OPP; en particular, el § 153*f*.II.2 OPP es aplicable a soldados estadounidenses estacionados en Alemania.

(10-17)

Como en el punto 3.

(18-22)

A través de la competencia del Fiscal Federal General en su carácter de autoridad nacional superior de acusación conforme los §§ 142*a*.I, 120.I, n.º 8, Ley de Organización Judicial, se garantiza un máximo de calificación jurídica.

(23)

En las decisiones relativas al § 153*f* OPP, el Fiscal Federal General tiene un amplio marco de discrecionalidad y valoración; en especial, la decisión de que tiene privilegio el Estado de nacionalidad de la persona denunciada (§ 153*f*.II.1, n.º 4, OPP) no es controlable judicialmente.

(24-26)

Las regla del § 153*f* OPP es acorde con la Constitución.

(27)

Los hechos

El 29 de noviembre de 2004 el abogado K, al comienzo en nombre y representación de los denunciantes números 1 a 5 ampliado luego a los denunciantes 6 a 18, interpuso una denuncia penal en la Fiscalía Federal situada en Karlsruhe contra diez personas, entre ellos el ministro de Defensa americano, atribuyéndoles responsabilidad por el maltrato de los prisioneros producido en los años 2003 y 2004 en la prisión Abu Ghraib, Iraq, por lo que deberían responder ante los tribunales alemanes por delitos de guerra conforme el Código Penal Internacional de la República Federal de Alemania y otras disposiciones penales internas.

Conforme el auto del día 10.02.2005 fundado en los § 153f.I.1 y II.1, 2, OPP, el Fiscal Federal General no le dio curso a la denuncia penal. Como fundamentación, expresó que de la ponderación efectuada según el § 153f OPP ha resultado que no hay lugar para la actividad de las autoridades de investigación alemanas en razón de los principios de subsidiariedad y no intromisión en los asuntos de los Estados extranjeros. Los reproches esgrimidos contra los denunciados fueron investigados en otro sitio, en los Estados Unidos de América.

No se presentaban indicios de que las autoridades y tribunales de los Estados Unidos de América se hubieran abstenido o que habrían de abstenerse de la persecución de los ilícitos contenidos en la denuncia penal, razón por la cual no era necesario comprobar si lo referido por el denunciante era apto para fundar una sospecha inicial que justificara el comienzo de un procedimiento de investigación.

Contra este auto, el apoderado de los denunciantes números 2 a 18 interpuso el día 10.03.2005 una solicitud de resolución judicial presentada en principio ante el Tribunal Estadual Superior de Karlsruhe.

En su resolución del día 27.06.2005, el Tribunal Estadual de Karlsruhe se declaró incompetente indicando que el gobierno regional de Baden-Wurtemberg no tiene sede en Karlsruhe (§ 120.I.1 Ley de Organización Judicial).

Con un escrito presentado el 14.07.2005 ante el Tribunal Estadual de Stuttgart, el abogado K solicitó, en favor de los denunciantes números 2 a 18, que, ante todo, se someta a una decisión del Tribunal Constitucional Federal conforme el artículo 100.II de la Ley Fundamental la relación del principio de justicia mundial

según el § 1 CódPI con el § 153f OPP y que se proceda a entablar por resolución judicial la demanda pública contra las personas denunciadas o bien que se ordene a la Fiscalía Federal la realización de investigaciones.

Los denunciantes defendieron la opinión de que el procedimiento previsto en la Ordenanza Procesal Penal para forzar una acusación estaba excepcionalmente permitido para el cierre de la investigación o denuncias conforme los §§ 172, 152.II OPP, en razón de que el Fiscal Federal General había ignorado los presupuestos típicos de la clausura conforme el § 153f OPP.

La solicitud de resolución judicial dirigida contra el auto del Fiscal Federal General del 10.02.2005 fue rechazada por improcedente.

Motivación

1. II. El Tribunal Estadual Superior de Stuttgart es territorial y materialmente competente para resolver la presentación.

2. La competencia material resulta del § 172.IV.1, 2, OPP en conexión con el § 120.I, nr. 8, Ley de Organización Judicial.

3. En lo relativo a la competencia territorial, para los militares y [...] (personas denunciadas números 3 y 4) existe la jurisdicción del sitio de residencia conforme el § 8.I OPP en correlación con el § 9.I.1 Código Civil aplicado análogamente. Ambos, como soldados de las fuerzas estadounidenses, tienen su residencia en la base H. Dado que [...] (las personas denunciadas números 7 y 8) tienen también residencia en la base W, se verifica por ello, de conformidad con el § 8.I OPP, § 9.I Código Civil, competencia del Tribunal Estadual Superior Fráncfort del Meno y entonces el denunciante puede interponer su solicitud de resolución judicial, según su elección, ante cualquiera de los tribunales estaduais superiores competentes (LR-Graalmann-Scheerer, ed. 25.^a, § 172 nm. 177).

4. No es imperativo en este caso presentar el asunto ante el Tribunal Superior Federal para que determine el tribunal competente (§ 13a OPP) dado que, como fue expresado, dos de las personas denunciadas se encuentran en H.

5. III. La solicitud de resolución judicial del día 14.07.2005 es inadmisibles dado que la realización de un procedimiento para forzar una acusación no está permitido (§ 172.II.3, última frase, OPP, en correspondencia con el § 153f OPP).

6. El § 172 OPP sirve al aseguramiento del principio de legalidad mientras que el auto impugnado está subordinado al principio de oportunidad de acuerdo con el § 153f OPP.

7. 1. El claro texto del § 172.II.3, última frase, OPP, regula una exclusión expresa del procedimiento para forzar una acusación “en los casos de los §§ 153c a 154.I” de la OPP; esta enumeración contempla justamente también al § 153f OPP.

8. Dado que la prescripción del § 172.II.3 OPP fue modificada por última vez a través de la ley del 20.12.1999 (*BGBI*, p. 2491), posee su validez inalterada desde el día 28.12.1999 y el legislador no la ha reformado a través de la contemporánea introducción del Código Penal Internacional, ni del § 153f OPP del día 26.06.2002 (*BGBI*, 2254) ni en ninguna oportunidad posterior, debe partirse de una decisión legislativa consciente contra la admisibilidad de un procedimiento para forzar una acusación en caso de las resoluciones conforme al § 153f OPP.

9. 2. Tampoco es aceptable la argumentación del denunciante en cuanto a que el Fiscal Federal General afirmó injustamente los presupuestos del § 153f OPP y que en verdad no se presenta un caso de posibilidad de clausura del proceso conforme esta prescripción, por lo que tampoco es aquí válida la exclusión del procedimiento para forzar una acusación. El control judicial realizado en esa extensión revela que —similar al caso de la revisión de la clausura de un procedimiento por un delito grave bajo la aplicación errónea del § 153a OPP, que únicamente es aplicable a los delitos menos graves— concurren todos los presupuestos típicos del § 153f OPP.

10. El Fiscal Federal General, con la resolución sustentada en el § 153f.I.1, II.1, 2, OPP, del día 10.02.2005, no le dio curso a la denuncia penal luego de efectuar una ponderación sobre la prioridad de la posible jurisdicción nacional.

11. A la vista de la circunstancia de que según lo referido en la denuncia y la solicitud se trata de hechos penales conforme los §§ 6 a 14 CódPI —delitos de guerra contra personas conforme el § 8 CódPI— y que respecto de ellos, con excepción del sitio donde se hallan las bases H y W, no se ha expuesto ni es evidente ninguna conexión nacional dado que los lugares de los hechos se ubican en Iraq y por consiguiente fuera de Alemania, las personas denunciadas son ciudadanos americanos estadounidenses y el denunciante iraquí, y con ello no hay ciudadanos alemanes sospechosos, concurren los presupuestos típicos del § 153f.I.1, II.1 y 2, OPP, objetados por el solicitante.

12. a. Respecto de las seis personas denunciadas [...] (n.º 1), [...] (n.º 2), [...] (n.º 5), [...] (n.º 6), [...] (n.º 9) y [...] (n.º 10) se presentan —sin considerar la

cuestión de la inmunidad— las condiciones del § 153.I OPP, dado que según lo referido en la presentación ellas no se encuentran en el ámbito de aplicación del Código Penal Internacional y tal presencia tampoco es de esperarse.

13. Dado que los cuatro denunciados [...] (n.º 3), [...] (n.º 4), [...] (n.º 7) y [...] (n.º 8), conforme lo referido por el denunciante, se encuentran en la República Federal Alemana —han de encontrarse estacionados en H y W— o bien tal presencia es de esperarse, el auto recurrido del Fiscal Federal General fue sustentado en el § 153f.II.2 OPP.

14. Inclusive durante su previo estacionamiento en las bases estadounidenses estas cuatro personas denunciadas estaban, como miembros de las fuerzas estadounidenses, ilimitada e inevitablemente a la disposición de los Estados Unidos. Ellos se encontraban sometidos —tal como los restantes miembros de la milicia estadounidense que se encuentran en los Estados Unidos— al poder de la autoridad americana y a la jurisdicción americana sin consideración de su estacionamiento en Alemania. De este modo, no existe ninguna laguna de punibilidad que deba evitarse a partir del principio de justicia mundial, de manera que no se presenta la necesidad de una competencia de recogida de las autoridades de persecución penal alemanas.

15. Como consecuencia de ello, la aplicación del § 153f.II.2 OPP efectuada por el Fiscal Federal General respecto de los soldados estadounidenses estacionados en Alemania parece jurídicamente adecuada. Dado que conforme el § 153f.II.2 OPP se puede prescindir de la persecución cuando está permitida y proyectada una extradición en favor del Estado persecutor, ello tiene que valer aun más cuando el Estado persecutor —como aquí los Estados Unidos de América— tiene ilimitadamente a su disposición a los miembros de la fuerza militar americanos y con ello no es necesaria ninguna extradición.

16. Lo mismo valdría frente a una eventual estadía transitoria de alguna de las 6 personas denunciadas [...] (n.º 1), [...] (n.º 2), [...] (n.º 5), [...] (n.º 6), [...] (n.º 9) y [...] (n.º 10) en el ámbito de validez del Código Penal Internacional, dado que, según las averiguaciones del Fiscal Federal General, se conducen investigaciones respecto del complejo global en el Estado que posee preferencia (USA).

17. Por ello, se comprueban los presupuestos externos del § 153f.I.1, II.1, 2, OPP.

18. b. También la decisión (propriadamente) discrecional que tomó el Fiscal Federal General en el marco del § 153f OPP resulta jurídicamente inobjetable.

19. La decisión discrecional recurrida tan solo es controlable, en el marco de la competencia judicial para comprobación y evaluación, en cuanto a si se practicó alguna discrecionalidad y si se superó el límite hacia la arbitrariedad.

20. En la presente, la resolución recurrida no cae en el grupo de casos de ausencia de discrecionalidad ni en el de arbitrariedad.

21. La decisión discrecional, por falta de una presencia dentro del país de las seis personas denunciadas [...] (n.º 1), [...] (n.º 2), [...] (n.º 5), [...] (n.º 6), [...] (n.º 9) y [...] (n.º 10) y considerando que la posibilidad prioritaria de persecución del Estado de nacionalidad de las cuatro personas denunciadas estacionadas en Alemania no se rige por el principio de legalidad sino por el de oportunidad, al cual tampoco le es aplicable un procedimiento para forzar una acusación cuando, como aquí, la decisión discrecional de la Fiscalía se tomó sin intervención judicial (KK-Schmid, 5.^a ed., § 172 nm. 41).

22. El legislador, con la recepción del principio de justicia mundial para los delitos del Código Penal Internacional en el § 1, frase 2, CódPI, introdujo simultáneamente el § 153f OPP para limitar en el plano procesal la inmensa extensión de la competencia de las autoridades alemanas de persecución penal (LR-Beulke, apéndice a la 25.^a ed., § 153f nm. 4 OPP). Sin este correctivo procesal, el extenso ámbito de aplicación del § 1 CódPI conduciría a una ampliación desmesurada y objetable desde el punto de vista del derecho internacional de la persecución penal nacional, que en gran parte también debería ser estirada hacia aquellos casos en los que de antemano no existe ninguna posibilidad, o ella es extremadamente limitada, de esclarecer y sentenciar el hecho en un proceso nacional (cf. ya el BGH, *NSiZ*, 1999, p. 236).

23. El competente para resolver conforme el § 153f OPP es el Fiscal Federal General (§§ 142a.I, 120.I, n.º 8, Ley de Organización Judicial) como autoridad nacional superior de acusación, con lo cual se garantiza un máximo de calificación jurídica; la concentración de competencia se corresponde también con el especial significado y gravedad de los hechos penales según el Código Penal Internacional.

24. El § 153f OPP le otorga al Fiscal Federal General ante la concurrencia de sus presupuestos típicos —en especial, cuando falta vinculación nacional— un amplio ámbito de discrecionalidad y decisión. Este es tan extenso que, conforme el § 153f OPP —distinto del principio del § 156 OPP—, inclusive la acusación misma puede ser retirada y el proceso archivado cuando el procedimiento principal ya ha sido abierto. El retiro de la acusación es posible cualquiera sea la situación del

procedimiento, también en la instancia recursiva y frente a la firmeza parcial (LR-Beulke aaO, nm. 44). Para retirar la acusación no es necesario el acuerdo del tribunal ni el del acusado ni el del querellante. Así, en los casos del § 153f OPP, el Fiscal Federal General tiene que quedar, de acuerdo con la voluntad del legislador, como único señor del procedimiento inclusive luego de la apertura del procedimiento principal. Tanto más debe valer esto en el estadio del procedimiento previo (procedimiento de investigación).

25. c. La decisión discrecional pura, esto es la discrecionalidad en sentido estricto, es, en el marco del § 153f OPP, no judicializable (LR-Beulke, o. cit., nm. 44).

26. En especial, la afirmación del requisito de una persecución en otro sitio § 153f.II.1, n.º 4, OPP y la decisión del Fiscal Federal General que la acompaña en favor de la preferencia del Estado de nacionalidad de las personas denunciadas (aquí, los Estados Unidos de América) frente a la jurisdicción subsidiaria de “tercer Estado” de la República Federal Alemana no es controlable judicialmente (LR-Beulke, o. cit., nm. 44, cf. sobre ello Werle/Jeßberger, *JZ*, 2002, pp.725, 733; Meyer/Großner, 48.ªed., § 153f nm. 1).

27. IV. La Sala no se vio obligada a efectuar una presentación ante el Tribunal Constitucional Federal conforme el § 100 de la Ley Fundamental dado que no estima que el § 153f OPP sea inconstitucional (artículo 100.I Ley Fundamental) y evidentemente no hay dudas acerca de si una regla de derecho internacional forma parte del derecho federal y si de esta resultan directamente derechos y obligaciones para el individuo (artículo 100.II Ley Fundamental).

ANEXO 3

Ley para la ejecución
del Estatuto de Roma
de la Corte Penal Internacional,
de 17 de julio de 1998 *

De 21 de junio de 2002

ARTÍCULO 1

**Ley acerca de la cooperación con la
Corte Penal Internacional (LCCPI)**

* Traducción del Prof. Dr. Daniel R. Pastor (Universidad de Buenos Aires).

Tabla de contenidos

PRIMERA PARTE - ÁMBITO DE APLICACIÓN

- § 1 Ámbito de aplicación

SEGUNDA PARTE - ENTREGA

- § 2 Principio
- § 3 Solicitud de entrega y proceso penal anterior ante la Corte o ante un Estado extranjero
- § 4 Solicitud de entrega y solicitud de extradición
- § 5 Documentación relativa a la entrega
- § 6 Concesión de la entrega
- § 7 Competencia material
- § 8 Competencia territorial
- § 9 Medidas de búsqueda
- § 10 Detención a los fines de la entrega
- § 11 Detención provisional a los fines de la entrega
- § 12 Orden de detención a los fines de la entrega
- § 13 Detención provisional
- § 14 Procedimiento posterior a la captura referida a una orden de prisión a los fines de la entrega
- § 15 Procedimiento posterior a la detención provisional
- § 16 Decisiones relativas a la prisión y suspensión de la ejecución de una orden de prisión a los fines de la entrega
- § 17 Examen de la prisión
- § 18 Ejecución de la prisión
- § 19 Interrogatorio del requerido
- § 20 Procedimiento de admisibilidad
- § 21 Realización de la vista oral
- § 22 Resolución acerca de la admisibilidad
- § 23 Nueva decisión sobre la admisibilidad
- § 24 Prisión para la ejecución de la entrega
- § 25 Especialidad
- § 26 Solicitud de entrega posterior a la extradición
- § 27 Entrega temporaria
- § 28 Proceso penal alemán y solicitud de entrega
- § 29 Remisión de objetos como parte del procedimiento de entrega
- § 30 Secuestro y registro
- § 31 Asesoramiento

ANEXO 3

- § 32 Entrega simplificada
- § 33 Consulta al Tribunal Supremo Federal

TERCERA PARTE - TRÁNSITO

- § 34 Principio
- § 35 Documentación para el tránsito
- § 36 Competencia
- § 37 Procedimiento para el tránsito
- § 38 Tránsitos múltiples
- § 39 Tránsito imprevisto

CUARTA PARTE - ASISTENCIA JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE DECISIONES Y RESOLUCIONES DE LA CORTE

- § 40 Principio
- § 41 Ejecución de penas privativas de la libertad
- § 42 Fuga y especialidad
- § 43 Ejecución de penas de multa
- § 44 Ejecución de resoluciones de decomiso
- § 45 Ejecución de resoluciones indemnizatorias
- § 46 Competencia, intervención del Tribunal Supremo Federal y asesoramiento

QUINTA PARTE - OTRAS ASISTENCIAS JUDICIALES

- § 47 Principio
- § 48 Aplazamiento de la ejecución
- § 49 Competencia
- § 50 Decisión judicial
- § 51 Entrega de objetos
- § 52 Secuestro y registro, confiscación de bienes
- § 53 Comparecencia personal de testigos
- § 54 Traslado provisional
- § 55 Remisión temporaria y traslado
- § 56 Protección de personas
- § 57 Notificaciones
- § 58 Transmisión de conocimientos e informaciones obtenidos oficialmente
- § 59 Observación de comunicaciones telefónicas y otras medidas tomadas sin consentimiento del afectado
- § 60 Presencia en los actos de asistencia judicial
- § 61 Audiencias judiciales

- § 62 Ejecución directa por la Corte
- § 63 Iniciación de un proceso penal alemán

SEXTA PARTE - SOLICITUDES SALIENTES

- § 64 Forma y contenido de las solicitudes
- § 65 Devolución
- § 66 Entrega temporal para un proceso penal alemán
- § 67 Condiciones

SÉPTIMA PARTE - DISPOSICIONES GENERALES

- § 68 Competencia federal
- § 69 Proceso penal alemán y proceso penal previo ante la Corte
- § 70 Aviso
- § 71 Gastos
- § 72 Aplicación de otras disposiciones procesales
- § 73 Limitación de derechos fundamentales

Primera parte

ÁMBITO DE APLICACIÓN

§ 1

Ámbito de aplicación

(arts. 1, 17, 86 y 34 del Estatuto de Roma)

1) La Corte Penal Internacional es subsidiaria de la jurisdicción penal alemana. La República Federal de Alemania colabora con la Corte Penal Internacional según esta ley y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) del 17 de julio de 1998 (BGBl. 2000 II, p. 1393).

2) La palabra «Corte», en el sentido de esta ley, designa a la Corte Penal Internacional establecida por el Estatuto de Roma, incluyendo su presidencia, sus secciones, la fiscalía, la secretaría y los miembros de dichos órganos.

Segunda parte

ENTREGA

§ 2

Principio

(arts. 89, inc. 1, y 91, incs. 2 y 3 del Estatuto de Roma)

1) Las personas cuya entrega haya sido demandada por la Corte Penal Internacional de conformidad con el Estatuto de Roma y que se encuentren en el territorio nacional serán entregadas para la persecución penal o para la ejecución de la pena conforme al Estatuto de Roma y a esta ley.

2) La remisión para la ejecución de la pena puede ser ejecutada, de conformidad con la Corte, también por medio de la entrega directa del requerido a las autoridades competentes del Estado en el cual deba ser ejecutada la pena privativa de libertad impuesta por la Corte (Estado de ejecución).

§ 3**Solicitud de entrega y proceso penal anterior
ante la Corte o ante un Estado extranjero**

(art. 89, inc. 2, párr. 1, del Estatuto de Roma)

Si durante el procedimiento para la entrega el requerido sostiene que ya fue condenado o absuelto por la Corte o por un tribunal estatal respecto del hecho por el cual la Corte solicita su entrega, la autoridad ante la cual el requerido lo haya hecho valer informará inmediatamente a la fiscalía del tribunal superior estadual, sin perjuicio del § 68, inc. 3, párrafos 3 y 4. El tribunal superior estadual, de conformidad con el art. 89, inc. 2, párrafo 3 del Estatuto de Roma aplazará el procedimiento de entrega hasta que la Corte decida sobre la admisibilidad. El requerido no será entregado si la Corte resuelve que la realización del proceso es inadmisibile.

§ 4**Solicitud de entrega y solicitud de extradición**

(art. 90 del Estatuto de Roma)

1) Si un Estado extranjero solicita la extradición de una persona por un hecho de competencia de la Corte, ella puede ser informada de la existencia de tal solicitud. A su pedido le serán remitidos una copia de la solicitud de extradición y de los documentos acompañados, si el Estado extranjero no se opone a la remisión y ella no es contraria a alguna disposición de derecho internacional.

2) Si respecto de una misma persona la Corte solicita la entrega y un Estado extranjero la extradición, la Corte y el Estado serán informados de la solicitud del otro. Si ambas solicitudes se refieren al mismo hecho, ello será incluido en la información mencionada en el párrafo anterior.

3) Si al momento de presentación de la solicitud de entrega de la Corte la extradición todavía no ha sido concedida, esa decisión será aplazada, respetándose el inc. 5, hasta que se resuelva sobre la procedencia de la entrega. Esta decisión, a la que se le reconoce carácter prioritario, es dictada según el art. 90, incs. 2, 4 y 7, letra a, del Estatuto de Roma.

4) En los casos del art. 90, incs. 2 a 6, del Estatuto de Roma, después de la concesión de la solicitud de entrega, la decisión sobre la procedencia de la extradición

será aplazada hasta la decisión definitiva tomada en el proceso ante la Corte acerca de los hechos a los que se refiere la solicitud de entrega.

5) Si en los casos del art. 90, inc. 5, del Estatuto de Roma, la Corte, dentro de los dos meses desde la comunicación prevista por el art. 90, inc. 1, del Estatuto de Roma, no ha decidido sobre la admisibilidad, se puede dictar resolución sobre la procedencia de la extradición si se cumplen los demás requisitos.

6) En los casos del art. 90, incisos 6 y 7, letra b, del Estatuto de Roma, se le dará prioridad a la solicitud de la Corte, a menos que, en consideración a los factores mencionados en dichas disposiciones, las razones favorables a la procedencia de la solicitud de extradición sean claramente predominantes.

7) La Corte, en todos los casos, será informada acerca de la decisión sobre la solicitud de extradición.

§ 5

Documentación relativa a la entrega

(arts. 91, incs. 2 y 3, y 111, del Estatuto de Roma)

1) La entrega a la Corte será admitida únicamente si ha sido presentada la documentación mencionada por el art. 91, inc. 2, del Estatuto de Roma (entrega para la persecución) o por el art. 91, inc. 3, del Estatuto de Roma (entrega para la ejecución de la pena). Si la entrega para la persecución es solicitada por varios hechos, respecto de ello, en lugar de una orden de prisión, bastará con una certificación de la Corte de la que surja el hecho atribuido al requerido. Entre los documentos mencionados por el art. 91, inc. 2, letra c, del Estatuto de Roma deberán figurar las disposiciones aplicables. En tanto que se trate de preceptos del Estatuto será suficiente con la indicación de esas disposiciones.

2) La ejecución de la entrega aprobada al Estado ejecutor para la ejecución de la pena (§ 2, inc. 2) sólo será admisible si, junto con los documentos mencionados en el art. 91, inc. 3, del Estatuto de Roma

1. ha sido presentado un certificado del Estado ejecutor, del que surja su conformidad con la ejecución, o una declaración de la Corte acerca de la conformidad del Estado ejecutor con la ejecución; y
2. la Corte ha expresado en la solicitud o en los documentos acompañados su aprobación a la entrega del requerido al Estado ejecutor por parte de las autoridades alemanas.

§ 6

Concesión de la entrega

Fuera de los supuestos del § 32, la entrega sólo puede ser concedida si el tribunal la ha declarado admisible.

§ 7

Competencia material

1) Salvo disposición en contrario, las decisiones judiciales son dictadas por el tribunal superior estadual. Las resoluciones del tribunal superior estadual son irrecorribles.

2) La fiscalía ante el tribunal superior estadual prepara la decisión sobre la entrega y ejecuta la entrega aprobada.

§ 8

Competencia territorial

1) La competencia territorial corresponde al tribunal superior estadual, y a la fiscalía que actúa ante él, en cuyo distrito haya sido detenido el requerido con motivo de la entrega, o, en caso de que no se haya producido una detención, en cuyo distrito se haya iniciado la investigación.

2) Si varios requeridos, que deben ser entregados por su participación en el mismo hecho o en hechos vinculados, son detenidos o investigados, con motivo de la entrega, en distritos de diferentes tribunales superiores estaduais, la competencia se determinará en favor del superior tribunal estadual que haya actuado primero en la causa y, si ninguno ha intervenido, en favor de aquel cuya fiscalía haya intervenido primero en la causa.

3) En tanto que el paradero del requerido no sea conocido, corresponde la competencia del lugar de asiento del Gobierno Federal.

§ 9

Medidas de búsqueda

(art. 59, inc. 1, del Estatuto de Roma)

1) Después de ingresada una solicitud de la Corte de detención y entrega según el § 89, inc. 1, del Estatuto de Roma o de detención provisional según el art.

92, inc. 1, del Estatuto de Roma, serán adoptadas las medidas necesarias para la determinación de la residencia del requerido y su detención. Las disposiciones del capítulo 9a del Libro Primero de la Ordenanza Procesal Penal son aplicables en lo que corresponda.

2) Para el dictado de medidas de búsqueda particulares no se requiere una solicitud especial de la Corte. La fiscalía ante el tribunal superior estadual es competente para emitir la orden de detención.

§ 10

Detención a los fines de la entrega

(art. 59, inc. 1, del Estatuto de Roma)

Con posterioridad al ingreso de la solicitud de detención y entrega, a la cual se haya acompañado la documentación prevista en el art. 91, inc. 2, del Estatuto de Roma, en el caso de una entrega para la persecución, o en el art. 91, inc. 3, del Estatuto de Roma, en el caso de una entrega para la ejecución de la pena, será ordenada la prisión del requerido a los fines de la entrega.

§ 11

Detención provisional a los fines de la entrega

(arts. 59, inc.1, y 92, del Estatuto de Roma)

1) Si se ha presentado una solicitud de la Corte para la detención provisional y los documentos mencionados en el art. 92, inc. 2, del Estatuto de Roma, será ordenada la prisión provisional a los fines de la entrega. La orden de prisión provisional será revocada si el requerido permanece en prisión, a los fines de la entrega, desde el día de la captura o de la detención provisional sesenta días en total sin que sea presentada ante la autoridad competente según el § 68, inc. 1, una solicitud de la Corte para la detención y entrega y los documentos respectivos exigidos por el Estatuto o si el requerido, dentro de ese plazo, no ha prestado su conformidad para su entrega simplificada (§ 33).¹

¹ N. del T.: Si bien el texto de la ley menciona el § 33 se refiere en realidad al § 32.

2) Antes de la recepción de una solicitud de detención y entrega o de una solicitud de detención provisional puede ser ordenada la prisión provisional a los fines de la entrega si la persona, en razón de determinados motivos, es sospechosa vehementemente de haber cometido un hecho que pueda dar motivo a su entrega a la Corte y si

1. hay peligro de que el requerido se sustraiga al proceso de entrega o a la ejecución de la entrega; o
2. con base en circunstancias determinadas esté fundada la sospecha vehemente de que el requerido obstaculizará la averiguación de la verdad en el proceso ante la Corte o en el proceso de entrega.

Contra un requerido que sea sospechoso vehementemente de la comisión de un genocidio (art. 6 del Estatuto de Roma) o de un crimen contra la humanidad (art. 7 del Estatuto de Roma) la prisión provisional a los fines de la entrega puede ser ordenada también si razones determinadas fundan el peligro de que sin la detención del requerido pudiera peligrar el esclarecimiento del hecho que a él se le imputa por parte de la Corte. Por medio de medidas adecuadas se deberá garantizar que las autoridades de la Corte, competentes según el § 68, inc. 1, sean informadas del dictado de la prisión prevista por los párrafos 1 o 2.

3) La orden de prisión provisional a los fines de entrega dictada según el párrafo 2 será revocada si la Corte declara no estar dispuesta a formular la solicitud correspondiente o si el requerido cumple en prisión con motivo de la entrega un mes en total desde el día de la captura o de la detención provisional sin que la Corte haya formulado una solicitud de detención y entrega o de detención provisional ante las autoridades competentes según el § 68, inc. 1. A partir de la presentación de una solicitud de la Corte de detención y entrega o de detención provisional resulta aplicable el plazo mencionado en la segunda oración del inc. 1.

§ 12

Orden de detención a los fines de la entrega

1) La prisión provisional y la prisión con fines de la entrega serán dispuestas por orden de prisión escrita (orden de prisión a los fines de la entrega) del tribunal superior estadual.

- 2) En la orden de prisión a los fines de la entrega se deberá indicar:
 1. el requerido,
 2. el hecho imputado al requerido, y
 3. la solicitud y la documentación acompañada o, en el caso del § 11, incs. 1 o 2, el motivo de la prisión y las razones en las que se funda, como también las circunstancias de las que surja que el requerido es vehementemente sospechoso de haber cometido un hecho que puede dar ocasión a su entrega.

- 3) La orden de prisión a los fines de la entrega será revocada si la solicitud es retirada, si la Corte declara que el proceso ante ella, en el que se ha formulado la solicitud de entrega, es inadmisibles o si la entrega es declarada inadmisibles.

§ 13

Detención provisional

- 1) Si existen los requisitos para una orden de prisión a los fines de la entrega, quedan autorizados a practicar la detención la fiscalía y los funcionarios de la policía. Bajo los presupuestos del § 127, inc. 1, párr. 1, toda persona está legitimada para practicar la detención provisional.
- 2) Si el requerido es detenido se le deberá comunicar el motivo de la detención.
- 3) Si existe una orden de prisión a los fines de la entrega, ella debe ser puesta en conocimiento del requerido inmediatamente. El requerido recibirá una copia.

§ 14

Procedimiento posterior a la captura referida a una orden de prisión a los fines de la entrega

(art. 59, inc. 2, del Estatuto de Roma)

- 1) Si el requerido, con motivo de una orden de prisión a los fines de la entrega, es capturado será conducido de inmediato, a más tardar al día siguiente al de su detención, ante el juez municipal más cercano.
- 2) Inmediatamente después de esa presentación, o a más tardar al día siguiente, el juez del juzgado municipal interrogará al requerido acerca de sus datos

personales, especialmente sobre su nacionalidad. Le advertirá que puede, en todo estado del proceso, servirse de asistencia jurídica (§ 31) y que es libre de declarar o de no declarar acerca del hecho que se le atribuye. También informará al requerido que puede solicitar la cesación de la ejecución de la orden de prisión a los fines de la entrega y que también, con motivo de la orden de prisión del tribunal superior estadual, puede dirigirse a éste en todo momento para preguntarle si, y dado el caso, por qué razones, podría realizar objeciones contra la entrega; es aplicable, en lo que corresponda, el § 41, inc. 5, párr. 1. En el caso del § 11, inc. 2, el interrogatorio se extenderá también al objeto de la imputación; en los demás casos, las indicaciones que sobre ello efectúe espontáneamente el requerido serán volcadas en las actas. Si la Corte lo solicita le será remitida una copia de las actas.

- 3) Si del interrogatorio surge que
 1. el detenido no es la persona designada en la orden de prisión,
 2. la orden de prisión ha sido revocada, o
 3. la ejecución de la orden de prisión fue suspendida,

entonces el juez del juzgado municipal ordenará la libertad del requerido. La decisión será tomada después de haberse oído a la fiscalía del tribunal superior estadual que resulte competente en materia de admisibilidad de la entrega.

4) Si la orden de prisión a los fines de la entrega ha sido revocada o su ejecución suspendida, el juez del juzgado municipal ordenará que el requerido siga detenido hasta la decisión del tribunal superior estadual, si

1. existen los presupuestos para una nueva orden de prisión por el hecho, o
2. existen motivos para ordenar la ejecución de la orden de prisión.

La fiscalía del tribunal superior estatal requerirá de inmediato la decisión de éste.

5) Si el requerido solicita que la orden de prisión a los fines de la entrega no sea ejecutada o efectúa otras objeciones contra la orden de prisión o contra su ejecución, que no resulten manifiestamente infundadas, o el juez del juzgado municipal tiene dudas acerca de la subsistencia de la prisión, entonces él comunicará ello inme-

diatamente, sin perjuicio de lo dispuesto por el § 68, inc. 3, párrafos 3 y 4, a la fiscalía del tribunal superior estadual. Ella requerirá de inmediato la decisión del tribunal superior estadual; el § 16, incs. 2 a 4, es aplicable en lo que corresponda.

6) Si el requerido no efectúa oposición alguna contra la entrega, el juez del juzgado municipal lo instruirá acerca de la posibilidad de la entrega simplificada y sus consecuencias jurídicas (§ 33)² y además dejará constancia en acta de la declaración. El inc. 2, párrafo 5, es aplicable en lo que corresponda.

7) La resolución del juez del juzgado municipal es irrecurrible.

§ 15

Procedimiento posterior a la detención provisional

1) Si el requerido está en detención provisional será conducido de inmediato, a más tardar al día siguiente de su detención, ante el juez del juzgado municipal más próximo.

2) El § 14, inc. 2, es aplicable al interrogatorio del requerido en lo que corresponda.

3) Si durante el interrogatorio surge que el detenido no es la persona requerida o a la que se refieren las circunstancias en el sentido del § 11, inc. 2, entonces el juez del juzgado municipal ordenará su libertad. De lo contrario, ordenará que el requerido sea mantenido en detención hasta la decisión del tribunal superior estadual. La fiscalía ante éste requerirá inmediatamente la decisión; la participación de la Corte está regida, en lo correspondiente, por el art. 59, incs. 4 a 6, del Estatuto de Roma. El § 14, incs. 5 a 7, rige en lo que corresponda.

§ 16

Decisiones relativas a la prisión y suspensión de la ejecución de una orden de prisión a los fines de la entrega

(art. 59, incs. 4 al 6, del Estatuto de Roma)

1) Las objeciones del requerido contra la orden de prisión a los fines de la entrega o contra su ejecución serán decididas por el tribunal superior estadual.

² N. del T.: Si bien el texto de la ley menciona el § 33, se refiere en realidad al § 32.

2) El tribunal superior estadual sólo suspenderá la ejecución de una orden de prisión a los fines de la entrega solicitada por la Corte bajo los supuestos del art. 59, inc. 4, del Estatuto de Roma. La ejecución de una orden de prisión a los fines de la entrega dictada de acuerdo con el § 11, inc. 2, párrafos 1 y 2, puede ser suspendida si medidas menos gravosas ofrecen la seguridad de que los fines de la prisión también podrán ser alcanzados por ellas.

3) Antes de la decisión prevista en el inc. 2 o de la prevista en el inc. 2, párr. 1, se le dará a la Corte la oportunidad de expresar su opinión. Eventuales recomendaciones serán tenidas en cuenta de conformidad con el art. 59, inc. 5, párr. 2, del Estatuto de Roma. En tanto que deba ser dejada de lado una recomendación de la Corte, deberá dársele nuevamente, con expresión de las razones, ocasión de manifestar su opinión. Si la ejecución de la orden de prisión a los fines de la entrega es suspendida, la Corte será informada, a su pedido, acerca del estado del caso.

4) El § 116, inc. 1, párr. 2, y el inc. 4, como también los § 116a, 123 y 124, incs. 1, 2, párr. 1, y 3, de la Ordenanza Procesal Penal rigen en lo que corresponda.

§ 17

Examen de la prisión

Si el requerido se encuentra en prisión a los fines de la entrega, aunque sea provisional, decidirá el tribunal superior estadual acerca de la suspensión de la orden de prisión, si el requerido, desde el día de la captura, de la detención provisional o de la última decisión sobre la ejecución de la orden de prisión lleva en prisión dos meses a los fines de la entrega.

El examen de la prisión será reiterado cada dos meses. El tribunal superior estadual puede decidir que el examen de la prisión sea realizado en un plazo más breve. El § 16, incs. 2 y 3, es correspondientemente aplicable.

§ 18

Ejecución de la prisión

1) Para la prisión provisional y la prisión a los fines de la entrega, como también respecto de la prisión ordenada por el juez del tribunal municipal, rigen los preceptos de la Ordenanza Procesal Penal; de la Ley de Ejecución Penal y, en tanto

que el requerido sea un joven, la Ley Judicial Juvenil acerca de la ejecución de la prisión correspondiente.

2) La fiscalía ante el tribunal superior estadual determinará en qué establecimiento permanecerá detenida la persona requerida.

3) Las decisiones judiciales serán tomadas por el presidente de la sala competente del tribunal superior estadual.

§ 19

Interrogatorio del requerido

1) Después del ingreso de la solicitud de detención y entrega, el tribunal superior estadual interrogará al requerido, si él no ha prestado su conformidad con la remisión simplificada (§ 32).

2) El tribunal superior estadual interrogará al requerido acerca de sus datos personales, especialmente acerca de su nacionalidad. El § 14, inc. 2, párrafos 2 y 3, rige en lo que corresponda. El requerido será interrogado acerca del objeto de la imputación si la fiscalía del tribunal superior estadual lo solicita; en los demás casos las indicaciones que el requerido formule por sí mismo serán asentadas en las actas. El § 14, inc. 2, párrafos 5 y 6, rige en lo que corresponda.

§ 20

Procedimiento de admisibilidad

1) Si el requerido no ha prestado su conformidad para la remisión simplificada (§ 32), la fiscalía solicitará al tribunal superior estadual que decida acerca de la admisibilidad de la entrega.

2) Si la documentación de la solicitud de entrega fuera insuficiente para decidir sobre la admisibilidad, el tribunal superior estadual tomará su decisión sólo después de que se le haya dado oportunidad a la Corte para aportar documentación complementaria.

3) El tribunal superior estadual podrá interrogar al requerido. Se podrán producir otras pruebas acerca de la admisibilidad de la entrega y se podrá llevar a cabo una vista oral. El tribunal superior estadual decidirá sobre la forma y extensión de la recepción de la prueba sin quedar obligado por requerimientos, renunciaciones o resoluciones anteriores.

§ 21

Realización de la vista oral

1) Del lugar y de la fecha de la vista oral serán notificados la fiscalía del tribunal superior estadual, el requerido y su asesor (§ 31). En la vista oral deben estar presentes un representante de la fiscalía del tribunal superior estadual y el asesor designado por el requerido. A los miembros de la Corte y al defensor del requerido en el proceso ante la Corte se les podrá permitir asistir y sugerir preguntas.

2) Si el requerido se halla detenido será conducido a la audiencia, salvo que él haya renunciado a estar presente en la vista o que se oponga a su traslado su enfermedad, su incapacidad para estar en juicio producida intencionalmente, su proscripción para estar presente debido a su comportamiento contrario a las reglas o cualquier otro impedimento insuperable atribuible al requerido.

3) Si el requerido se encuentra en libertad, el tribunal superior estadual ordenará regularmente su presencia en tanto que no existan motivos de peso para no hacerlo. Si el requerido debidamente notificado no se presenta y su incomparecencia no está suficientemente justificada, el tribunal superior estadual ordenará que sea conducido a la audiencia y tomará las medidas requeridas para asegurar una posterior entrega.

4) En la vista oral serán oídas las partes presentes. Acerca de la vista se labrará acta. El § 14, inc. 2, párr. 5, es aplicable en lo que corresponda.

§ 22

Resolución acerca de la admisibilidad

La resolución acerca de la admisibilidad de la entrega debe ser fundada. Debe ser notificada a la fiscalía del tribunal superior estadual, al requerido y a su asesor (§ 31). El requerido recibirá una copia.

§ 23

Nueva decisión sobre la admisibilidad

1) Si después de la resolución del tribunal superior estadual acerca de la admisibilidad de la entrega surgieran circunstancias adecuadas para motivar una decisión diferente sobre la admisibilidad, el tribunal superior estadual resolverá nueva-

mente acerca de la admisibilidad de la entrega de oficio, a pedido de la fiscalía del tribunal superior estadual o a solicitud del requerido.

2) Si después de la resolución del tribunal superior estadual fueran conocidas circunstancias adecuadas para motivar una decisión diferente acerca de la admisibilidad, el tribunal superior podrá dictar una resolución nueva acerca de la admisibilidad de la remisión. El inciso 1 rige en lo correspondiente.

3) En caso de consentimiento del requerido con su entrega simplificada, los incs. 1 y 2 serán en lo que corresponda aplicables, pero el lugar de la decisión del tribunal superior estadual será tomado por la declaración de conformidad del requerido con la entrega simplificada.

4) Los §§ 20, inc. 3, 21 y 22 rigen en lo correspondiente.

5) El tribunal superior estadual podrá ordenar la postergación de la entrega.

§ 24

Prisión para la ejecución de la entrega

Si la ejecución de una orden de prisión a los fines de la entrega ha sido suspendida, el tribunal superior estadual ordenará, después de autorizar la entrega, la ejecución de la detención, salvo que existan motivos de peso para no hacerlo y siempre que el cumplimiento de la entrega pueda ser asegurado de otro modo.

§ 25

Especialidad

(art. 101 del Estatuto de Roma)

1) La Corte podrá, en la medida del art. 101, inc. 2, del Estatuto de Roma, perseguir penalmente, castigar o imponer limitaciones de la libertad personal a quien haya sido entregado a ella incluso por hechos diversos de aquellos por los cuales fue concedida la entrega, en tanto que esos hechos sean de competencia de la Corte.

2) Si un Estado extranjero impugna con éxito la admisibilidad del proceso penal ante la Corte, según el art. 19 en conexión con el art. 17, inc. 1, letra 2, del Estatuto de Roma y la Corte, frente a ello, se propone entregar al requerido a las autoridades de ese Estado, el inc. 1 no resulta aplicable. En ese caso la Corte deberá

desistir inmediatamente de la solicitud de entrega del requerido. Para la continuación del proceso rigen los preceptos del derecho de extradición.

3) El inc. 1 tampoco será aplicable en tanto que un Estado extranjero solicite a la Corte, al Estado en cuya soberanía territorial tiene asiento la Corte (Estado anfitrión, art. 3 del Estatuto de Roma) o al Estado de ejecución, la extradición, la extradición provisional, la expulsión u otro tipo de entrega para perseguir penalmente o ejecutar una pena o sanción similar en su ámbito soberano. La Corte solicitará la restitución del requerido si la observancia de las normas del derecho de extradición vigentes respecto del Estado requirente no puede ser garantizada de otra manera.

§ 26

Solicitud de entrega posterior a la extradición

1) Si la extradición de una persona ha sido concedida a un Estado extranjero y la Corte requiere el consentimiento para la persecución o para la ejecución de una pena, el consentimiento será otorgado si

1. ha sido probado que el requerido tuvo oportunidad de ser oído respecto de la requisitoria y el tribunal superior estadual ha resuelto que la extradición sería admisible con motivo del hecho, o
2. ha sido probado que el requerido ha manifestado en el expediente ante un juez de la Corte o del Estado al que fue extraditado su conformidad con la persecución o con la ejecución de la pena, siempre que la extradición fuera admisible respecto del hecho.

Si la solicitud tiene como base el mismo hecho, la Corte será informada de ello.

2) Para el procedimiento rigen el § 20, inciso 1, con la salvedad de que en lugar de la conformidad del requerido con la entrega simplificada se exigirá su consentimiento en el sentido del inc. 1, párr. 1, n.º 2, como también el § 20, inc. 2 y 3, párrafos 2 y 3, el § 21, incs. 1, 2, párrafo 2, y 4, los §§ 22 y 23, incs. 1 y 2, respectivamente. Para la decisión judicial prevista por el inc. 1, párr. 1, n.º 1, es competente el tribunal superior estadual que fue competente para resolver en el procedimiento de extradición acerca de su admisibilidad.

3) Si la extradición todavía no ha sido ejecutada, la conformidad con una solicitud del tipo de la mencionada en el inc. 1 será otorgada si en razón del hecho fuera admisible la entrega a la Corte. En lo que corresponda es aplicable el inc. 1, párr. 2. Para el procedimiento rigen, en lo que corresponda, los §§ 19 al 23.

§ 27

Entrega temporaria

(art. 89, inc. 4, del Estatuto de Roma)

1) Si la entrega concedida debe ser suspendida porque en el país se está llevando a cabo un proceso penal contra el requerido o se está ejecutando una pena privativa de libertad o una medida de seguridad y corrección que suponga la pérdida de la libertad, se podrá entregar temporariamente al requerido si la Corte asegura restituirlo dentro de un determinado tiempo.

2) Se podrá renunciar a la restitución del requerido.

3) Si en el proceso con motivo del cual fue suspendida la entrega están previstas penas privativas de la libertad temporales o penas de multa, se computará respecto de ellas el tiempo de privación de la libertad sufrido en el proceso ante la Corte hasta la restitución o hasta la renuncia a la restitución. Si la entrega fue suspendida para la ejecución de una pena privativa de libertad temporal respecto del requerido rige en lo correspondiente el inc. 1.

4) La autoridad competente para la compensación prevista en el inc. 3 determinará su medida según su criterio, después de escuchar a la fiscalía que actúe ante el tribunal superior estadual. Ella puede ordenar que la compensación, en parte o en todo, no sea practicada si

1. la privación de libertad sufrida por disposición de la Corte ha sido imputada, en todo o en parte, a una pena pendiente ante la Corte o de ejecución pendiente ante la Corte, o
2. la compensación no está justificada en razón del comportamiento del requerido posterior a la entrega.

§ 28**Proceso penal alemán y solicitud de entrega**

1) Si contra el requerido se lleva a cabo en el país un proceso penal por un hecho previsto por el art. 5 del Estatuto de Roma y la Corte ha manifestado ante el Ministerio Federal de Justicia o, en su caso, ante la autoridad competente según el § 68, inc. 1, que en caso de sobreseimiento del proceso alemán solicitará la entrega del requerido, la fiscalía podrá prescindir de la persecución si ello resulta exigido por especiales motivos de interés público que hablen en contra de la persecución en el país. Si la acción pública ya ha sido ejercida, entonces el tribunal sobreseerá provisionalmente el proceso penal, cualquiera que sea su estado, a solicitud de la fiscalía. La decisión de informar a la Corte acerca de una declaración en el sentido del párrafo 1 corresponde a la oficina competente según el § 68.

2) Si en contra del requerido ha sido ordenada la prisión provisional a los fines de la entrega según el § 11, inc. 2, y la Corte, dentro del plazo previsto por el § 11, inc. 3, no ha requerido la detención provisional, el proceso será reanudado. El proceso también será reanudado si con motivo de una solicitud de detención provisional según el § 11, inc. 2, párr. 1, ha sido ordenada la prisión provisional del requerido con miras a la entrega y la Corte, dentro del plazo previsto por el § 11, inc. 2, párr. 2, no ha requerido su detención y entrega. Si el tribunal ha sobreseído provisionalmente el proceso, se requerirá, para su reanudación, una resolución judicial. Una reanudación previa no se opone a un nuevo sobreseimiento provisional según el inc. 1.

3) La decisión acerca del sobreseimiento del proceso y la decisión sobre la reanudación del proceso son inimpugnables.

4) Después de que el proceso ante la Corte haya concluido en firme se deberá decidir acerca de los gastos y los desembolsos necesarios. Los §§ 464 a 473 de la Ordenanza Procesal Penal serán aplicables en lo que corresponda.

§ 29**Remisión de objetos como parte del procedimiento de entrega**

1) En relación con una entrega podrán ser remitidos a la Corte sin una solicitud especial y según el § 51 los objetos que:

1. puedan servir como prueba para el proceso ante la Corte, o
2. el requerido o un partícipe puedan haber obtenido directa o indirectamente por medio del hecho, por el cual fue dispuesta la entrega, o como compensación de tales objetos.

2) La remisión sólo será admitida si están garantizados los derechos adquiridos de terceros y bajo reserva de que los objetos entregados serán inmediatamente restituidos si así se lo requiere.

3) Bajo los presupuestos de los incs. 1 y 2 los objetos también podrán ser remitidos si la entrega concedida no puede ser ejecutada por razones objetivas.

4) El tribunal superior estadual decidirá acerca de la admisibilidad de la remisión ante la objeción del requerido, a pedido de la fiscalía ante el tribunal superior estadual o a pedido de quien considere que la remisión lesiona sus derechos. Si el tribunal superior estadual resuelve que la remisión es admisible, el tribunal podrá exigir de aquel que solicitó su decisión el pago al banco estatal de los costos ocasionados. La remisión no podrá ser concedida si el tribunal superior estadual la ha considerado inadmisibile.

5) En tanto que los objetos a entregar contengan datos referidos a la persona requerida, se deberá indicar en la remisión que los datos contenidos sólo podrán ser utilizados para el cumplimiento de la tarea encomendada a la Corte por el Estatuto. Si con los datos referidos al requerido se encuentran inseparablemente vinculados otros datos referidos a terceros, la transmisión de esos datos sólo será admitida en tanto que no prevalezcan categóricamente los intereses legítimos del requerido o de un tercero a mantener en reserva esa información.

§ 30

Secuestro y registro

1) Los objetos referidos a una posible entrega a la Corte pueden ser secuestrados o asegurados incluso ya con la recepción de la solicitud de entrega. A tal fin puede ser ordenado también un registro.

2) Es competente para disponer las medidas mencionadas en el inc. 1 el tribunal superior estadual competente para el procedimiento de entrega. Dicho tribunal es también competente para disponer medidas en relación con ob-

jetos que se encuentren fuera de su distrito. El § 7, incs. 1, párr. 2, y 2, rige en lo que corresponda.

3) En caso de peligro en la demora, la fiscalía y sus funcionarios auxiliares (§ 152 de la Ley de Organización Judicial) estarán autorizados, de acuerdo con los preceptos correspondientes de la Ordenanza Procesal Penal, a ordenar el secuestro y el registro.

§ 31

Asesoramiento

1) El requerido puede disponer de asesoramiento en todo estadio del proceso.

2) Al requerido que no haya elegido asesor se le colocará un defensor como asesor a más tardar después de su primer interrogatorio según el § 14, inc. 2, también en relación con el § 15, inc. 2.

3) Los preceptos del capítulo 11 del Libro Primero de la Ordenanza Procesal Penal, con excepción de los §§ 140, 141, incs. 1 a 3, y 142, inc. 2, rigen en lo que corresponda.

§ 32

Entrega simplificada

(art. 92, inc. 3, párr. 2, del Estatuto de Roma)

1) La entrega de una persona respecto de la cual exista orden de prisión a los fines de la entrega y cuya detención y entrega o su detención provisional haya solicitado la Corte puede ser concedida sin ejecución de las formalidades del procedimiento de entrega si el requerido, después de ser informado con constancia en actas, se declara de acuerdo con esa entrega simplificada.

2) El consentimiento no podrá ser revocado.

3) A pedido de la fiscalía ante el tribunal superior estadual, el juez del tribunal municipal, en los casos de los §§ 14 y 15, y en los demás el tribunal superior estadual, instruirán al requerido acerca de la posibilidad de entrega simplificada y sus consecuencias jurídicas (incs. 1 y 2) y asentará la declaración del requerido en las actas. Será competente el juez del tribunal municipal en cuyo distrito se encuentre el requerido.

§ 33

Consulta al Tribunal Supremo Federal

1) Si el tribunal superior estadual estima que una decisión del Tribunal Supremo Federal es necesaria para aclarar una cuestión jurídica de fundamental importancia o si quiere apartarse de una decisión del Tribunal Supremo Federal o de una decisión de otro tribunal superior estadual sobre una cuestión jurídica en materia de entrega a la Corte Penal Internacional, deberá fundamentar su posición y solicitar la decisión del Tribunal Supremo Federal acerca de esa cuestión jurídica.

2) La decisión del Tribunal Supremo Federal también será requerida si el Fiscal General Federal o la fiscalía ante el tribunal superior estadual la solicita para aclarar una cuestión jurídica.

3) El Tribunal Supremo Federal dará al requerido la posibilidad de ser oído. La decisión será tomada sin audiencia oral.

Tercera parte

TRÁNSITO

§ 34

Principio

(art. 89, inc. 3, del Estatuto de Roma)

Las personas cuyo tránsito haya sido requerido por la Corte o, con consentimiento de ésta, por el Estado del cual debe el requerido ser entregado a la Corte (Estado entregador) o por el Estado ejecutor pueden transitar por el territorio de la federación con el fin de cumplir con la persecución o la ejecución penales de conformidad con las disposiciones del Estatuto y de esta ley.

§ 35

Documentación para el tránsito

(art. 89, inc. 3, del Estatuto de Roma)

1) El tránsito a la Corte para la persecución penal o la ejecución de la pena sólo será admitido, a solicitud de la Corte y de acuerdo con el art. 89, inc. 3, del

Estatuto de Roma, si se ha presentado la documentación mencionada en el art. 89, inc. 3, letra b, números i a iii, del Estatuto de Roma.

2) Para el tránsito a un Estado ejecutor además de la documentación mencionada en el art. 89, inc. 3, del Estatuto de Roma deberá ser presentada adicionalmente una certificación del Estado ejecutor de la que surja su consentimiento con la ejecución de la pena impuesta por la Corte o la declaración de la Corte de que el Estado ejecutor está de acuerdo con la ejecución.

3) Si el tránsito a la Corte es solicitado por el Estado entregador o por el Estado ejecutor para la ejecución de la pena impuesta por la Corte, entonces se deberá acompañar, junto a los documentos mencionados en el inc. 1 y —respecto del tránsito al Estado ejecutor— en el inc. 2, una declaración de la Corte de la que surja su conformidad con la solicitud.

§ 36

Competencia

1) La decisión judicial será tomada por el tribunal superior estadual. El § 7, incs. 1, párr. 2, y 2, rige en lo que corresponda.

2) Es territorialmente competente:

1. en caso de tránsito por tierra o mar el tribunal superior estadual en cuyo distrito presumiblemente el requerido debería ser entregado según el ámbito de validez de esta ley,
2. en caso de tránsito por vía aérea el tribunal superior estadual en cuyo distrito debe tener lugar la primera escala en tierra.

3) Si la competencia no se puede determinar según el inc. 2, párr. 2, será competente el tribunal superior estadual de Fráncfort del Meno.

§ 37

Procedimiento para el tránsito

(art. 89, inc. 3, letra c, del Estatuto de Roma)

1) Si el tránsito es procedente el requerido será mantenido en prisión para su seguridad.

2) La prisión será dispuesta por orden escrita (orden de prisión para el tránsito) del superior tribunal estadual. Los §§ 12, inc. 2, y 20, inc. 2, rigen en lo respectivo.

3) El tránsito sólo puede ser concedido si ha sido dictada una orden de prisión para el tránsito.

4) La orden de prisión para el tránsito será dada a conocer al requerido inmediatamente después de su ingreso al país. El requerido recibirá una copia.

5) Si previsiblemente el tránsito no podrá ser otorgado antes del día previo a la entrega, el requerido será presentado de inmediato, a más tardar un día después de su ingreso al país, ante el juez del tribunal municipal más próximo. El juez del tribunal municipal interrogará al imputado acerca de sus datos personales, especialmente acerca de su nacionalidad. Le indicará que puede valerse de un asesor en cualquier estado del procedimiento y que tiene la facultad de declarar acerca del hecho que se le atribuye o de no declarar. También le preguntará si desea interponer objeciones contra la orden de prisión para el tránsito o contra la admisibilidad del tránsito y en su caso por qué razones. Los §§ 14, inc. 5, y 16 rigen en lo que corresponda.

6) Los §§ 12, inc. 3, 18, 23, incs. 1, 2 y 5, y 33 rigen en lo que corresponda. El § 17 rige respectivamente con la salvedad de que en lugar del plazo de dos meses se prevé uno de un mes. El § 31 rige en lo correspondiente con la salvedad de que deberá proveerse un asesor si:

1. el asesoramiento resulta exigido por la complejidad de los hechos o de la cuestión jurídica, o
2. resulta evidente que el requerido no puede ejercer sus derechos eficazmente por sí mismo.

7) Los objetos tomados durante el tránsito pueden ser remitidos, sin solicitud específica, junto con la entrega del requerido.

§ 38

Tránsitos múltiples

1) Si ha sido concedido el primer tránsito para la entrega del requerido a la Corte, el requerido, a partir de una solicitud que tome en consideración la documentación presentada en ocasión del primer tránsito, podrá ser trasladado, sin una nueva decisión, para ser entregado al Estado determinado para la ejecución de una pena

impuesta por la Corte, si ha sido presentado un certificado del Estado ejecutor del cual surja su consentimiento con la ejecución de la pena impuesta por la Corte o una declaración de la Corte acerca de la conformidad del Estado ejecutor con la ejecución. Los párrafos 1 y 2 son aplicables también al supuesto de posteriores casos de tránsito.

2) En el caso del inc. 1 la orden de prisión para el tránsito se extiende también a los supuestos posteriores de tránsito.

3) Los incs. 1 y 2 son aplicables en lo que corresponda para el supuesto de restitución posterior a una entrega provisional previa en tanto que las circunstancias de la restitución posterior son aplicables a partir del primer tránsito.

§ 39

Tránsito imprevisto

(art. 89, inc. 3, letra e, del Estatuto de Roma)

1) En caso de un aterrizaje imprevisto en el país, la autoridad que conozca primero del aterrizaje y la que actúe en virtud de esta ley informarán de ello inmediatamente al tribunal superior estadual y a la autoridad competente según el § 68, inc. 1. La autoridad competente según el art. 68, inc. 1 pedirá al tribunal superior estadual una solicitud de tránsito de conformidad con el art. 89, inc. 3, letra b, del Estatuto de Roma. La fiscalía y los funcionarios de la policía están facultados para la detención provisional.

2) El requerido será conducido ante el juez del tribunal municipal más cercano de modo inmediato, a más tardar al día siguiente de la detención. El juez podrá disponer su libertad si desde el aterrizaje imprevisto han transcurrido 96 horas sin que hayan sido presentadas ante la autoridad competente según el § 68, inc. 1, la solicitud de tránsito y la documentación respectiva.

3) En lo demás son aplicables, en lo que corresponda, los §§ 35 a 37.

Cuarta parte

ASISTENCIA JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE DECISIONES Y RESOLUCIONES DE LA CORTE

§ 40

Principio

La asistencia judicial será prestada, en la ejecución de una pena impuesta con autoridad de cosa juzgada por la Corte, según las disposiciones del Estatuto de Roma y las de esta ley. También serán ejecutadas las resoluciones relativas al decomiso previsto por el art. 77, inc. 2, letra b, del Estatuto de Roma como asimismo las decisiones previstas por el art. 75 del Estatuto de Roma.

§ 41

Ejecución de penas privativas de la libertad

(arts. 77, inc. 1, 103, incs. 1 y 2, 105, 106 y 110, del Estatuto de Roma)

- 1) Las penas privativas de libertad serán ejecutadas si:
 1. la Corte lo ha solicitado con presentación de una certificación del carácter completamente firme y ejecutable de la sentencia de culpabilidad y de la que establece la pena, y
 2. si la Corte y la autoridad competente según el § 68, inc. 1, se han puesto de acuerdo acerca de la aceptación de la ejecución.

Con el traslado del condenado debe acompañarse una declaración de la Corte acerca de la parte de la pena que todavía está pendiente de ejecución.

2) La pena privativa de la libertad será ejecutada en la medida comunicada por la Corte. Los preceptos del Código Penal referidos a la suspensión de la ejecución del resto de una pena privativa de libertad temporal o perpetua (§§ 57 a 57b del Código Penal) y los de la Ordenanza Procesal Penal relativos a la ejecución de penas privativas de la libertad no serán aplicables. La ejecución deberá concluir cuando así lo comunique la Corte.

3) A requerimiento de la Corte el condenado será reintegrado a la Corte o remitido al Estado que ella indique. En tanto que la Corte no indique expresamente

que el condenado debe ser liberado, éste será mantenido en prisión hasta su entrega a la Corte o a las autoridades del Estado designado por la Corte. Si posteriormente la Corte solicita la continuación de la ejecución de una pena ya parcialmente ejecutada en el país, no será necesaria una nueva remisión de los documentos mencionados en el inc. 1, n.º 1. El inc. 1, párr. 1, n.º 2, y el párr. 2, rigen en lo que corresponda.

4) La Corte será competente para dictar las resoluciones que se refieran a la ejecución de la pena. Incluido lo relativo a gracias e indultos, revisión del proceso y reducción de la medida de la pena, como así también para dictar las demás resoluciones que lleven aparejada una estancia del condenado sin vigilancia fuera de la institución en la que se encuentre detenido. La decisión de la Corte será solicitada en tanto que existan circunstancias que según el derecho alemán harían posible un aplazamiento, ya sea provisional, de la ejecución, su suspensión o su prescindencia o su imputación a un pena privativa de libertad ya cumplida o existan disposiciones sobre la ejecución que hagan posible una estancia del condenado sin vigilancia fuera del establecimiento de detención. La ejecución de la pena, en todo lo demás, estará regida por los preceptos alemanes correspondientes a la ejecución de penas impuestas por los tribunales alemanes a hechos similares. Las disposiciones de la Ley de Ejecución Penal acerca del procedimiento de queja y del procedimiento judicial no serán aplicables en tanto que la Corte sea competente para decidir acerca de las medidas a tomar durante la ejecución.

5) La comunicación entre el condenado y la Corte será libre y confidencial. A solicitud de la Corte sus dependientes tendrán acceso al establecimiento de ejecución. Si el condenado formula objeciones contra la ejecución de la pena o interpone peticiones acerca de las cuales debe resolver la Corte será solicitada la decisión de la Corte.

6) Los costos originados con motivo de la ejecución serán soportados por acuerdo a establecer entre la Federación y el estado federado respectivo. Esto no regirá si los costos son asumidos por la Corte, de conformidad con el Estatuto u otras disposiciones.

§ 42

Fuga y especialidad

(arts. 108 y 111 del Estatuto de Roma)

1) Si el condenado se evade o se fuga, la autoridad competente según el § 46, inc. 1, dictará orden de prisión y tomará las demás medidas necesarias para comprobar el lugar de residencia del requerido y detenerlo. Para disponer medidas

particulares de búsqueda no se requerirá la solicitud de la Corte. El § 31, inc. 2, párr. 1, de la Ley de Asistencia Judicial rige en lo que corresponda. La Corte será informada de la fuga inmediatamente; en lo demás el procedimiento se llevará a cabo según el art. 111 del Estatuto de Roma.

2) La persecución por hechos que el condenado haya cometido antes de ser entregado a las autoridades alemanas o la ejecución de una pena privativa de la libertad o de una medida de seguridad y corrección impuestas antes de su entrega sólo podrán ser llevadas a cabo con la aprobación de la Corte, salvo el supuesto del art. 108, inc. 3, del Estatuto de Roma.

3) Si un Estado extranjero solicita la extradición, incluso provisional, la expulsión u otras entregas en su soberanía con fines de llevar a cabo la persecución penal o la ejecución de la pena o de otras sanciones sólo se dará conformidad si la Corte, dejando a salvo lo dispuesto por el art. 108, inc.3, del Estatuto de Roma, la ha brindado previamente y la extradición es admisible según los preceptos del derecho de extradición aplicables en relación con los del Estado requirente.

§ 43

Ejecución de penas de multa

(arts. 77, inc. 2, letra a, 109, inc. 1, del Estatuto de Roma)

- 1) Las penas de multa serán ejecutadas si:
 1. la Corte lo ha solicitado con presentación de una certificación del carácter completamente firme y ejecutable de la sentencia de culpabilidad y de la que establece la pena, y
 2. en la solicitud se ha indicado hasta qué suma debe ser ejecutada la multa en el país, en tanto que la Corte haya solicitado la ejecución de la multa en varios Estados.

Si la suma de la multa a ejecutar está indicada en una moneda distinta del euro, se tomará como base para la conversión el tipo de cambio fijado oficialmente el día del ingreso de la solicitud.

2) Para la ejecución de la multa rigen los preceptos de la Ordenanza de Ejecuciones Judiciales en tanto que esta ley no disponga otra cosa.

3) La multa es considerada vencida con el ingreso de la solicitud. Se requerirá la decisión de la Corte acerca de la interpretación de la sentencia de culpabilidad o de la que impone la pena, acerca del cómputo de la pena impuesta, o si existen objeciones contra la procedencia de la ejecución o si, según el derecho alemán, existen los requisitos del § 459a de la Ordenanza Procesal Penal. Ello no impedirá la continuación de la ejecución; la autoridad competente según el § 45, inc. 2, podrá, sin embargo, diferir o interrumpir la ejecución. La continuación posterior de la ejecución será asegurada por medio de las medidas adecuadas, a tal fin estará permitido registrar al condenado, su vivienda y pertenencias, como también el secuestro de bienes.

4) Los §§ 459b y 459c, incs. 2 y 3, de la Ordenanza Procesal Penal son aplicables en lo pertinente. El resultado de la ejecución será notificado a la Corte y el dinero de la multa le será transferido.

5) En tanto que la Corte prolongue la pena privativa de la libertad por un hecho previsto por el art. 5 del Estatuto de Roma a causa de la falta de pago de la multa o si fija una pena privativa de la libertad ante la falta de pago de una multa impuesta por un hecho previsto por el art. 70, inc. 1, del Estatuto de Roma, para la ejecución de la pena privativa de la libertad serán aplicables los §§ 41 y 42.

§ 44

Ejecución de resoluciones de decomiso

(arts. 77, inc. 2, letra b, y 109, inc. 2, del Estatuto de Roma)

1) Las resoluciones dictadas en el ámbito del art. 77, inc. 2, letra b, del Estatuto de Roma (resoluciones de decomiso) serán ejecutadas si:

1. la Corte lo ha solicitado con presentación de una certificación del carácter completamente firme y ejecutable de la sentencia de culpabilidad y de la que establece la pena, y
2. los objetos en cuestión se hallan en el país.

2) Para la ejecución el tribunal ordenará el decomiso de los objetos. Los §§ 73, incs. 2 a 4, y 73b del Código Penal regirán en lo que corresponda.

3) Si es ordenado el decomiso de un objeto, la propiedad de la cosa o derecho decomisados serán transferidos, con aprobación del servicio jurídico de la

autoridad competente según el § 68, inc. 1, a la Corte, si el objeto pertenece en ese momento a la persona afectada por la resolución. Antes de la aprobación la resolución tendrá el efecto de una prohibición de enajenar de la cosa en el sentido del § 136 del Código Civil; la prohibición comprenderá también otras formas de disposición además de la enajenación. Los bienes cuyo decomiso haya sido ordenado serán entregados a la Corte después de la aprobación del servicio jurídico.

4) En tanto que en la resolución de decomiso de la Corte haya sido tomada una decisión respecto de los derechos de terceros ello será vinculante a menos que:

1. el tercero no haya tenido manifiestamente oportunidad suficiente de hacer valer sus derechos,
2. la decisión sea incompatible con una resolución de derecho civil tomada en el país respecto de la misma causa, o
3. la decisión afecte derechos de un tercero referidos a un inmueble del país o a derechos relativos a un inmueble; a los derechos de terceros pertenecen también las inscripciones registrables.

Ante un caso del párrafo 1 se deberá dar a la Corte, en el procedimiento previsto por el § 68, inc.1, ocasión de manifestar su opinión. Los derechos del tercero sobre la cosa seguirán vigentes en la medida prevista por el Estatuto. Los terceros, que según las circunstancias del caso podrían hacer valer derechos sobre la cosa, tendrán ocasión de ser oídos antes de la decisión en tanto que no hayan podido manifestarse previamente ante la Corte. Ellos se podrán servir de un consejero en cualquier estado del procedimiento.

5) En tanto que respecto de un objeto entre en consideración la decisión de decomisarlo a causa de un pedido de la Corte podrá ser secuestrado para seguridad del proceso de decomiso. A tal fin puede ordenarse también el registro domiciliario. La competencia será establecida de conformidad con el § 46, inc. 3. En lo demás rigen los §§ 111b a 111h y § 111l de la Ordenanza Procesal Penal en lo que corresponda. El § 111k será aplicable bajo condición de que antes de la restitución al lesionado sea requerida la opinión de la Corte; la restitución no tendrá lugar si la Corte emite su opinión en contra de concederla.

§ 45**Ejecución de resoluciones indemnizatorias**

(arts. 75, inc. 2, 109, del Estatuto de Roma)

Las resoluciones indemnizatorias que impongan el pago de una suma de dinero serán ejecutadas si

1. la Corte lo ha solicitado con presentación de una certificación del carácter completamente firme y ejecutable de la sentencia de culpabilidad y de la que establece la pena, como también de la resolución prevista por el art. 75 del Estatuto de Roma, y
2. en la solicitud se indica hasta qué suma debe ser ejecutada en el país la resolución indemnizatoria en tanto que la Corte haya solicitado la ejecución a varios Estados.

En lo demás la ejecución se regirá por lo dispuesto en el § 43.

§ 46**Competencia, intervención del Tribunal Supremo Federal y asesoramiento**

1) La autoridad alemana competente para la ejecución de penas privativas de la libertad impuestas por la Corte (§§ 41 y 42) es la fiscalía ante el tribunal superior estadual en cuyo distrito se encuentre la institución en la cual se halla en prisión el condenado.

2) Para la ejecución de penas de multa de conformidad con el § 43 y para la ejecución de resoluciones indemnizatorias previstas por el § 45 es competente la fiscalía ante el tribunal superior estadual en cuyo distrito tenga el condenado su residencia o, en ausencia de ella, su paradero habitual. Si ni la residencia ni el paradero pueden ser establecidos será competente la fiscalía ante el tribunal superior estadual en cuyo distrito se encuentren los bienes del condenado. Si los bienes se encuentran en el distrito de varios tribunales superiores estaduales la competencia corresponderá a la fiscalía que primero haya intervenido en la causa. En tanto que la competencia no pueda ser determinada según los párrafos 1 a 3 corresponderá al lugar de

asiento del Gobierno Federal. Las resoluciones judiciales necesarias serán tomadas por el tribunal superior estadual. Las decisiones del tribunal superior estadual son inimpugnables.

3) Las resoluciones judiciales necesarias para la ejecución de una resolución de decomiso de la Corte (§ 44) serán tomadas por el tribunal superior estadual. El inc. 2, párr. 6, rige en lo que corresponde. La fiscalía ante el tribunal superior estadual estará a cargo del procedimiento tendente a lograr la resolución. Territorialmente competente son el tribunal superior estadual y la fiscalía en cuyo distrito se hallen los objetos. Si los objetos se encuentran en distritos de diversos tribunales superiores estaduales será competente el tribunal superior estadual o, en su caso, la fiscalía, que hayan intervenido primero en la causa. Si la competencia no puede ser establecida según el párr. 2 o el párr. 3 será establecida por el lugar de asiento del Gobierno Federal.

4) Para el procedimiento ante el tribunal superior estadual rigen los §§ 20, incs. 2 y 3, 21, incs. 1 y 4, 22, 23, 29, inc. 4, y 33, como también los preceptos del capítulo 11 del Primer Libro de la Ordenanza Procesal Penal con excepción de los §§ 140 a 143. El § 31 rige correspondientemente con la salvedad de que el asesoramiento será obligatorio si:

1. aparece necesaria la intervención de un consejero debido a la complejidad de los hechos o de la cuestión jurídica, o
2. resulta evidente que el requerido no puede ejercer sus derechos eficazmente por sí mismo.

Quinta parte

OTRAS ASISTENCIAS JUDICIALES

§ 47

Principio

(art. 96, inc. 1 y 2, del Estatuto de Roma)

1) Salvo lo dispuesto en el § 58, inc. 2, podrá prestarse a la Corte, a su solicitud, otras asistencias judiciales de conformidad con el Estatuto de Roma y esta ley.

2) Asistencia judicial en el sentido del inc. 1 es toda colaboración que se le preste a la Corte en su actividad con motivo de las disposiciones del Estatuto de Roma con independencia de si las acciones de asistencia judicial deben ser tomadas por un tribunal o por una autoridad administrativa.

3) Si la autoridad competente para aprobar la asistencia judicial considera reunidos los requisitos para prestar la asistencia, la autoridad competente para ejecutarla estará obligada a hacerlo. El § 50 permanecerá inalterado.

4) El tratamiento de solicitudes de asistencia judicial concurrentes será resuelto según el art. 93, inc. 9, letra a, del Estatuto de Roma. En tanto que el art. 90 del Estatuto de Roma deba ser aplicado, el § 4 resultará aplicable en lo que corresponda.

§ 48

Aplazamiento de la ejecución

En los casos de los arts. 93, incs. 3 a 5, letra b, 94, inc. 1, y 95 del Estatuto de Roma la ejecución podrá ser suspendida hasta que se establezca cómo se debe proceder en lo ulterior respecto de la solicitud de conformidad con el Estatuto de Roma.

§ 49

Competencia

1) Siempre que la asistencia judicial sea prestada por la fiscalía será territorialmente competente la fiscalía en cuyo distrito deban ser realizadas las acciones de asistencia. Si las acciones de asistencia deben ser tomadas en los distritos de fiscalías diversas la competencia corresponderá a la fiscalía que haya intervenido primero en la causa. Si la competencia no se puede determinar con arreglo al párr. 1 o al párr. 2 corresponderá al lugar de asiento del Gobierno Federal.

2) El inc. 1 es aplicable a la competencia judicial, en lo correspondiente, si deben tomarse medidas judiciales para prestar la asistencia o se requiere de otras decisiones judiciales.

3) Para la resolución judicial acerca de la entrega de objetos del § 50, inc. 1, párr. 2, para disponer el registro de domicilio y el secuestro de objetos (§ 52, incs. 1 y 2) o de bienes (§ 52, inc. 4), para órdenes de prisión en caso de un traslado

provisional (§ 55, inc. 1), para una entrega (§ 55, inc. 6) o para disponer judicialmente una vigilancia de comunicaciones telefónicas (§ 59, inc. 1) u otra medida sin conocimiento del afectado (§ 59, inc. 2) será competente el tribunal superior estadual. En el caso de un traslado provisional será competente territorialmente el tribunal superior estadual en cuyo distrito tenga asiento el servicio que deba proceder a realizar las acciones de asistencia. En caso de una entrega tendrá aplicación en lo que corresponda el § 36, incs. 2 y 3.

4) En tanto que la competencia de un tribunal superior estadual esté fundada, la fiscalía ante él tendrá a su cargo el procedimiento preparatorio de la decisión del tribunal superior estadual y tomará las medidas necesarias para su realización. Ella es competente también para disponer y llevar a cabo una entrega transitoria (§ 54), para la preparación de la decisión acerca de la aprobación de la transmisión de bienes y para la ejecución de las transmisiones aprobadas. En el supuesto de una entrega provisional será territorialmente competente la fiscalía ante el tribunal superior estadual en cuyo distrito se cumpla la detención.

§ 50

Decisión judicial

1) En los casos de los §§ 52, incs. 1, 2 y 4, 55, incs. 1 y 6, 59, inc. 1 y 2, la asistencia judicial sólo será aprobada si el tribunal superior estadual ha dispuesto medidas necesarias para llevar a cabo las acciones respectivas. El tribunal superior estadual decidirá también acerca de la procedencia de la transmisión de bienes a solicitud de la fiscalía ante el tribunal superior estadual o a solicitud de quien haga valer una lesión en sus derechos a causa de la transmisión. Las resoluciones del tribunal superior estadual serán inimpugnables.

2) Para el procedimiento ante el tribunal superior estadual rigen, en lo que corresponda, los §§ 20, incs. 2 y 3, 21, incs. 1 y 4, 22, 29, inc. 4, párr. 2, 31, inc. 1, 33, como también los preceptos del capítulo 11 del Libro Primero de la Ordenanza Procesal Penal con excepción de los §§ 140 a 143. Para el resto del procedimiento rige en lo que corresponda el § 23, incs. 1, 2 y 4, con la salvedad de que en lugar de la solicitud del requerido mencionada en el § 23, inc. 1, se exigirá la solicitud del afectado por la medida prevista según el § 52, incs. 1, 2 o 4, con independencia de la existencia de los presupuestos del § 23, inc. 1 y 2, incluso en el supuesto de que

exista, a pedido del afectado, una renovación de la decisión acerca de la adopción de medidas de asistencia judicial, si el afectado no fue oído antes de la primera disposición de la medida.

3) Si el tribunal competente para prestar la asistencia judicial no es un tribunal superior estadual y considera que no están cumplidas las exigencias para la medida, fundamentará su posición y requerirá la decisión del tribunal superior estadual. Éste, también a pedido de la fiscalía ante él, decidirá acerca de si están reunidos los requisitos para prestar la asistencia judicial. Ésta no será concedida si el tribunal superior estadual ha decidido que los requisitos para prestar la asistencia no están reunidos. La decisión del tribunal superior estadual es vinculante para los tribunales y autoridades que resulten competentes para prestar la asistencia.

4) Para el procedimiento ante el tribunal superior estadual rigen en lo correspondiente los §§ 20, incs. 2 y 3, 21, incs. 1 y 4, 22, 23, incs. 1, 2 y 4, 29, inc. 4, párr. 2, 31, inc. 1, y 33, como también los preceptos del capítulo 11 del Libro Primero de la Ordenanza Procesal Penal con excepción de los §§ 140 a 143 allí contenidos.

§ 51

Entrega de objetos

1) Sin perjuicio de lo dispuesto por el § 58, inc. 3, serán entregados, a pedido de la autoridad competente de la Corte, los objetos que

1. pudieran servir de prueba en un proceso ante la Corte, o
2. el imputado por la Corte o un partícipe directo o indirecto pueda haber obtenido debido a un hecho de su jurisdicción.

2) La entrega procederá si

1. se ha dictado una resolución de la autoridad competente de la Corte que disponga el secuestro de los objetos o su inmovilización en el sentido del art. 93, inc. 1, letra k, del Estatuto de Roma, y
2. está garantizada la inviolabilidad de los derechos de terceros y bajo la condición de que, a requerimiento, los objetos entregados sean restituidos inmediatamente.

3) En tanto que los objetos a entregar contengan datos personales del requerido se deberá consignar con la entrega que dichos datos sólo pueden ser utilizados para el cumplimiento de las tareas encomendadas a la Corte por el Estatuto de Roma. Si con los datos personales del requerido hay otros datos personales de un tercero unidos de tal modo que una separación no sea posible o represente un esfuerzo intolerable, también la entrega de esos datos será procedente salvo que los intereses legítimos del requerido o de un tercero a que se mantengan en reserva tengan un peso preponderante.

§ 52

Secuestro y registro Confiscación de bienes

1) Los objetos cuya entrega a la Corte entre en consideración podrán, ya con el ingreso de la solicitud de entrega, ser secuestrados o asegurados de otra manera. A tal fin puede ser ordenado también el registro de domicilios.

2) Los objetos también pueden ser secuestrados o asegurados de otro modo, bajo los requisitos del § 51, inc. 1, n.º 1, si ello es preciso para el cumplimiento de una solicitud que no esté dirigida a la entrega de objetos. El inc. 1, párr. 2, rige en lo correspondiente.

3) Sin perjuicio de lo dispuesto por el § 49, incs. 3 y 4, la fiscalía y sus funcionarios auxiliares (§ 152 de la Ley de Organización Judicial) estarán autorizados, en caso de peligro en la demora, a ordenar el secuestro y el registro de conformidad con los preceptos de la Ordenanza Procesal Penal.

4) Con independencia de la existencia de los requisitos del § 51, inc. 1, n.ºs 1 o 2, el patrimonio o bienes particulares del afectado por una acusación confirmada respecto de un hecho previsto por el art. 5 del Estatuto de Roma (art. 61 del Estatuto de Roma) o respecto de quien haya sido dictada orden de prisión (art. 58 del Estatuto de Roma), que se encuentren en el país, podrán, a pedido de la Corte, ser confiscados. El § 51, inc. 2, n.º 1, se aplicará en lo correspondiente. La confiscación comprende también los bienes que ingresen posteriormente al patrimonio del inculpaado. El inc. 1, párr. 2, rige en lo que corresponda.

5) Sin perjuicio de lo dispuesto por el § 49, incs. 3 y 4, la fiscalía, en caso de peligro en la demora, podrá ordenar provisionalmente el secuestro previsto en el

inc. 4. El secuestro provisional previsto en el párrafo anterior caducará si no es confirmado por el tribunal dentro del plazo de tres días.

6) El secuestro previsto según el inc. 4 será dejado sin efecto a pedido de la Corte o, de otro modo, a más tardar después de que el tribunal que lo haya ordenado tome conocimiento de que la orden de prisión fue revocada o que ha terminado el procedimiento en primera instancia. Los §§ 291, 292 y 293, inc. 2, de la Ordenanza Procesal Penal serán aplicables, en lo que corresponda, a los secuestros previstos según los incs. 4 o 5.

§ 53

Comparecencia personal de testigos

1) Si la Corte requiere la comparecencia de una persona que se encuentre libre en el país para interrogarla como testigo, para carearla o para un reconocimiento podrán ser ordenados los medios que podrían ser impuestos en caso de una citación por parte de un tribunal o de una fiscalía alemanes.

2) Siempre que la Corte asegure a una persona que su declaración no será utilizada, los dichos de esa persona no podrán ser utilizados en un proceso penal alemán sin su autorización en el marco de seguridad de la Corte. Las declaraciones prestadas ante la Corte tampoco podrán ser utilizadas en un proceso penal alemán sin consentimiento de la persona y aunque ella estuviera obligada a declarar ante la Corte, si la declaración, no obstante, pudiera ser negada según el derecho alemán.

§ 54

Traslado provisional

(art. 93, incs. 1 y 7, del Estatuto de Roma)

Quien se encuentre en el país cumpliendo pena de prisión, en prisión preventiva o privado de su libertad a causa del dictado de una medida de seguridad y corrección podrá, a solicitud de la Corte, ser trasladado provisionalmente a la Corte o a las autoridades de un Estado designado por la Corte con el fin de que allí, en las investigaciones llevadas a cabo contra otro o en un proceso judicial pendiente dirigido a otro, se lleve a cabo una medida de prueba o alguna otra de las previstas por el art. 73, inc. 7, letra a, párr. 1, del Estatuto de Roma, si:

1. ha prestado su conformidad con ello después de haber sido advertido, con constancia en las actas, por el juez del tribunal municipal en cuyo distrito tenga asiento la institución de detención,
2. no deba temerse que los fines del procedimiento penal o de la ejecución se puedan ver perjudicados como consecuencia del traslado,
3. esté garantizado que el afectado, durante el tiempo de su traslado y con excepción de las medidas relativas a los hechos de los arts. 70 y 71 del Estatuto de Roma, no será penado ni sometido a otras sanciones o medidas que tampoco podrían ser impuestas en su ausencia ni será perseguido; se deberá garantizar también que en caso de ser liberado podrá abandonar el país anfitrión o el Estado que haya sido designado por la Corte,
4. esté garantizado que el afectado será restituido inmediatamente después de la realización de la prueba a no ser que se haya renunciado a ello.

El consentimiento (párr. 1, n.º 1) no puede ser retractado. La privación de libertad sufrida a causa del traslado será computada como parte de la pena privativa de libertad a ejecutar todavía en el país. En lo que corresponda rige el § 27, inc. 4. Ello no rige para las penas privativas de la libertad que de conformidad con el art. 70, inc. 3, del Estatuto de Roma hayan sido impuestas y ejecutadas por la Corte.

§ 55

Remisión temporaria y traslado

1) Quien fuera del ámbito de aplicación de esta ley se encuentre cumpliendo pena de prisión, en prisión preventiva o privado de su libertad con motivo de la imposición de una medida de seguridad y corrección será remitido provisionalmente a pedido de la Corte para la realización de las investigaciones que ella lleve a cabo o para la producción de una medida de prueba, en un proceso allí pendiente, en el ámbito de aplicación de esta ley y será restituido en un momento a acordar o a pedido de la Corte, salvo en el caso de renuncia de la Corte a ello si está asegurado que en caso de renuncia de la Corte a la restitución el remitido se encuentra en un Estado

extranjero. Contra el afectado se dispondrá su detención por orden de prisión escrita emitida antes de la remisión temporaria si la Corte así lo solicitó o la restitución no pudiera ser asegurada de otro modo.

2) En la orden de prisión se deberá mencionar:

1. al afectado,
2. la solicitud para producir prueba en presencia del afectado,
3. la indicación de la Corte acerca de la autoridad que se encargará de la restitución, y
4. el motivo de prisión.

Los §§ 13, inc. 3, 14, incs. 1, 2, párrs. 1, y 3, 5, y 18 rigen en lo que corresponda.

3) La orden de prisión será revocada si

1. la Corte comunica que la detención ya no es necesaria.
2. la Corte imparte la conformidad prevista por el inc. 4, párr. 2.
3. el afectado es restituido a la Corte o a un Estado designado por la Corte, o
4. la Corte renuncia a la restitución.

4) Acerca de las objeciones del afectado contra la orden de prisión para la remisión o respecto de su ejecución decidirá el tribunal superior estadual. Con consentimiento de la Corte el tribunal superior estadual podrá dejar sin efecto la orden de prisión para la remisión o suspender su ejecución. Los §§ 116, inc. 1, párr. 2, 4, 116a, 123 y 124, inc. 1, 2, párr. 1, y 3 de la Ordenanza Procesal Penal rigen en lo que corresponda. Si la Corte no aprueba la revocación o la suspensión de la ejecución de la orden de prisión para la remisión, el afectado será restituido inmediatamente a la Corte o a las autoridades del Estado que ella indique. Hasta la ejecución de la restitución el afectado será mantenido en prisión.

5) El tribunal superior estadual decidirá acerca de la continuación de la prisión para la remisión si el requerido, con motivo de la orden de prisión para la remisión, cumple en total dos meses en prisión. El examen de la prisión será repetido cada dos meses. El tribunal superior estadual podrá disponer que el examen de la prisión sea realizado en un plazo inferior. El inc. 4, párrafos 2 a 5, rige en lo que corresponda.

6) Quien fuera del ámbito de aplicación de esta ley se encuentre cumpliendo pena de prisión, en prisión preventiva o privado de su libertad con motivo de la imposición de una medida de seguridad y corrección será trasladado, a pedido de la Corte, según las disposiciones de esta ley para las investigaciones seguidas allí contra otro o para la realización, pendiente en un proceso contra otro, de medidas de prueba y será restituido después de la realización de tales medidas. El inc. 1, párr. 2, como también los incs. 2 a 5 regirán en lo que corresponda con la salvedad de que en lugar del plazo de dos meses previsto por el inc. 5 se tomará un plazo de un mes. Además serán aplicables en lo correspondiente los §§ 14, inc. 5, 18, 20, inc. 2, 37, incs. 4 y 5, párrafos 1, 2 y 4.

§ 56

Protección de personas

(art. 93, inc. 1, letra j, del Estatuto de Roma)

Los preceptos relativos a la protección de las víctimas de delitos y de personas que son protagonistas en un proceso penal alemán serán aplicables en lo correspondiente al presunto perjudicado por un hecho punible de competencia de la Corte o al testigo de un proceso ante la Corte.

§ 57

Notificaciones

(arts. 58, inc. 7, y 93, inc. 1, letra d, del Estatuto de Roma)

1) Para los procedimientos de notificación se aplicarán las disposiciones respectivas de la Ordenanza Procesal Civil.

2) La notificación de una citación de la Corte al imputado no podrá ser efectuada por medio de notificación sustitutiva.

§ 58

Transmisión de conocimientos e informaciones obtenidos oficialmente

1) A pedido de una autoridad competente de la Corte serán transmitidos a ésta, en el ámbito de su competencia y con reserva de lo dispuesto en el inc. 3, los conocimientos obtenidos oficialmente por tribunales y autoridades alemanes con la

misma extensión que sería admisible respecto de un tribunal o de una fiscalía alemanes para la realización de un proceso penal, siempre que esté garantizado que:

1. los datos del Registro Central Federal y las informaciones que han sido obtenidas por medio de la observación de comunicaciones telefónicas (§ 59, inc. 1) o de medidas similares hechas sin consentimiento del afectado (§ 59, inc. 2) no serán retransmitidas a ninguna otra autoridad fuera de la Corte, y
2. las demás informaciones sólo serán retransmitidas a otras autoridades fuera de la Corte con la aprobación previa requerida por el § 68, inc. 1.

En la transmisión de la información deberá hacerse referencia de forma apropiada a los plazos máximos previstos por el derecho alemán para la conservación de la información, como también acerca de que la información transmitida sólo podrá ser utilizada para cumplir con las tareas encomendadas a la Corte por el Estatuto de Roma. Si resultara que han sido transmitidas informaciones incorrectas o que no deberían haber sido transmitidas se deberá informar de inmediato a la Corte y requerirle que rectifique o destruya la información.

2) Con reserva de lo previsto en el inc. 3, podrán ser transmitidas a la Corte sin requerimiento de ésta las informaciones del inc. 1, con excepción de los datos del Registro Central Federal, si de todos modos están cumplidos los requisitos del inc. 1, párr. 1, y la información es adecuada:

1. para iniciar un proceso ante la Corte,
2. para colaborar en un proceso ya iniciado ante ella, o
3. para preparar un requerimiento de asistencia judicial de la Corte.

El inc. 1, párrafos 2 y 3, rige en lo correspondiente.

3) Si la Corte solicita la transmisión de informaciones que fueron remitidas a un tribunal o a una autoridad alemanes por un Estado extranjero o por una institución intergubernamental o supraestatal con reserva de su confidencialidad, dichas informaciones no serán transmitidas a la Corte en tanto que no exista el consentimiento del autor exigido por el art. 73, párr. 1, del Estatuto de Roma. La Corte deberá ser informada.

§ 59

**Observación de comunicaciones telefónicas
y otras medidas tomadas sin consentimiento del afectado**

(art. 93, inc. 1, letra l, del Estatuto de Roma)

1) La resolución de establecer la vigilancia de las telecomunicaciones (§ 100*a* de la Ordenanza Procesal Penal) y la transmisión de los datos obtenidos por medio de esa observación sólo serán procedentes si

1. existe decisión de un juez de la Corte que ordene la observación de las telecomunicaciones,
2. existen los demás presupuestos exigidos por la Ordenanza Procesal Penal para el dictado de la medida, con la salvedad de que en lugar de los hechos punibles mencionados en el § 100*a*, inc. l, párr. 1, de la Ordenanza Procesal Penal serán considerados los mencionados en el art. 5 del Estatuto de Roma, y
3. está garantizado que serán observados los preceptos de la Ordenanza Procesal Penal referidos a la notificación a la persona afectada por la medida (§ 101, inc. 1, de la Ordenanza Procesal Penal) acerca de la utilización de la información obtenida en otro proceso penal ante la Corte (§ 100*b*, inc. 5, de la Ordenanza Procesal Penal) y acerca de la destrucción de esa información (§ 100*b*, inc. 6, de la Ordenanza Procesal Penal).

2) A pedido de la Corte serán tomadas, sin consentimiento del afectado, las medidas mencionadas por el § 100*c*, inc. 1, de la Ordenanza Procesal Penal. El inc. 1 rige en lo correspondiente.

§ 60

Presencia en los actos de asistencia judicial

(art. 99, inc. 1, del Estatuto de Roma)

Estará permitida, a pedido, la presencia de personal y apoderados de la Corte, como también la de las demás personas mencionadas en la solicitud, en la realización

en el país de los actos de asistencia judicial. Ellos podrán sugerir preguntas o medidas. El personal de la Corte podrá hacer actas, fotos, grabaciones o filmaciones del acto de asistencia judicial. En tanto que las personas afectadas lo aprueben, la obtención de grabaciones, fotos y filmaciones también estará permitida aunque no existan los presupuestos requeridos para ello por la Ordenanza Procesal Penal. Las grabaciones y demás registros que hayan sido realizados según el párr. 3 no podrán ser utilizados en un proceso penal alemán.

§ 61

Audiencias judiciales

(art. 3, inc. 2, del Estatuto de Roma)³

- 1) A pedido de la Corte ésta será autorizada a realizar audiencias judiciales en el país.
- 2) Para la ejecución de una pena de multa según el art. 71, inc. 1, del Estatuto de Roma será aplicable, en lo que corresponda, el § 43.

§ 62

Ejecución directa por la Corte

(art. 99, inc. 4, letra b, del Estatuto de Roma)

A pedido particular el personal de la Corte y los autorizados por ella tendrán permitido, en acuerdo con las autoridades alemanas competentes, llevar a cabo en el país por sí mismos interrogatorios, inspecciones oculares y medidas probatorias similares. La asistencia judicial podrá ser otorgada bajo las condiciones a imponer en el sentido del art. 99, inc. 4, letra b, del Estatuto de Roma. El dictado y realización de medidas de coerción quedará reservado en todos los casos a las autoridades alemanas competentes y se regirá por el derecho alemán.

³ N. del T.: Textual de la ley, aunque el párrafo se refiere en realidad al art. 4, inc. 2, del Estatuto de Roma.

§ 63**Iniciación de un proceso penal alemán**

(art. 70, inc. 4, del Estatuto de Roma)

Si la Corte, de conformidad con el art. 70, inc. 4, letra b, del Estatuto de Roma, solicita la iniciación de un proceso penal contra una persona sospechosa por un hecho previsto por el art. 70, inc. 1, del Estatuto de Roma, la Corte será informada tan pronto como sea posible acerca de lo sucedido con motivo de su solicitud. Después de la clausura del proceso se le remitirá un testimonio o una copia con certificación de la decisión definitiva. Los documentos y actas disponibles serán restituidos si la Corte lo solicita.

Sexta parte

SOLICITUDES SALIENTES**§ 64****Forma y contenido de las solicitudes**

(arts. 93, inc. 10, 96, inc. 4, del Estatuto de Roma)

Las solicitudes dirigidas a la Corte, de conformidad con el art. 93, inc. 10, letra a, del Estatuto de Roma, para requerirle asistencia judicial, como también los requerimientos de remisión y la documentación anexa, deberán tener la forma prescrita por el art. 96, inc. 1 en relación con el inc. 4, del Estatuto de Roma y el contenido indicado en el art. 96, inc. 2 en relación con el inc. 4, del Estatuto de Roma.

§ 65**Devolución**

1) Quien, para que pueda ser llevado a cabo un proceso penal en el país, haya sido remitido temporariamente por la Corte bajo condición de su posterior devolución, será devuelto en un momento a convenir a la Corte o a las autoridades del Estado que ella designe, siempre que la Corte no haya renunciado a ello. Contra el requerido se dispondrá, antes de la ejecución de la entrega transitoria, su detención por orden de prisión escrita, si la Corte hace depender la entrega del paso de prisión

a prisión o si la devolución no pudiera ser garantizada de otra manera. La prisión ordenada con motivo de lo dispuesto en el párr. 2 será computada, de conformidad con el § 51 del Código Penal, a los efectos de la pena impuesta en el proceso penal alemán.

2) Para la orden de prisión se aplicará, en lo que corresponda, el § 55, inc. 2. En lo demás rigen, en lo que corresponda, los §§ 13, inc. 3, 14, incs. 1, 2, párrs. 1 y 3, y 5, 18 y 55, inc. 3 a 5. Acerca de las objeciones contra la orden de prisión para la devolución o respecto de la solicitud de suspenderla decidirá el tribunal superior estadual sólo si la prisión está siendo ejecutada debido a la orden de prisión para la devolución.

3) La resolución sobre la prisión será tomada por el tribunal superior estadual en cuyo distrito tenga asiento el tribunal a cargo del proceso penal nacional y, antes de la promoción de la acusación, aquel en cuyo distrito tenga asiento la fiscalía encargada de llevar a cabo el procedimiento. La decisión es inimpugnable. Será competente para disponer y ejecutar la devolución la fiscalía ante el tribunal superior estadual competente según el párr. 1.

§ 66

Entrega temporal para un proceso penal alemán

1) Aquel que se encuentre detenido cumpliendo pena o en prisión provisional con motivo de una resolución de la Corte y haya sido entregado temporariamente a un tribunal alemán o a una autoridad alemana, por pedido de la Corte, para la realización de otro proceso penal en el país en su contra o para la producción de una medida de prueba, bajo condición de su posterior devolución, será devuelto en un momento a convenir a la Corte o a las autoridades del Estado que ella designe, siempre que la Corte no haya renunciado a ello. Contra el requerido se dispondrá, antes de la ejecución en la entrega transitoria, su detención por orden de prisión escrita, si la Corte hace depender la entrega del paso de prisión a prisión o si la devolución no pudiera ser garantizada de otra manera. Para la orden de prisión se aplicará, en lo que corresponda, el § 55, inc. 2. Para lo demás rigen, en lo que corresponda, los §§ 13, inc. 3, 14, incs. 1, 2, párrs. 1 y 3, y 5, 18 y 55, inc. 3 a 5, como también el § 65, inc. 3.

2) Quien se encuentre en el país cumpliendo pena de prisión, en prisión preventiva o privado de su libertad debido a una medida de seguridad y corrección

podrá ser entregado temporariamente a la Corte para la producción de una medida probatoria en un proceso penal seguido en el país si están reunidos los requisitos del § 54, párr. 1, n.os 1, 3 y 4. Los §§ 49, inc. 4, párrs. 2 y 3, y 54, párrs. 2 a 5, regirán en lo que corresponda.

§ 67

Condiciones

Deberán ser observadas las condiciones impuestas por la Corte a la asistencia judicial.

Séptima parte

DISPOSICIONES GENERALES

§ 68

Competencia federal

1) Acerca de los pedidos de asistencia judicial de la Corte y acerca de la formulación de solicitudes de asistencia judicial a la Corte decidirá el Ministerio Federal de Justicia en acuerdo con el Ministerio de Relaciones Exteriores y con los demás Ministerios Federales cuyo ámbito de incumbencia se vea afectado por la asistencia judicial. Si para prestar la asistencia judicial es competente una autoridad que pertenece al ámbito de incumbencia de otro Ministerio Federal, ella actuará en lugar del Ministerio Federal de Justicia; la decisión será tomada en acuerdo con el Ministerio Federal de Justicia y el Ministerio de Relaciones Exteriores. Los Ministerios Federales competentes según los párrs. 1 y 2 podrán delegar el ejercicio de sus facultades en el caso concreto a una autoridad federal subordinada. El Gobierno Federal, en un caso concreto, podrá delegar en un Gobierno Estadual la decisión acerca del ejercicio de la facultad de prestar asistencia en el caso de una solicitud de la Corte basada en la Quinta Parte de esta ley y la de requerir asistencia judicial a la Corte. Los Gobiernos Estaduales podrán delegar la facultad delegada a ellos según el párr. 4 a otra autoridad competente según el derecho estadual.

2) El Ministerio Federal de Justicia decidirá, en acuerdo con el Ministerio de Relaciones Exteriores y con las demás altas autoridades federales cuyo ámbito de incumbencia se vea afectado, respecto especialmente de:

1. la remisión de una situación conforme con el art. 14, inc. 1, del Estatuto de Roma,
2. la comunicación prevista por el art. 18, inc. 2, del Estatuto de Roma y la interposición de la apelación del art. 18, inc. 4, del Estatuto de Roma,
3. la interposición de la impugnación prevista por el art. 19, inc. 2, del Estatuto de Roma,
4. la interposición de una apelación en los términos del art. 19, inc. 6, del Estatuto de Roma,
5. la interposición de la solicitud prevista por el art. 72, inc. 4, del Estatuto de Roma,
6. la interposición de una apelación en los términos del art. 82, inc. 2, del Estatuto de Roma, o
7. la solicitud de dispensa prevista por el art. 101, inc. 2, del Estatuto de Roma.

3) Siempre que según el Estatuto de Roma o según esta ley esté previsto el asesoramiento con la Corte o comunicaciones a la Corte el inc. 1, párr. 1, resultará aplicable en lo que corresponda. Si hechos que, según el Estatuto de Roma o esta ley, hacen necesaria la consulta con la Corte fueran conocidos por una autoridad distinta de la competente según el párr. 1, dicha autoridad informará de ello inmediatamente a la autoridad competente, según el párr. 1, para conducir la consulta. Siempre que determinadas circunstancias deban ser comunicadas a la Corte o si ha sido requerida su decisión o su aprobación, la autoridad competente según el párr. 1 tomará las medidas necesarias para ello. En casos de urgencia la autoridad que primero conozca hechos o circunstancias sobre los que exista obligación de informar porque hacen necesaria una decisión o una aprobación de la Corte podrá poner a ésta anticipadamente en conocimiento de tales hechos o circunstancias.

4) Las facultades de la Oficina Federal del Crimen respecto de la comunicación de datos, notificaciones y comprobación de identidades requeridas por la Corte se regirán por el § 14, inc. 1, párr. 1, n.º 2, y por el § 15, incs. 1 a 3, de la ley de la Oficina Federal del Crimen.

§ 69**Procedimiento penal alemán y proceso penal previo ante la Corte**

(arts. 20, inc. 2, y 70, inc. 2, del Estatuto de Roma)

1) Nadie que haya sido condenado o absuelto por la Corte con motivo de un crimen mencionado en el art. 5 del Estatuto de Roma o de un hecho punible mencionado en el art. 70, inc. 1, del Estatuto de Roma, podrá ser procesado ante otro tribunal.

2) Si en un proceso penal seguido contra una persona en el país se llegue a conocer que esa persona ya fue condenada o absuelta en firme por la Corte a causa de todos o de una parte de los hechos objetos del proceso alemán, el proceso será sobreseído, con costas a cargo de la caja estatal, respecto de los hechos acerca de los cuales ha resuelto la Corte. Si el proceso está en trámite ante el tribunal para el sobreseimiento se requiere decisión judicial.

3) La decisión a tomar acerca de la reparación de los perjuicios ocasionados con las medidas de persecución penal tendrá como base la decisión de la Corte acerca de la culpabilidad y la determinación de la pena.

§ 70**Aviso**

(art. 27 del Estatuto de Roma)

Si una solicitud de la Corte de entrega o de otro tipo de asistencia judicial se dirige contra un miembro del Parlamento Federal Alemán o de un órgano legislativo de un Estado Federado o se refiere a actos de investigación en sus ámbitos, el Ministerio Federal de Justicia o, en su caso, la autoridad competente según el § 68, inc. 1, informará al presidente del cuerpo al que pertenezca el afectado o al que se refieran las acciones de investigación solicitadas acerca de la recepción de la solicitud. Por medio de las medidas adecuadas se deberá asegurar que la realización del proceso ante la Corte o del proceso de entrega no sean puestos en peligro como consecuencia del aviso.

§ 71

Gastos

(arts. 100 y 107, inc. 2, del Estatuto de Roma)

Se podrá renunciar al reintegro por parte de la Corte de los gastos ocasionados por la asistencia judicial.

§ 72

Aplicación de otras disposiciones procesales

En tanto que esta ley no contenga una disposición procesal específica regirán analógicamente los preceptos de la Ley de Organización Judicial, de la Ley de Introducción a la Ley de Organización Judicial, de la Ordenanza Procesal Penal, de la Ley de Introducción a la Ordenanza Procesal Penal, del Código Penal, de la Ley Judicial de Jóvenes y de la Ordenanza de Ejecuciones Judiciales.

§ 73

Limitación de derechos fundamentales

Los derechos a la inviolabilidad corporal (art. 2, inc. 2, párr. 1, de la Ley Fundamental), de la libertad de la persona (art. 2, inc. 2, párr. 2, de la Ley Fundamental), del secreto postal, epistolar y de las comunicaciones (art. 10, inc. 1, de la Ley Fundamental), de la inviolabilidad del domicilio (art. 13 de la Ley Fundamental) y la prohibición de extradición (art. 16, inc. 2, párr. 1, de la Ley Fundamental) quedan restringidos en la medida determinada por esta ley.

Los autores

CÉSAR ALFONSO. Abogado por la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Notario y escribano público por la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Máster en Derecho Penal por la Universidad del Norte, Asunción, Paraguay. Miembro del Centro de Ciencias Penales y Política Criminal.

KAI AMBOS. Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Europeo e Internacional, en la Universidad Georg August de Gotinga, Alemania. Juez del Tribunal Estadual (Landgericht) de Gotinga. Responsable de las áreas de Derecho Penal Extranjero e Hispanoamérica del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional. Autor de varias publicaciones en el campo del derecho penal, derecho procesal penal, derecho penal internacional y criminología.

ALEJANDRO APONTE CARDONA. Doctor en Derecho Penal y Teoría del Derecho de la Universidad del Saarland, en Saarbrücken, Alemania. Autor del libro sobre derecho penal del enemigo, Krieg und Feindstrafrecht, publicado en el 2004 en Alemania por la editorial Nomos y próximo a publicarse en Colombia, en la versión española. Profesor de Derecho Penal General y Teoría del Derecho en la Universidad Javeriana de Bogotá. Ha sido becario de la Fundación Konrad Adenauer, profesor invitado al Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo y a diversas universidades de América Latina y Europa. Es consultor y asesor de agencias nacionales e internacionales.

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI I. BADARÓ. Advogado. Mestre e Doutor em Direito Processual Penal. Membro do Grupo de Trabalho do Ministério da Justiça para Implementação do Estatuto de Roma.

DINO CARLOS CARO CORIA. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ALMA LORENA FALCÓN LOZADA. Máster en Derecho. Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche, México. Secretaria técnica del Consejo Regional Sur-Sureste de la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES), México.

EMANUELA FRONZA. Graduado en Jurisprudencia por la Universidad de Bolonia, Italia. Doctora en Derecho por la Universidad de Teramo, Italia. Investigadora de la Universidad de Trento, Italia, donde enseña derecho penal internacional. Miembro del Center for Applied Research on the International and European Criminal Justice, de Roma, Italia. Ha sido profesora contratada de Derecho Penal de la carrera de Derecho de la Academia Militar de Modena y asistente en las universidades de Modena y Reggio Emilia y Bolonia, Italia. Ha sido directora de las law clinics en derecho penal internacional de la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne. Ha sido becaria del Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional. Es autora de numerosas publicaciones en el ámbito del derecho penal, derecho penal internacional y derecho comparado.

PABLO GALAIN PALERMO. Doctor en Derecho Penal Europeo por la Universidad de Salamanca, España. Colaborador científico del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo, Alemania.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA. Doctor en Derecho. Doctor honoris causa. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Valparaíso, Chile. Ex catedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta, Chile.

SALVADOR HERENCIA CARRASCO. Asesor jurídico de la Comisión Andina de Juristas, Lima, con experiencia en derecho internacional, derecho penal internacional, derecho comunitario y derechos humanos. Abogado por la Universidad de Los Andes, Colombia, con estudios en derecho internacional y comparado en la Universidad Robert Schuman de Estrasburgo, Francia. Autor de varias publicaciones sobre la implementación del Estatuto de Roma en la región andina, entre otros temas.

PAUL HERNÁNDEZ BALMACEDA. Bachiller, Licenciado en Derecho y Notario público por la Universidad de Costa Rica. Especialista en Derechos Humanos, por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas, por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Estudios Avanzados de Doctorado en Derecho Penal, por la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid. Profesor de Derecho Penal en la Universidad Latina de Costa Rica y la Escuela Judicial de Costa Rica. Juez de Apelaciones y Juicio Penal. Tribunal de Juicio de Cartago, Costa Rica.

EZEQUIEL MALARINO. Graduado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires con diploma de honor al mérito (1996) y Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Macerata, Italia (2006). Es miembro del Center for Applied Research on the International and European Criminal Justice, de Roma, Italia. Fue profesor invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento

(2006). Fue investigador del Collège de France, de París, Francia. Fue investigador del Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, de Friburgo, Alemania. Fue becario del Ministerio para la Investigación Científica de Italia. Entre los años 1998 y 2006 ha realizado diferentes estancias de investigación en las siguientes universidades y centros de investigación: Universidad Westfälische Wilhelms de Münster e Instituto Max-Planck, Alemania; Universidad de Bolonia y Universidad de Macerata, Italia; Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne y Collège de France, Francia. Es autor de publicaciones en el ámbito del derecho penal y procesal penal y en el ámbito del derecho penal internacional.

JAIME MARTÍNEZ VENTURA. Abogado y notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador (UES). Desde septiembre de 1993 hasta noviembre de 2005 se desempeñó como coordinador y luego como director del Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES), órgano de la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FES-PAD). Actualmente es coordinador de la Oficina de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador y profesor ad honorem del seminario permanente del CEPES. Es miembro del Consejo Latinoamericano del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), con sede en Buenos Aires, coordinador nacional de El Salvador del Proyecto Latinoamericano de Investigación Conjunta sobre Política Criminal, coordinador de la revista latinoamericana *Pena y Estado*, y miembro del Consejo Centroamericano de la revista centroamericana *Justicia Penal y Sociedad*, con sede en Guatemala. Ha publicado libros, artículos, ensayos y otros trabajos académicos sobre temas de justicia penal juvenil, seguridad pública, poder judicial y justicia penal. Ha realizado diversas consultorías a solicitud de organismos nacionales e internacionales.

JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ. Doctor en Derecho, sobresaliente cum laude, por la Universidad de Barcelona. Becario de la Fundación Alexander von Humboldt. Becario del Instituto de Cooperación Iberoamericana, del Instituto Internacional de Sociología Jurídica y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Profesor de Derecho Penal en las universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Profesor invitado de la Universidad de León, España; de la Universidad del Zulia y de la Universidad de Carabobo, Venezuela. Autor de varios trabajos en derecho penal, derecho penal internacional, derecho penal económico y derecho procesal penal.

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. Advogada. Mestre e Doutora em Direito Processual Penal. Professora Doutora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1.ª vicepresidenta do IBCCRIM.

PATRICIA NERI GUAJARDO. Profesora Investigadora del Foro Latinoamericano de la Seguridad Urbana y la Democracia, A. C. y miembro individual de la Coalición Mexicana de ONG a favor de la CPI.

HÉCTOR OLÁSULO. Doctorado por la Universidad de Salamanca; máster por la Universidad de Columbia. Letrado de la Corte Penal Internacional. Profesor honorario del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Utrecht, Países Bajos. Antiguo miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional y de las secciones de Asesoría Jurídica y Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

PABLO FERNANDO PARENTI. Abogado (Universidad de Buenos Aires, 1995). Posgrado en Derecho Penal (Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2002). Ha realizado la II Maestría en Jurisdicción Penal Internacional en la Universidad Internacional de Andalucía, España, con una beca otorgada por esa universidad (2004). Ejerció actividad docente en derecho penal y en derecho procesal penal en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Torcuato Di Tella. Ha participado en el proyecto de investigación del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional "Derecho penal como reacción ante crímenes de Estado. Procesos de transición comparados", en el marco del cual realizó el informe "La persecución penal de las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en Argentina entre 1976 y 1983" (2002). Es autor de diversas publicaciones en derecho penal, derecho procesal penal y derecho penal internacional. Se desempeña como subdirector general en la Unidad de Asistencia para Causas por Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado de la Procuración General de la Nación.

CLEUNICE VALENTIM BASTOS PITOMBO. Advogada. Mestre e Doutora em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CARINA QUITO. Advogada. Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS. Licenciada en Derecho con distinción con honores por la Universidad Católica Boliviana (La Paz, Bolivia). Máster en Derecho Internacional y Comparado por la Universidad de San Francisco (Estados Unidos). Diplomada en Derecho Internacional Humanitario por la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Diplomada en Derecho Internacional y Derechos Humanos por la Universidad de Helsinki (Finlandia). Becada para participar en el XXIV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José, Costa Rica), en la 33.ª Sesión Externa de la Academia de La Haya de Derecho Internacional (Lima, Perú) y en la primera versión del curso "Marie Curie" de investigación para doctorandos en Derecho Penal Internacional del Grotius Centre (La Haya, Países Bajos). Doctorando de la Universidad de Leiden (Países Bajos). Es profesora externa de la Universidad Católica Boliviana de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, también en las maestrías de la Universidad Andina Simón Bolívar. Ha sido consultora, inter alia, del Comité Internacional de la Cruz Roja, del proyecto Defensor del Pueblo-GTZ para la implementación del

Estatuto de la CPI en Bolivia, asesora legal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, asesora legal de la Agencia Implementadora de ACNUR en Bolivia y profesora de Derecho Internacional de la Academia Diplomática de Bolivia.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI. Juiz de Direito. Mestre e Doutor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

