

Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación*

Claudia Marcela Cárdenas

Doctor iuris, Magistra Legum. Profesora de Derecho Penal Universidad Católica del Norte
cardenascl@yahoo.de

Resumen

El presente artículo trata de llamar la atención acerca de la necesidad y la conveniencia de implementar el Derecho penal internacional en el ordenamiento jurídico chileno. Con este fin, entrega en una primera parte una descripción básica de los crímenes de Derecho internacional, para luego presentar los argumentos tanto jurídicos como de política jurídica a considerar en la discusión. Entre los primeros, desarrolla ciertas obligaciones preexistentes del Estado chileno, la falta de identidad entre el injusto de los crímenes internacionales y de los delitos de Derecho interno y la necesidad general de implementación de las normas penales internacionales para asegurar su aplicabilidad en el Derecho interno dada la exigencia de determinación de la ley penal vigente en el sistema jurídico continental. En una tercera parte del trabajo se exponen esquemáticamente las distintas formas de implementación empleadas a la fecha por otros Estados, tanto en lo relativo al cómo implementar como en lo relativo al dónde implementar, de modo de orientar al lector acerca de las distintas posibilidades existentes en la materia.

Palabras clave

Crímenes internacionales, implementación, Corte Penal Internacional.

Abstract

This paper leads the attention to both the need and convenience of implementing international criminal law in the Chilean legal order. To this end it delivers, in a first part, an overview of crimes against international law, followed by both juridical and policy arguments to be considered in the discussion about implementation. Among the legal arguments it develops certain pre-existent obligations of the Chilean State and the general need that appears in civil law countries to implement international criminal provisions in their internal legal order to make them applicable following the mandate to fully describe though a law both the criminal behaviours and their punishment. A third part is dedicated to the different forms of implementation existent to date in different States, both relating how to implement and where to implement. This part seeks to give the reader some guidance on the different options available in this respect.

Keywords

International crimes, implementation, International Criminal Court.

* Artículo recibido el 28 de enero de 2006 y aprobado para publicación el 11 de septiembre de 2006.

Introducción

Entiendo que el espíritu y motivo principal de la elaboración de un Anteproyecto de Nuevo Código Penal es adecuar el Derecho penal material chileno a los tiempos actuales, dando cuenta de la evolución cultural – en general – y jurídica – en particular – desde 1874 a la fecha. Según comprendo, se estimó que para conseguir cabalmente este objetivo no bastaría la modificación de preceptos aislados, sino que cabe reformar sistemáticamente el Derecho penal material, redactando un nuevo Código Penal.¹

Consciente del desafío que esto implica, considero importante acusar un vacío: la no inclusión en el Anteproyecto de los crímenes nucleares de Derecho penal internacional, vale decir, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra tipificados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,² que nuestro país se encuentra camino de ratificar.³ Por razones de extensión y orden en la exposición, me referiré sólo a los aspectos que considero especialmente relevantes para la discusión: el concepto de crímenes de Derecho internacional, la necesidad de implementar los crímenes tipificados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el Derecho chileno y las distintas opciones que existen para llevar a cabo tal implementación.

1. El objeto de la implementación: los crímenes de derecho internacional

El Derecho penal internacional es aquella disciplina jurídica que se ocupa de las normas que fundamentan la punibilidad de ciertas conductas directamente a partir del Derecho Internacional.⁴

Siguiendo a Werle, para ser objeto de estudio por el Derecho penal internacional, una norma debe reunir tres condiciones:

- Debe describir un hecho típico imputable individualmente, y prever una pena como consecuencia jurídica.
- Debe ser parte del ordenamiento jurídico internacional.
- La punibilidad de la conducta descrita debe ser independiente de su tipificación como delito en el Derecho nacional y de si el ordenamiento jurídico de un Estado permite a sus tribunales la aplicación directa de las normas penales internacionales.⁵

¹ Decreto Supremo 334 de 7 de mayo de 2003, publicado en el Diario Oficial de 04 de julio de 2003.

² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en la versión corregida por los procesos verbales de 10 de noviembre de 1998, de 12 de julio de 1999, de 30 de noviembre de 1999, de 8 de mayo de 2000, de 17 de enero de 2001 y de 16 de enero de 2002), A/CONF.183/10, 17 de julio de 1998 (en adelante: ECPI). Disponible bajo http://www.icc-cpi.int/about/Official_Journal.html.

³ En la discusión posterior a la presentación de la ponencia se hizo referencia a la voluntad de crear un nuevo cuerpo legal dedicado a los crímenes internacionales, vale decir, un Código Penal Internacional separado del Código Penal. Ignoro si ha existido una decisión definitiva a este respecto.

⁴ WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Coordinación de la traducción al español por DÍAZ PITA, María del Mar. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 76 número marginal 71.

⁵ WERLE, *Tratado*, p. 77 número marginal 72.

Esta descripción deja de lado las normas procesales del Derecho penal internacional y las materiales referidas a su parte general, pero nos valemos de ella por cuanto es útil a los efectos de distinguir claramente el Derecho penal internacional de los Derechos penales nacionales y de las demás disciplinas que conforman el derecho penal de trascendencia internacional.⁶

Los crímenes de Derecho internacional,⁷ que coinciden con los crímenes para cuya investigación y juzgamiento es competente la Corte Penal Internacional son cuatro, aunque respecto de uno de ellos se da una situación muy especial. A continuación una apretada revista de cada uno:⁸

1.1. El genocidio

El tipo penal de genocidio consiste en perpetrar uno o más “hechos individuales”⁹ con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Este ánimo, común a todas las figuras de genocidio, es el elemento decisivo que hace de tales conductas atentados contra la paz y seguridad internacionales elevados a la categoría de crímenes internacionales.

En el juicio de Nuremberg se consideró al genocidio como una forma de crimen contra la humanidad. Sin embargo, a poco andar, ya con la Convención contra el Genocidio de 1948, este crimen cristalizó como una categoría independiente. La definición del artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional es una reproducción de la definición contenida en el artículo 2 del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948.¹⁰

⁶ Entre estas últimas se encuentran el derecho penal supranacional, las normas sobre el ámbito de aplicación de la ley penal, el derecho de la cooperación internacional en materias penales y otras normas de derecho penal material de trascendencia internacional, que puede surgir bien de la importancia de ciertas conductas para intereses comunes a todos o por lo menos a la mayoría de los Estados, bien debido a que la manifestación transfronteriza del crimen la hace apropiada una acción interestatal coordinada. Ejemplo, tráfico de estupefacientes, regulado en el Convenio único sobre estupefacientes de 1961, en el Convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971 y en la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988.

⁷ En el marco del Derecho penal internacional, la voz “crimen” no se utiliza en concordancia con la clasificación legal de los delitos según el artículo 3 del Código Penal chileno.

⁸ Para un examen más acucioso de estos crímenes me remito a las fuentes bibliográficas citadas en WERLE, *Tratado*, p. 309 y ss.

⁹ Artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.”

¹⁰ Está publicado como anexo de la Resolución 260 (III) de la Asamblea de Naciones Unidas (1948) y en 75 UNTS (1949), p. 277 y ss.

1.2. Los crímenes de lesa humanidad (o crímenes contra la humanidad)

Esta clase de crímenes consiste en acciones (hechos individuales)¹¹ cometidas como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil (hecho global) con conocimiento de dicho ataque.

Se encontraban definidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que exigió para su comisión un nexo con un conflicto armado. Sin embargo, al contrario de lo que sucedió con el genocidio y los crímenes de guerra, no fueron definidos en ningún tratado posterior hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional, donde se lo define para los efectos de establecer la competencia material de la Corte (artículo 7)

1.3. Los crímenes de guerra

Son los crímenes de los que más antiguos antecedentes se tienen. Están regulados en numerosas convenciones, y estaban también contemplados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Hoy, los tratados más importantes sobre derecho humanitario, que contienen también normas penales, son los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949¹² y sus dos protocolos adicionales de 8 de junio de 1977.¹³ El Estatuto de la Corte Penal Internacional también contiene una larga lista de crímenes de guerra en su artículo 8.

Lo particular y novedoso de la regulación de los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional consiste en que no solamente se refiere a los crímenes de guerra en conflictos armados internacionales, sino también a crímenes de guerra que en conflictos

¹¹ Artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”

¹² I. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (<http://www.icrc.org/spa>; 75 UNTS (1949), p. 31 y ss.); II. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar (<http://www.icrc.org/spa>; 75 UNTS (1949), p. 85 y ss.); III. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (<http://www.icrc.org/spa>; 75 UNTS (1949), p. 135 y ss.); IV. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (<http://www.icrc.org/spa>; 75 UNTS (1949), p. 287 y ss.).

¹³ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977 (<http://www.icrc.org/spa>; 1125 UNTS (1977), p. 3 y ss.); Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 8 de junio de 1977 (<http://www.icrc.org/spa>; 1125 UNTS (1977), p. 609 y ss.).

armados no internacionales, comúnmente llamados crímenes de guerra civil. En efecto, los conflictos que más recientemente han llamado la atención de la comunidad internacional, cuya calidad de internacional es a lo menos dudosa (antigua Yugoslavia, Ruanda, Uganda, República Democrática del Congo, Sudán), muestran la obsolescencia de la distinción entre crímenes de guerra interna y crímenes de guerra civil, que data de una época en que la soberanía estatal se consideraba más importante que el resguardo de los derechos humanos. Esta época ha llegado a su ocaso, al menos en lo que al Derecho respecta, como lo demuestra en Chile el artículo 5 inciso 2 de la Constitución y en el ámbito internacional la jurisprudencia de la última década (sobre todo la del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, la del Tribunal Penal para Ruanda y la de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos). De hecho, se critica al Estatuto de la Corte Penal Internacional que no contempla algunos crímenes de guerra civil que sí están reconocidos en el Derecho consuetudinario.

1.4. El crimen de agresión

Como "crimen contra la paz" aparecía ya en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Sin embargo, en la actualidad, por razones coyunturales de política internacional no ha sido posible encontrar una tipificación de consenso para este crimen, aunque la asamblea de Estados Partes del Estatuto de la Corte Penal Internacional trabaja en ello. Como no se logró una definición para la Conferencia de Plenipotenciarios de 1998 en Roma, si bien el crimen de agresión está mencionado como uno de aquellos sobre los cuales la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción, no puede ejercerla. Para definir este crimen será necesaria una modificación al Estatuto (arts. 5, 121 y 123 Estatuto de la Corte Penal Internacional), lo que puede tener lugar sólo a partir de su séptimo año de vigencia (desde el 1 de julio de 2009).

Es el que menos trascendencia tiene desde el punto de vista de la implementación, pues a falta de definición estatutaria no puede aún ser perseguido por la jurisdicción internacional.

2. La necesidad de implementar los crímenes tipificados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el Derecho chileno

Estrictamente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional no impone a los Estados partes del tratado la obligación de implementar los crímenes internacionales definidos en él para los efectos de fijar su competencia material. Sin embargo, el Estatuto contiene obligaciones para los Estados parte en cuanto implementa normas del Derecho penal material: contiene la obligación para los Estados partes de hacer extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de los procedimientos nacionales a los delitos contra la

administración de justicia regulados en su artículo 70,¹⁴ entre los que se cuentan dar falso testimonio, la corrupción de testigos o funcionarios de la Corte Penal Internacional, etc.¹⁵

La otra obligación inequívoca de implementación establecida en el tratado toca al Derecho procesal y consiste en la obligación para los Estados partes de establecer procedimientos de Derecho interno para cooperar con la Corte de conformidad con la parte IX de su Estatuto,¹⁶ vale decir, para cumplir con solicitudes de detención y entrega, de realización de inspecciones oculares, de identificación de personas u objetos, de protección a víctimas y testigos, etc.¹⁷

Si bien el Estatuto de la Corte Penal Internacional no contiene, como ya está consignado, la obligación expresa para sus Estados partes de implementar los crímenes internacionales en el Derecho nacional, existe una serie de argumentos, tanto estrictamente jurídicos como de política jurídica, que hacen oportuna la implementación nacional de los crímenes internacionales. En lo que sigue no se analizará cada una de las figuras penales contenidas en el Estatuto, ya que por su gran número resulta imposible detenerse en cada una en el marco del presente artículo. De ahí que en adelante se den sólo ejemplos ilustrativos cuando el contexto así lo amerite.

¹⁴ Artículo 70 para. 4 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “a) 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; b) 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. Esas autoridades conocerán de tales asuntos con diligencia y asignarán medios suficientes para que las causas se sustancien en forma eficaz.”

¹⁵ Artículo 70 para. 1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional:

“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.”

¹⁶ Artículo 88 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “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.” La cooperación está regulada en la parte 9 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículos 86 y ss.

¹⁷ El artículo 93 Estatuto de la Corte Penal Internacional enuncia las “otras formas de cooperación”, distintas de la detención y entrega: “a) Identificar y buscar personas u objetos; b) Practicar pruebas, incluidos los testimonios bajo juramento, y producir pruebas, incluidos los dictámenes e informes periciales que requiera la Corte; c) Interrogar a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento; d) Notificar documentos, inclusive los documentos judiciales; e) Facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de testigos o expertos; f) Proceder al traslado provisional de personas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 7; g) Realizar inspecciones oculares, inclusive la exhumación y el examen de cadáveres y fosas comunes; h) Practicar allanamientos y decomisos; i) Transmitir registros y documentos, inclusive registros y documentos oficiales; j) Proteger a víctimas y testigos y preservar pruebas; 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; y l) 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.”

2.1. Argumentos propiamente jurídicos

2.1.1. Obligaciones preexistentes del Estado chileno

En primer lugar, ya que con el Estatuto de Roma no se pretendió crear nuevos crímenes internacionales, sino sólo cristalizar ilícitos ya existentes – dando jurisdicción a la Corte Penal Internacional para perseguirlos bajo ciertas circunstancias –. Aparece que ciertos crímenes tipificados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional lo estaban ya en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Dichos tratados, cuyo rango normativo deja de manifiesto el artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución Política, obligan al Estado de Chile como Estado parte a prever sanciones penales para ciertos crímenes de guerra, el delito de genocidio y para la tortura como crimen de lesa humanidad.¹⁸

En el caso particular del genocidio, las partes de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, entre las que se cuenta Chile,¹⁹ “[...] confirman [en el artículo 1 de la Convención] que el genocidio [...] es un delito de Derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.” Asimismo, como Estado parte de los Convenios de Ginebra,²⁰ Chile tiene a su haber la obligación incumplida de implementar mecanismos de sanción para sus infracciones graves, que son ciertas conductas contra personas o bienes protegidas por los Convenios (p. ej. homicidio intencional, atentados graves contra la integridad física y privaciones de libertad, todos ellos como crímenes de guerra).²¹ Personas protegidas son en general sólo los ciudadanos extranjeros respecto del Estado obligado. Sin embargo, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra incluye a los nacionales del propio Estado en conflictos armados internos.

Para los crímenes de lesa humanidad, la situación es algo más compleja: según la jurisprudencia invariable de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde Velásquez Rodríguez²², se entiende que la fuente de la obligación de perseguirlos penalmente encuentra su fundamento en el deber de respetar y garantizar los derechos humanos (artículo 1 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2 inciso 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos) y en la garantía de un recurso efectivo (artículo 25 inciso 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2 inciso 3 a) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). Según esta jurisprudencia, como corolario del deber jurídico que tiene el Estado de impedir las violaciones de

¹⁸ Artículo 4 de la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984, ratificada el 30 de septiembre de 1988. Otros tratados firmados por Chile obligan a penalizar otras conductas. Así ocurre con la esclavitud en virtud del artículo 6 de la Convención sobre la Esclavitud de 25 de septiembre de 1926 en la versión enmendada según el protocolo de 23 de octubre de 1953, que Chile firmó el 20 de junio de 1995; y con la desaparición forzada según el artículo 1 b) de la Convención interamericana sobre la desaparición forzada de personas de 9 de junio de 1994 firmada por Chile el 6 de octubre de 1994. El apartheid fue declarado crimen de lesa humanidad por la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973, que Chile ni siquiera ha firmado.

¹⁹ La Convención fue ratificada el 3 de junio de 1953.

²⁰ Los Convenios de Ginebra fueron ratificados por Chile el 12 de octubre de 1950.

²¹ Artículos 49 y 50 I. Convenio, 50 y 51 II. Convenio, 129 y 130 III. Convenio, 146 y 147 IV. Convenio.

²² Sentencia de 29 de julio de 1988, <http://www.corteidh.or.cr>, en particular paras. 166 y 172.

derechos humanos, tiene también el deber de investigar seriamente los antecedentes sobre violaciones de los derechos humanos, de identificar a los responsables, de imponer sanciones penales apropiadas y de asegurar a las víctimas una adecuada indemnización. Tal jurisprudencia está ya consolidada en el sistema interamericano,²³ y ha sido seguida entretanto también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.²⁴

La discusión sobre un nuevo Código Penal es propicia para ocuparse también de la tipificación de estos crímenes en el Derecho chileno, cumpliendo así por fin de modo inequívoco con las obligaciones internacionales que el Estado de Chile ha contraído en estas materias al ratificar los mencionados tratados internacionales.

2.1.2. Falta de identidad entre el injusto de los crímenes internacionales y de los delitos de Derecho interno

Otro punto a considerar es que, si bien muchos hechos individuales de los crímenes internacionales son de algún modo punibles según el ordenamiento jurídico chileno, resulta imposible afirmar que exista una identidad entre los hechos individuales de los crímenes internacionales y las conductas tipificadas como delito en el Derecho chileno. Lo anterior puede graficarse tomando como ejemplo un homicidio simple²⁵ y la matanza de miembros del grupo como delito de genocidio, el asesinato como crimen de lesa humanidad o el homicidio intencional como crimen de guerra.

Las diferencias parten desde el bien jurídico protegido. Mientras mediante el homicidio simple se protege preponderantemente el derecho a la existencia física individual y sólo indirectamente la seguridad social y el respeto a las garantías individuales dentro del Estado. En el Derecho penal internacional, en cambio, la protección de bienes jurídicos individuales es sólo instrumental; los bienes jurídicos primordialmente protegidos son la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad (para. 3 del preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional), valores que van entrelazados y que son la base del Derecho internacional contemporáneo. Es el ataque contra estos bienes lo que da al delito su dimensión internacional, lo que hace que afecte a la comunidad internacional en su conjunto, por lo que están fuera del blindaje que implica la soberanía estatal, quedando su comisión, persecución y castigo absolutamente fuera del ámbito inviolable de los asuntos internos de los Estados. El establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia en 1993 y para Ruanda en 1994,²⁶ ambos como medida según el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas – que trata de las acciones en caso de

²³ Para un análisis de la jurisprudencia confróntese, entre otros, KOKOTT, Juliane. “The duty to protect and to ensure Human Rights under the Inter-American System of Human Rights”. En: KLEIN, Eckard (editor). *The Duty to protect and to ensure Human Rights*. Berlín: Arno Spitz Verlag, 1999, p. 235-276.

²⁴ Referencias jurisprudenciales pueden encontrarse, por ejemplo, en TOMUSCHAT, Christian. “The Duty to prosecute international crimes committed by individuals. En: CREMER, Hans Joachim et al (editores) *Tradition und Weltoffenheit des Rechts – Festschrift für Helmut Steinberger*. Berlín: Axel Springer Verlag, 2002, p. 315, p. 320 y ss.

²⁵ Se toma como parámetro la figura base de los denominados delitos de homicidio, ya que las demás figuras penales que caben bajo esta denominación doctrinaria no muestra relación directa con los supuestos de los crímenes de derecho internacional.

²⁶ Resoluciones 827 y 955 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión – viene a confirmar que el imperio del Derecho penal internacional persigue la protección de estos bienes jurídicos fundamentales del Derecho internacional.

En cuanto a la conducta típica, en el homicidio simple consiste en matar a otro, mientras que en la matanza de miembros del grupo como genocidio consiste en dar muerte a un miembro de un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, con intención de destruir dicho grupo total o parcialmente; el asesinato como crimen de lesa humanidad, por su parte, consiste en matar a un civil en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, con conocimiento de dicho ataque. En fin, el matar intencionalmente como crimen de guerra del artículo 8 para 2 a) consiste en matar “intencionalmente” a una persona protegida en un conflicto armado internacional. Puede concluirse entonces que si bien pueden reconocerse elementos comunes, la conducta típica es distinta en cada una de estos delitos.

2.1.3. Necesidad general de implementación de las normas penales internacionales para asegurar su aplicabilidad en el Derecho interno

En el texto previo a la unidad 8 del Anteproyecto de Código Penal²⁷ se hace referencia a don Andrés Bello para sostener que en el ordenamiento jurídico chileno la aplicabilidad de una regulación internacional no depende del Derecho interno vigente. Ignoro si en la discusión que tuvo lugar en el Foro Penal a este respecto se habrá tenido a la vista el texto de Bello. En mi opinión, al revisarlo no parece que la afirmación a la que se hace mención se refiera a la materia específica de los delitos internacionales. Por el contrario, al tratar de la piratería (delito internacional por excelencia en su tiempo) y explicar la competencia universal para perseguirla, Bello sostiene:

“No puede haber duda alguna acerca de la competencia de la *autoridad legislativa de un Estado* para establecer arreglando el modo de proceder contra los piratas; ni importa contra quién o en qué lugar se haya cometido un acto de piratería, para que esté a disposición de cualquiera potencia.” (sic)²⁸

Este texto indica que el Derecho internacional faculta a los Estados – en particular a su poder legislativo – para tipificar los crímenes internacionales y dictar normas para su adecuada persecución, teniendo en consideración las normas de Derecho internacional en la materia. Puede sostenerse entonces que si bien la vigencia de una norma de Derecho penal internacional es independiente del Derecho interno vigente, para su aplicabilidad en el Derecho chileno es necesario implementarlo.

Lo anterior resulta además plenamente compatible con el principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, con las características de previa, escrita y estricta, tanto en cuanto a la conducta tipificada como en cuanto a la sanción. El antedicho principio, hoy ampliamente reconocido a nivel mundial como un derecho humano, ya en los tiempos de Bello había

²⁷ Me fue facilitado un extracto de fecha 25 de octubre de 2005.

²⁸ BELLO, Andrés. *Principios de Derecho Internacional*, 3ª ed., corregida y considerablemente aumentada por el autor. Valparaíso: Imprenta de la Patria, 1864. Capítulo X, De la guerra civil y otras especies de guerra, 3. piratas, p. 327. El destacado es mío.

CÁRDENAS, Claudia. “Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación”. *Polít. crim.* n° 2, A1, 2006, p. 1-17.

sido sistematizado por Feuerbach. Es evidente que el pleno respeto a esta garantía hace necesaria la implementación nacional de las normas penales internacionales, ya que tanto los tratados como la costumbre internacionales, aparte de contener a veces tipos difusos, jamás contienen, en lo que conozco, sanciones determinadas.

En resumen, la implementación nacional de los tipos penales necesita al menos otorgarles sanciones determinadas y cumplir así con los requerimientos del principio de determinación penal, ampliamente reconocido en doctrina como principio limitante del *ius puniendi* y establecido como garantía fundamental para todas las personas no sólo en tratados internacionales sobre derechos humanos,²⁹ sino también en el artículo 19 N° 3 incisos 7 y 8 de nuestra Constitución Política.³⁰

2.2. Argumentos de política jurídica

La ausencia de implementación del Derecho penal material contenido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional puede conllevar además consecuencias indeseables para el Estado chileno. Si bien los siguientes argumentos son más bien de política jurídica, no son baladíes a la hora de convencer a las autoridades encargadas de legislar, de la necesidad de una implementación.

2.2.1. Posibilidad de que la Corte Penal Internacional esté facultada para ejercitar su competencia sobre delitos cometidos en Chile o en los que Chile reclama competencia.

La Corte Penal Internacional tiene una jurisdicción complementaria de las nacionales. Esto quiere decir, a grosso modo, que si un Estado investiga o persigue un caso, la Corte debe por regla general inhibirse, salvo que ella considere – en un asunto lo suficientemente grave, que esté bajo su competencia, y en el que además concurren los requisitos necesarios para su ejercicio – que ningún Estado está en condiciones o tiene la voluntad real de investigar o perseguir adecuadamente, o – en caso de asuntos ya decididos con autoridad de cosa juzgada – la Corte determine que el proceso obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, no fue instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).³¹

²⁹ Artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969; artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

³⁰ “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

³¹ CÁRDENAS, Claudia, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof – Zur Auslegung des Artikulo 17 IStGH-Statut unter besonderer Berücksichtigung von Amnestien und Wahrheitskommissionen*. Berlín: Berliner Wissenschaftsverlag, 2005, p. 57 y ss.; CÁRDENAS, Claudia, “The admissibility test before the International Criminal Court under special consideration of amnesties and truth commissions”. En: KLEFFNER, Jan; KOR, Gerben (editores). *Complementary Views on Complementarity*. La Haya: Asser Press, 2006.

Es imaginable que al Estado de Chile le interese crear las condiciones normativas para minimizar las posibilidades de que la Corte Penal Internacional tenga la facultad de activar su competencia en un caso relacionado con Chile. Esto podría ocurrir, en primer lugar, en la hipótesis de que algunas de las conductas tipificadas en el Estatuto no estén penalizadas de modo alguno en el Derecho nacional. Ejemplos podrían encontrarse sobre todo en los crímenes de guerra: así, el declarar que no se dará cuartel (artículo 8 párrafo 2 b) xii) y e) x) del Estatuto de la Corte Penal Internacional), el utilizar la presencia de una persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares (artículo 8 párrafo 2 b) xxiii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional), el traslado voluntario de población civil a un territorio ocupado (artículo 8 párrafo 2 b) viii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional). Estos hechos individuales no coinciden con delitos tipificados en el derecho chileno.³² En estos casos, Chile no investigará ni perseguirá esta conducta o esta serie de conductas. Tal omisión activaría la facultad de la Corte para ejercer su jurisdicción (complementaria) sobre estas conductas si no son investigadas ni perseguidas por ningún otro Estado y la Corte las considera lo suficientemente graves (art. 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

Puede suceder también que ciertas conductas estén sólo parcialmente tipificadas, vale decir, que su comisión esté penada, pero que la tipificación nacional no abarque la magnitud del injusto que hace de la conducta un crimen internacional. Por ejemplo, que una conducta constitutiva de genocidio se persiga como lesiones o sustracción de menores, sin considerar las diferencias en cuanto al bien jurídico protegido y la conducta en que consiste la diferencia fundamental entre los crímenes internacionales y los de Derecho interno. En el caso del genocidio, siguiendo ejemplo, el atentado contra la paz y seguridad internacionales que importa el ánimo de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Claramente, el injusto del genocidio no queda cabalmente reflejado en los delitos existentes en el ordenamiento jurídico interno. Si bien desde el punto de vista de la Corte Penal Internacional en un caso de semejantes características el asunto de que se trate no pasará automáticamente a ser considerado admisible,³³ podrá la Corte, mediante un así denominado examen de admisibilidad, determinar la gravedad del caso y, examinando del procedimiento nacional, determinar si Chile está dispuesto a investigar y perseguir la conducta constitutiva del crimen internacional – caso en el que la Corte debe inhibirse de actuar – o si en realidad el actuar del Estado de Chile tiene por objeto proteger al imputado de que se trate de responsabilidad penal por el injusto tipificado en el Estatuto, al juzgarlo sin tener en consideración la magnitud del injusto – caso en el cual estaría facultada para conocer del caso.

Si bien dada la actual carga de trabajo de la Corte Penal Internacional y la que puede prevérsele para el futuro, es altamente improbable que ella llegue a considerar admisible casos de tales características, es en cambio probable que al Estado de Chile, como a cualquier Estado, le interese minimizar al máximo las posibilidades de que la Corte

³² Otro ejemplo interesante referido al derecho alemán, pero extendible también al derecho chileno, lo da Kress: si se da muerte a un combatiente con un medio prohibido (ciertas armas o municiones), la conducta sería impune, pues la muerte de un combatiente en sí estaría justificada, y el sólo empleo de las armas o municiones prohibidas no está penado. KRESS, Claus. *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, p. 17.

³³ CÁRDENAS, *Zulässigkeitsprüfung*, p. 78 y ss.; CÁRDENAS, *admissibility test*, p. 115 y ss.

monitoree el tratamiento que se dé a una serie de injustos (situación) cometidos en su territorio o por sus nacionales y de los cuales está conociendo.

En resumen, para evitar la puesta en marcha de los mecanismos de la justicia internacional respecto de los casos actualmente bajo el conocimiento de los Estados éstos deben estar dispuestos y en condiciones – aplicando sus legislaciones nacionales – de perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra de modo similar a como lo haría la Corte Penal Internacional aplicando el Derecho penal internacional en general y su Estatuto en particular. Atendiendo a las consideraciones ya expresadas respecto de los distintos bienes jurídicos protegidos y conductas típicas, si bien los resultados típicos materiales de los delitos de Derecho interno y los crímenes de Derecho internacional pueden en ocasiones coincidir, jamás coincide plenamente el injusto de uno y otro.

2.2.2. Consideración del objeto y fin del tratado como Estado firmante del Estatuto de Roma

Otro argumento a favor de una implementación surge al tener en consideración el objeto y fin del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que están obligados a no contrariar aún los Estados firmantes, como Chile, y no sólo los Estados partes del tratado.³⁴ El principal objeto y fin del Estatuto de Roma es poner en práctica un sistema complementario de justicia penal internacional, que para su funcionamiento óptimo supone que los Estados implementen los crímenes internacionales en su Derecho interno, ya que el sistema sólo funcionará adecuadamente cuando la persecución estatal de los crímenes de Derecho internacional, bajo consideración del injusto específico de tales crímenes, sea la regla general.

Con miras a este objetivo, ya que el Estado de Chile ha resuelto encargar un estudio que desemboque en la promulgación de una nueva legislación penal, sería recomendable que no dejara fuera de los esfuerzos legislativos a los crímenes internacionales. Se contribuiría así además de mejor forma, a conseguir el fin declarado de la modificación legislativa que se persigue, cual es adecuar la regulación del Derecho penal chileno a los tiempos que corren. Si se legisla sin incluir en esta importante reforma a los crímenes internacionales, el Estado de Chile estaría en cierto modo ignorando su existencia y evitando su aplicación en Chile, lo cual dista de condecirse con el objeto y fin del Tratado de Roma, que Chile ha firmado y – según ha declarado en repetidas ocasiones – se apresta a ratificar.

Si bien seguramente una omisión en regular los crímenes internacionales no bastaría para perseguir la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de la obligación de no contrariar el objeto y fin del tratado que ha firmado (de ahí que éste no esté incluido entre los argumentos estrictamente jurídicos), hablaría bien del Estado el hecho de que procure contar con las herramientas legislativas necesarias para perseguir la responsabilidad penal por crímenes internacionales, abarcado su injusto específico y subsanando eventuales lagunas de cobertura.

³⁴ Artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, UN Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

3. Posibles formas de implementación de los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional

En los últimos años, varios Estados de distintas regiones del mundo y de distintas tradiciones jurídicas han hecho frente al desafío de implementar las disposiciones materiales del Derecho penal internacional.³⁵

Las decisiones a tomar en este ámbito se dividen en dos grupos: en primer lugar, las consideraciones acerca de cómo implementar y, en segundo, aquellas acerca de en qué cuerpo legal incluir las nuevas regulaciones.

3.1. ¿Cómo implementar?

A la hora de decidir acerca de cómo implementar existen dos opciones principales: incorporar las normas materiales del Estatuto sin modificarlas (incorporación) o bien introduciendo ciertas modificaciones (implementación modificatoria).³⁶

3.1.1. Incorporación

Un Estado podría decidir incorporar las normas materiales del Estatuto de Roma en la legislación nacional sin modificarlas, ya sea mediante la aplicación directa del Derecho internacional consuetudinario que se entiende cristalizado en el Estatuto, mediante el reenvío al Estatuto de la Corte Penal Internacional o a través de una mera reproducción de los preceptos del Estatuto en su legislación nacional.

La aplicación directa es seguida, en general, al menos en teoría, por países del *common law*. Si bien su sistema jurídico permite aplicar el derecho consuetudinario directamente, en la práctica pocas veces lo hacen sin que exista una legislación especial, como sucede en el Reino Unido, el país del *common law* por excelencia, con la International Criminal Court Act de 2001.³⁷

³⁵ Ejemplos comentados de implementación en América Latina y España se encuentran en los volúmenes de AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (editores). *Persecución Penal de Crímenes Internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2003 y AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y WOISCHNIK, Jan (editores). *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005. Sobre implementación y persecución de crímenes internacionales en el resto del mundo ESER, Albin et al (editores). *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen (National Prosecution of International Crimes)*. Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationale Strafrecht. Freiburg im Breisgau: edition iuscrim; Berlín: Duncker & Humboldt, 2003-2005. Links a legislaciones de implementación pueden encontrarse en los sitios Web de Amnesty International <http://web.amnesty.org/pages/icc-implementation-eng> y the Coalition for an International Criminal Court <http://www.iccnw.org>.

³⁶ Al respecto puede consultarse WERLE, *Tratado*, p. 146 y ss.

³⁷ Cfr. <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2001/20010017.htm>.

La implementación por referencia consiste en legislar haciendo un reenvío a los artículos 6 al 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional o al derecho consuetudinario. Ejemplos de países que han tomado este camino son Nueva Zelanda, Canadá, Costa Rica y Dinamarca.³⁸

Sudáfrica, en cambio, ha optado por una mera reproducción, vale decir, por copiar exactamente los artículos pertinentes del Estatuto de Roma en su Ley del 2002,³⁹ en el entendido de que cristalizan el Derecho consuetudinario vigente.

Antes de optar por algunos de los modos de incorporación hay que analizar detenidamente si el principio de determinación hace necesario adaptar o precisar ciertos preceptos antes de incorporarlos al sistema jurídico nacional. Desde la perspectiva de nuestro sistema jurídico continental ocurre, por ejemplo, que ciertas normas del Estatuto no son lo suficientemente taxativas como para cumplir con los requerimientos de determinación de la ley penal. Un ejemplo es el “emplear veneno” como crimen de guerra en conflictos armados internacionales conforme al artículo 8 para. 2 b) xvii) Estatuto de la Corte Penal Internacional. Podrá en todo caso complementarse la tipificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional con los Elementos de los Crímenes.⁴⁰ En el sistema chileno, en todo caso, será necesario al menos otorgar penas determinadas a las conductas tipificadas, ya que el Estatuto no las contiene.

3.1.2. Implementación modificatoria

La implementación de los crímenes internacionales también puede llevarse a cabo de forma modificatoria, vale decir, buscando implementar el núcleo del contenido de los crímenes internacionales en la legislación nacional sin limitarse a una referencia o reproducción de las normas internacionales. Por esta vía los Estados pueden armonizar de mejor manera la regulación de los crímenes internacionales con el resto de su ordenamiento jurídico nacional y contribuir además al desarrollo progresivo del Derecho penal internacional, que el Estatuto de la Corte Penal Internacional no pretende congelar.⁴¹ Siguen este esquema, entre otros países, Armenia, Australia, Estonia y Finlandia.⁴²

3.1.3. Formas mixtas

Por supuesto, estas formas de implementar pueden mezclarse. Así, ciertos Estados pueden referir para la definición del genocidio al Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁴³ de 9 de diciembre de 1948 reproducido en el art. 6 del Estatuto de la

³⁸ Links a estas y otras legislaciones de implementación pueden encontrarse en los sitios Web de Amnesty International <http://web.amnesty.org/pages/icc-implementation-eng> y the Coalition for an International Criminal Court <http://www.iccnw.org>.

³⁹ El texto se encuentra en <http://www.info.gov.za/acts/2002/a27-02/index.html>.

⁴⁰ ICC-ASP/1/3, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9 Estatuto de la Corte Penal Internacional.

⁴¹ Artículo 10 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

⁴² Links a estas legislaciones de implementación pueden encontrarse en los sitios Web de Amnesty International <http://web.amnesty.org/pages/icc-implementation-eng> y the Coalition for an International Criminal Court <http://www.iccnw.org>.

⁴³ El Convenio entró en vigor el 12 de enero de 1951. Es generalmente aceptado que el Convenio sobre Genocidio es parte del derecho internacional consuetudinario; está publicado como anexo de la resolución 260 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948) y en 75 UNTS (1949), p. 277 y ss.; IGH,

Corte Penal Internacional e implementar de modo modificatorio los crímenes de lesa humanidad, por ejemplo, o reproducir las definiciones de genocidio y crímenes de lesa humanidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional y remitir para los crímenes de guerra a tratados internacionales, como lo hace Congo-Brazzaville.

3.2. ¿Dónde implementar?

En caso de que un Estado se decida por alguna de las opciones anteriores, una segunda decisión consiste en determinar si ha de legislarse respecto de los crímenes internacionales como un cuerpo jurídico independiente o ha de incluirse en otros cuerpos legales ya existentes. Cabe pensar principalmente en el Código Penal o en el Código de Justicia Militar, para la implementación de los crímenes de guerra.

3.2.1. En un cuerpo jurídico preexistente

Los crímenes del Derecho Penal Internacional pueden implementarse en primer lugar en el Código Penal (o en el Código de Justicia Militar, en el caso de los crímenes de guerra) del Estado de que se trate. De incluirse las normas relativas a los crímenes internacionales en el Código Penal habría que decidir si se implementan aisladamente distintas normas para cada uno de los hechos individuales de los crímenes o si se las agrupa en un título especial – como se hizo en el Código Penal español.⁴⁴ Incluyen estas normas en sus Códigos Penales, entre otros Estados, Armenia, Australia, Bélgica y Malta.⁴⁵ En Chile, los proyectos de ley existentes en la materia se centran en introducir modificaciones al Código Penal.⁴⁶

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, International Court of Justice Reports 1951, 15, p. 23.

⁴⁴ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. La regulación aparece en el título XXIV (“Delitos contra la Comunidad Internacional”), que aparte de tipificar las conductas contiene en su capítulo IV disposiciones comunes a todas ellas. En mayor profundidad. GIL GIL, Alicia. “Los nuevos instrumentos de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en la legislación española”. En: AMBOS/MALARINO/WOISCHNIK. *Temas Actuales*, p. 193-202; GIL GIL, Alicia. “España”. En: AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (editores). *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España* (2003), p. 335-402. y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. 15ª edición. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 773 y ss. con más referencias.

⁴⁵ Armenia section 13, chapter 33, crimes against peace and human security, artículos 384 y ss.; Australia, chapter 8, offences against humanity and related offences; Bélgica, artículo 136 bis y ss.; Malta, part II, title I, of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes.

⁴⁶ Existen a la fecha dos proyectos dignos de mención en materia de implementación de crímenes internacionales: el proyecto de ley que modifica el Código Penal en relación con el delito de genocidio (boletín N° 819-07) – que se centra sólo en ese delito – y el proyecto de ley que penaliza conductas constitutivas de genocidio y crímenes de lesa humanidad (boletín N° 3493-07). Si bien este último es el proyecto más completo entre los existentes, cuenta con varias falencias, de las cuales sólo mencionaremos algunas a modo ejemplar, por exceder el análisis crítico del proyecto las pretensiones del presente texto. En primer lugar, respecto del genocidio faltan hechos individuales reconocidos en el derecho internacional (en concreto, los atentados graves a la integridad física y el traslado por la fuerza de miembros de niños del grupo a otro grupo, reguladas en el artículo I b) y e) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio). Además, no se entiende la mención específica de delitos sexuales. En segundo lugar, en cuanto a la regulación de los crímenes de lesa humanidad, aparte de que falta la desaparición forzada de personas (artículo 7 párrafo 1 i) y párrafo 2 i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional), no se ve por qué el proyecto restringe los móviles posibles de embarazo forzado como crimen de lesa humanidad a la intención de modificar la composición étnica de la población, que es sólo un ejemplo que da el Estatuto de la Corte Penal Internacional de violación grave del derecho internacional (artículo 7 párrafo 2 f)). En cuanto a los crímenes

3.2.2. En un cuerpo jurídico independiente

Ciertos Estados⁴⁷ han tomado el camino de implementar el derecho penal internacional creando cuerpos jurídicos independientes al efecto. Como ventajas de un texto independiente se han decantado, por una parte, su gran valor simbólico, y por otra, la posibilidad de clarificar y consolidar al derecho penal internacional como parte del derecho interno, haciendo más simple su consulta y estudio dentro del país y en el extranjero. Esto último puede ser importante si un Estado determinado quiere servir de ejemplo para iniciativas legislativas de otros Estados y contribuir así al desarrollo progresivo del Derecho penal internacional. Alemania fue pionero al optar por este modelo.

Otro argumento a favor de una ley especial resulta de la especialidad de la materia, donde hay que interpretar los injustos a la luz de normas de derecho internacional, ya que son ellas las normas madres del derecho penal internacional. Así, éste es fragmentario respecto de aquel y la antijuridicidad habrá de medirse respecto de aquél.⁴⁸

Sin embargo, como desventaja se percibe el hecho de que al no integrar los crímenes de derecho internacional en el Código Penal o en leyes que tradicionalmente regulen las materias jurídico-penales de mayor relevancia en un Estado determinado, se los pueda percibir como un Derecho penal subsidiario y no como los crímenes más fundamentales del ordenamiento jurídico, que es lo que son.

3.2.3. Toma de posición

Tal vez el argumento más trascendente a la hora de decidir dónde implementar surge al tomar conciencia de que no solamente han de implementarse los tipos penales de crímenes internacionales (Parte Especial), sino que para aplicar el Derecho penal internacional a cabalidad será necesario también incluir ciertas normas particulares respecto de la Parte General del Derecho penal internacional.⁴⁹ En concreto, parece indispensable regular la imprescriptibilidad, el principio de universalidad, el actuar bajo órdenes y la responsabilidad del superior, la improcedencia de cargo oficial.⁵⁰

de guerra, si bien es loable el tratamiento conjunto de crímenes de guerra en conflictos armados nacionales e internacionales, no puede dejar de hacerse notar al menos que la definición legal de conflicto armado nacional e internacional deja sin solución eventuales conflictos entre un Estado y un grupo armado fuera de sus fronteras, antes de que de llegue a la ocupación de algún territorio estatal. Del mismo modo, si bien es rescatable que el proyecto contenga normas complementarias de las de derecho material, tampoco esta parte del proyecto deja de ameritar críticas: falta por ejemplo la regulación del principio de universalidad al que se hace referencia en la parte considerativa del proyecto y la redacción de la norma de actuar bajo órdenes es bastante desafortunada.

⁴⁷ Alemania fue pionero al optar por este modelo. En profundidad sobre la discusión que tuvo lugar en Alemania acerca de las ventajas y desventajas de una codificación independiente o una mera modificación del Código Penal, KRESS, *Vom Nutzen*, 2000 y WERLE, *Tratado*, 2005, p. 153 ss.

⁴⁸ Más allá de las referencias concretas en ciertas figuras del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como los artículos 7 para. 1 d) i) en relación con el para 2 d), artículo 7 abs. 1 e), artículo 7 para. 1 h) en relación con el para. 2 g).

⁴⁹ AMBOS, Kai. *La Parte General de un Derecho Penal Internacional, bases para una elaboración dogmática*. Traducido por MALARINO, Ezequiel. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005. WERLE, *Tratado*, p. 175 y ss. Ahondar en ella aquí implicaría un alejamiento del tema central.

⁵⁰ Muchas de estas regulaciones se encuentran en la parte III del Estatuto de la CPI, artículo 22 y ss.

Lo anterior cobra importancia a la hora de analizar la posibilidad de tipificar ciertos hechos individuales de crímenes internacionales como figuras calificadas de delitos del Derecho interno de los Estados, como también la posibilidad de aplicar simplemente los tipos del Derecho interno para castigar crímenes internacionales. En ambos casos podría surgir una situación en la que para una misma norma o para distintas normas tipificadas en un mismo artículo de Código Penal deberían aplicarse distintos regímenes de Parte General, según si se trata de un delito de derecho interno o de crímenes internacionales, lo cual aparece como sistemáticamente indeseable. Es por esto que una implementación de los crímenes de Derecho internacional separada de los crímenes de Derecho interno se hace altamente conveniente.⁵¹ La adecuada regulación de las normas de Parte General aplicables específicamente a los crímenes de Derecho internacional sólo será posible si estos se regulan bien, sea en un apartado especial de una ley preexistente (como lo hace el Código Penal español) o si se dicta una ley especial que regule la materia.

Conclusión

Ha habido una minoría países en los que se ha estimado pertinente implementar el Estatuto antes de ratificarlo. En Chile usualmente se sigue, con suerte, el camino inverso: primero se ratifican los tratados y luego se comienzan los trabajos de implementación, cuya consumación suele tardar o simplemente no llegar. En el caso de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional parece haber interés en legislar, existen incluso proyectos de ley, pero ninguno regula la materia adecuadamente y a cabalidad. Atendidos los argumentos tanto jurídicos como de política jurídica ya expresados, estimo que debe aprovecharse la coyuntura histórica que representa la discusión sobre el nuevo Código Penal para abordar también la implementación del Derecho penal internacional material, sea en el mismo instrumento o en uno separado.

⁵¹ KRESS, Vom Nutzen, p. 24 ss. da un ejemplo.