

## 1. Introducción

A partir del Tratado de Roma, la comunidad internacional se ha comprometido a una protección efectiva de los bienes jurídicos más valiosos para toda la humanidad, a prevenir con mayor recelo lesiones a los derechos humanos, a poner fin a la impunidad y exigir la colaboración de los Estados en dicha tarea. Con la adhesión al Estatuto de Roma (en adelante, Estatuto) Uruguay se ha comprometido a colaborar con la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), no sólo en la lucha contra los crímenes cometidos por nacionales sino contra aquellos cometidos por extranjeros que pretendan utilizar el territorio nacional como refugio.<sup>1</sup> La constitución permanente de la CPI permitirá ejercer esa importante función de contralor del ejercicio de jurisdicción ante criminales que atenten contra los bienes jurídicos tipificados en el Estatuto, que no son otra cosa que derechos irrenunciables del hombre (vida, integridad física, salud, libertad, seguridad, medio ambiente, etcétera), pero además será portadora de seguridad jurídica<sup>2</sup> y gozará de legitimidad internacional,<sup>3</sup> lo que la

---

\* Agradezco a la Konrad-Adenauer-Stiftung, al Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Friburgo, a Ezequiel Malarino, Dardo Preza, José Luis González, Pedro Montano y Jorge Rivera.

<sup>1</sup> En ese sentido, por el hecho de constituirse en Estado parte del Estatuto, la República ha otorgado a la CPI una competencia de supervisión sobre la jurisdicción nacional que tiene —entre otros— el objetivo de evitar fraudes procesales (artículo 17).

<sup>2</sup> Como ha dicho Jescheck, cada vez que nos enfrentamos a un tema que involucre a la justicia supranacional aparecen los mismos problemas: la selección y definición de los hechos que han de ser sancionados, la relación entre jurisdicción penal estatal y la supraestatal, el grado de independencia de la corte y el órgano acusador respecto a los Estados y frente a otras posibilidades

convertirá en un arma supranacional para el combate de la impunidad.<sup>4</sup> De este modo se evitará que la justicia internacional se convierta en una *justicie à la carte*.<sup>5</sup> Éste es un hecho histórico incuestionable cuya importancia será valorada con el tiempo.<sup>6</sup> Empero, en cuanto refiere a la República Oriental del Uruguay, tras la ratificación estatal el compromiso se incrementa hasta tanto no se produzca la implementación del texto del Estatuto en la legislación nacional.<sup>7</sup> A partir de la adhesión y ratificación del Estatuto, cada Estado adquiere una obligación de cooperación con la CPI en la persecución de los crímenes y delitos allí tipificados, y a partir de la implementación cada Estado gozará de la potestad de ejercer su *ius puniendi* frente a los autores de tales conductas. De esta forma, la implementación permitirá a Uruguay el ejercicio de jurisdicción primaria contra los presuntos autores de crímenes y delitos competencia de la CPI, en cumplimiento del compromiso adquirido con la comunidad internacional.

---

de influencias externas, así como en definitiva la obligación de cooperación de los Estados, tanto en la entrega de los acusados como en la colaboración en la obtención de las pruebas". Véase Hans-Heinrich Jescheck: "Der Internationale Strafgerichtshof. Vorgeschichte, Entwurfsarbeiten, Statut", en Bemann y Spinellis (eds.): *Strafrecht - Freiheit - Rechtsstaat. Festschrift für G. A. Mangakis*, Atenas: Sakkoulas, 1999, pp. 483 y s. Hay una versión castellana: "La Corte Penal Internacional. Antecedentes, proyectos", estatuto, trad. Johnny Diego y revisión de Pedro Montano, *La Justicia Uruguaya*, tomo 124, doctrina 9, versión digital en [www.lajusticiauruguay.com.uy](http://www.lajusticiauruguay.com.uy).

<sup>3</sup> Al fin y al cabo, uno de los objetivos del derecho internacional, y del Estatuto de Roma, es poner límites a cualquier tipo de imperialismo jurisdiccional derivado de una legislación de fuente autónoma. La competencia complementaria de la CPI evitará problemas en relación con la persecución de los delitos internacionales tipificados en el Estatuto. Por ello puede decirse que la comunidad internacional ha logrado una mayor justificación que proviene del hecho de que por primera vez, y a diferencia de Núremberg, Tokio, la ex Yugoslavia y Ruanda, la constitución de un órgano internacional encargado de administrar justicia penal es previa a los hechos que pueden ser de su competencia. Véase Hans-Heinrich Jescheck: "El Tribunal Penal Internacional", trad. Pifarré de Moner, *Revista Penal* 8, julio 2001, La Ley, pp. 54 s. Con anterioridad al Estatuto, los Tribunales Penales Internacionales sólo podían constituirse por un tratado internacional o por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y en ambas ocasiones con posterioridad a los hechos que deberían juzgar. Véase Kai Ambos: "Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional Permanente y un Código Penal Internacional. Observaciones desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional", trad. Alicia Gil y Gustavo Bruzzzone, *Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, tomo II, Caracas, 1998, p. 3.

<sup>4</sup> "La justice pénale internationale, par sa seule présence, insécure otus les pouvoirs du monde -les autocratiques comme les démocratiques- en leur signalant qu'ils ne seront jamais complètement quittes". Véase Antoine Garapon: *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, París: Odile Jacob, 2002, pp. 345 s.

<sup>5</sup> Véase Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty: *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, París, Presses Universitaires de France, 2002, p. 255. Las críticas se dirigen contra los tribunales ad hoc, cuestionados por su carácter selectivo.

<sup>6</sup> Véase Héctor Gros Espiell: "La entrada en vigor del Estatuto de Roma creando el Tribunal Penal Internacional", en *Tribuna del Abogado*, n.º 128, Montevideo, mayo-junio, 2002; "El Tribunal Permanente de Justicia Penal Internacional. Un punto de vista uruguayo", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, n.º 15, Montevideo, 2002, p. 51.

<sup>7</sup> De los Convenios de Ginebra de 1949 surge que los tratados internacionales que tipifican crímenes o delitos deben ser implementados en la ley de cada país. Vid G. I 48; G. II 50; G. III 129; G. IV 146: "Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan o den orden de cometer cualquiera de las infracciones graves...").

El trabajo que se ofrece se refiere a posibles inconvenientes que pudieran surgir en el momento de la implementación, entre el Estatuto (como norma jurídica internacional) y el ordenamiento jurídico uruguayo.

## 1.1. La suscripción y ratificación del Estatuto

La República Oriental del Uruguay como Estado parte<sup>8</sup> del Estatuto fundacional de la CPI y como nación históricamente comprometida con la legalidad internacional, suscribió el Estatuto de Roma el 19 de diciembre del 2000. A su vez, ha legislado en forma interna la aprobación de este instrumento a través de la ley 17 510 de fecha 27 de junio del 2002, que entró en vigor el 1 de julio siguiente.<sup>9</sup>

## 1.2. La implementación del Estatuto

En cumplimiento del artículo 3 de la ley 17 510, en enero de 2003 el Poder Ejecutivo de la época envió al Parlamento una propuesta legislativa con el nombre de “Proyecto de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, (en adelante, proyecto I).<sup>10</sup> El proyecto I fue aprobado sin modificaciones y por unanimidad por la Cámara de Senadores, pero fue observado por la Cámara de Diputados y no cristalizó como ley. En marzo del 2005 se produjo un cambio de gobierno

<sup>8</sup> La República Oriental del Uruguay en junio de 1998 fue uno de los 160 Estados participantes del Comité Preparatorio, y uno de los 120 Estados que lo aprobaron en primera instancia.

<sup>9</sup> Esta ley contiene sólo tres artículos. En el primero se establece la aprobación del Estatuto; mientras que en los dos restantes, a modo de norma de interpretación, se refiere a la coordinación entre las disposiciones del Estatuto y el derecho interno. Aquí no se hace más que indicar qué parámetros pretende Uruguay utilizar para interpretar el contenido del Estatuto, y éstos son los que emanan de la Constitución uruguaya y del orden jurídico nacional. Por su parte, en el artículo tercero se establece que, en el marco de la cooperación internacional, existe la obligación del Poder Ejecutivo de enviar al Parlamento un proyecto de ley donde se establezca el procedimiento para la aplicación del Estatuto.

<sup>10</sup> Dicho proyecto se estructura en un sector preliminar, dos partes, cinco títulos, tres capítulos y 23 artículos. El sector preliminar, en forma acertada, comprende definiciones de términos utilizados en el Estatuto para ser comprendidas y compatibilizadas con el ordenamiento nacional. La parte I contempla los crímenes, las penas y los principios generales; en tanto la parte II regula la cooperación con la CPI. En esta última, el título I identifica los órganos competentes y sus atribuciones; el título II refiere a la remisión de situaciones a la CPI y a la impugnación de la competencia o admisibilidad; el título III prevé la cooperación internacional y la asistencia judicial. Este último título contiene varios capítulos. En el capítulo 1 se establecen las disposiciones generales, el capítulo 2 regula la detención y entrega de personas a la CPI y el capítulo 3 contempla otras formas de asistencia. El título IV regula la ejecución de las sanciones adoptadas por la CPI. Por ende, el título V contiene una disposición final que vincula el texto del proyecto con la ley aprobatoria del Estatuto. Del análisis del proyecto I se desprende la voluntad del Uruguay de llevar a cabo una *implementación total del Estatuto*. Comisión de Derechos Humanos, carpeta n.º 179 de 2000, repartido 120, mayo de 2000. Véase al respecto José Luis González: “Informe sobre Uruguay”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung e Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003, p. 496; Pablo Galain: *Revista Penal* n.º 14, julio 2004, Madrid: La Ley, pp. 247-251.

y, con éste, se presentó poco después un nuevo proyecto denominado “Anteproyecto de Ley. Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad, Crímenes de Guerra y Cooperación con la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)” (en adelante proyecto II).<sup>11</sup> Si consideramos que el nuevo gobierno obedece a una orientación política distinta de la del anterior y que cuenta con mayoría parlamentaria, cabe esperar que la ley de implementación se base en el denominado proyecto II. Cualquiera de los dos proyectos implementa el Estatuto en una especie de Código Penal Internacional, de modo similar a como lo hizo en su oportunidad Alemania,<sup>12</sup> o, si se prefiere, se apegan al modelo de la codificación.<sup>13</sup>

## 2. Obstáculos a la ratificación o implementación

### 2.1. Problemas o dificultades al momento de la ratificación

Al momento de la ratificación (28.6.2002), el Poder Ejecutivo uruguayo pretendió interponer una declaración interpretativa<sup>14</sup> cuyo objetivo final era la salvaguarda de la vigencia de las normas de caducidad sobre la pretensión punitiva del Estado, el régimen de los fueros políticos y ciertas facultades discrecionales de la administración (principio de reserva política), con respecto a cualquier controversia que pudiera suscitarse con las normas del Estatuto.<sup>15</sup> Sin embargo, esta declaración

---

<sup>11</sup> Este proyecto cuenta con 77 artículos divididos en tres partes. En la primera se describen los principios generales, en la segunda se tipifican los crímenes y delitos de la CPI (títulos I a III) a los que se agregan determinados delitos denominados especiales (título IV) que se reenvían a la categoría de crímenes de lesa humanidad; mientras que en la tercera parte se regula la cooperación y asistencia con la CPI, determinando los procedimientos pertinentes (título II) y demás cuestiones operativas (títulos IV y V). Del análisis del proyecto II se puede concluir que se pretende una implementación total del Estatuto.

<sup>12</sup> Así opina Christoph Grammer: “El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del derecho penal internacional. El inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Instituto Max Planck e IBCCRIM, 2005, p. 54.

<sup>13</sup> Véase Kai Ambos: “Die Implementation des ISiGH-Status in Deutschland” (en español, “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, traducción de Pablo Galain y Oliver Büchl que se publica en este volumen).

<sup>14</sup> “Como Estado Parte del Estatuto de Roma, la República Oriental del Uruguay asegurará la aplicación del tratado en su jurisdicción, en la medida que sea compatible y de conformidad con sus normas constitucionales”.

<sup>15</sup> Véase Raúl Cervini: “La jurisdicción penal internacional perspectiva del derecho penal”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, n.º VI, Montevideo, 2004, p. 98.

de intenciones no fue bien recibida por algunos Estados parte, que la consideraron una especie de reserva, cuando cualquier pretensión modificativa del contenido del Estatuto está expresamente prohibida (artículo 120 del Estatuto). Por tanto, al no haber recibido la aceptación de las otras partes del Tratado, dicha declaración de intención referida a la forma en que Uruguay interpretará y aplicará el Estatuto —que pretendía salvaguardar determinadas normas del orden interno de posibles desconocimientos por parte de la CPI— no obtuvo validez internacional. Es decir, tal declaración interpretativa sólo tendría validez para el ámbito interno, y es sabido que, de producirse interpretaciones contradictorias entre un Estado y la CPI, según disponen el Estatuto<sup>16</sup> y otros textos internacionales ratificados por Uruguay,<sup>17</sup> prevalecerá la posición del órgano internacional.<sup>18</sup> Con buen criterio, el Parlamento nacional desechó esta ley interpretativa para que no se pudiera convertir en una excusa para una improductiva persecución de los crímenes del Estatuto, y se decantó por una norma complementaria que establece que el Estatuto regirá dentro del marco del orden público internacional del país.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Véase el artículo 20.3.a del Estatuto (cosa juzgada): “La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8, a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte [...]”; el artículo 51.5 (reglas de procedimiento y prueba): “En caso de conflicto entre las disposiciones del Estatuto y las de las Reglas de Procedimiento y Prueba, prevalecerá el Estatuto”; también artículo 119 (solución de controversias): “1. Las controversias relativas a las funciones de la Corte serán dirimidas por ella”.

<sup>17</sup> Véase Report of the International Law Commission the General Assembly of the United Nations de 1950, que estableció los principios utilizados en los juicios de Núremberg como principios del Derecho Penal Internacional. La Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados dice en su artículo 20.3: “Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en el se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización”. Por su parte, el artículo 31.3 dice: “Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

<sup>18</sup> En el Juicio de Núremberg se planteó el primer caso de colisión entre la norma internacional y el ordenamiento interno de un Estado. Según el artículo 4 de la Constitución de Weimar: “[...] any German statute or any norm similar to a statute took precedence over international law as transformed into national law”. Sin embargo, según el miembro norteamericano del Tribunal, Francis Biddle, la ley de un Estado no puede estar por encima de la ley internacional. De la misma opinión el fiscal de dicho juicio, Nicholas Doman, pues los autores de crímenes internacionales no pueden hacer valer las leyes internas a su favor. De esta forma, se estableció que los crímenes contra la humanidad constituyen un crimen internacional preexistente que crea una obligación legal internacional en todos los estados de prohibir tal conducta, o por lo menos una obligación de no legalizarla. Ante este principio que ha sido adoptado por la General Assembly of the United Nations de 1950, puede sostenerse que estos delitos contenidos en una ley internacional tendrían supremacía frente a una disposición nacional cuando ambas coliden en atención a un crimen internacional. Véase M. Cherif: Bassiouni: *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, La Haya, Londres y Boston: Kluwer Law International, 2.ª ed. revisada, 1999, p. 535.

<sup>19</sup> El concepto de orden público internacional en Uruguay se ha convertido en una formulación de derecho positivo (“Declaración de la República Oriental del Uruguay, relativa al Alcance que le otorga al Orden Público”, CIDIP II, 1979). Allí se indicó que: “el Orden Público Internacional es observado como un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el Orden Público interno de cada estado”. Con base en este concepto, “comporta una autorización excepcional a los distintos estados partes para que en forma no discrecional y fundada declaren no aplicable los preceptos de la ley extranjera cuando éstos

## 2.2. Problemas y posibles soluciones en el plano constitucional

La República Oriental del Uruguay es un Estado de derecho que puede definirse como una democracia constitucional, que consagra un sistema representativo basado en la forma republicana de gobierno. Se trata de un Estado sujeto a la regulación y el control legal, donde la Constitución se presenta como la norma básica y superior de todo el orden jurídico interno, cuyos mandamientos ninguna ley, acto administrativo o tratado internacional puede contradecir.<sup>20</sup>

### 2.2.1. *Problemas o dificultades que deben considerarse al momento de la implementación en relación con la Constitución*

#### 2.2.1.1. Naturaleza jurídica del Estatuto de Roma

No creo determinante para el caso uruguayo que, como cuestión previa a la implementación, deba discutirse sobre la naturaleza jurídica del Estatuto, esto es, si se trata de un instrumento de derechos humanos o de derecho penal internacional,<sup>21</sup> en vista de que, según dispone el ordenamiento nacional, en ambos casos la norma internacional ingresaría con un nivel jerárquico inferior al texto constitucional. De todas formas, cabe decir que el Estatuto es una norma internacional que define crímenes contra los bienes jurídicos de mayor importancia para la humanidad (artículos 5 a 8) y delitos contra el ejercicio de la competencia jurisdiccional de la CPI (artículo 70) e impone las penas respectivas, que además de contener principios generales

---

ofendan en forma concreta grave y manifiesta; normas y principios en los que cada Estado asienta su individualidad jurídica". Véase Cervini: o. cit, p. 80, nota 7. También se hace referencia al orden público en el artículo 25 del Tratado de Extradición con la República Argentina de 20-11-1996, ratificado por ley 17 225 publicada en el *Diario Oficial* el 24-17-2000. Artículo 25: "Excepcionalmente y en forma fundada, la Parte requerida podrá no aplicar alguna o algunas de las disposiciones contenidas en el presente Tratado, cuando considere que su cumplimiento pudiera menoscabar sus principios de orden público".

<sup>20</sup> La Constitución uruguaya es escrita, codificada, extensa y rígida, ya que prevé un procedimiento diferente del de la sanción de las leyes ordinarias para su reforma y consagra la superlegalidad de ésta, conservando la potestad de declarar inconstitucionales por motivos de forma o fondo a las leyes y los actos de la administración. Véase José Korzeniak: *Primer Curso de Derecho Público. Derecho constitucional*, Montevideo: FCU, 2001; Ruben Correa Freitas: *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, Buenos Aires: BdeF, 1997; José A. Cagnoni: *El derecho constitucional uruguayo*, Montevideo: Universidad, 1992; Héctor Gros Espiell: *Esquema de la evolución constitucional del Uruguay*, Montevideo: FCU, 1991.

<sup>21</sup> El derecho penal internacional está compuesto por la totalidad de las normas de derecho internacional público que regulan consecuencias de carácter penal (Triffterer). Es un sistema que vincula los conceptos de aplicabilidad universal de las normas (derecho internacional público) con los conceptos de responsabilidad individual (derecho penal), "de manera que la conducta respectiva queda sujeta a una punibilidad internacional autónoma [...] en ese sentido el derecho penal internacional es el sistema penal de la comunidad internacional". Véase Kai Ambos: *Nuevo derecho penal internacional*, México: Inacipe, 2002, p. 27.

ofrece precisas reglas de imputación, disposiciones para determinar la responsabilidad jurídico-penal individual y causas de exclusión de la pena.<sup>22</sup> Todo ello indica que nos encontraríamos frente a un instrumento que va más allá de la protección de los derechos humanos (se ve la impronta del derecho humanitario en las modalidades del artículo 8), en todo caso de naturaleza mixta, ya que implementa y protege derechos humanos a la vez que se constituye como una ley penal internacional, que podemos considerar como el primer gran intento de codificación penal internacional.<sup>23</sup>

Hechas estas primeras aclaraciones, considerando la naturaleza mixta del Estatuto y su ingreso al ordenamiento jurídico uruguayo con jerarquía de ley, podríamos preguntarnos entonces si puede el Estatuto como norma internacional de protección de derechos humanos y como norma de derecho penal internacional violar la Constitución uruguaya.<sup>24</sup> Al momento de implementar una norma mixta como el Estatuto

<sup>22</sup> A su vez determina reglas y garantías de protección de los justiciables y respecto al modo de determinar y ejecutar las posibles penas. Véase Kai Ambos: “Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional”, en Ambos y Guerrero Peralta (eds.): *El Estatuto de Roma*, p. 114.

<sup>23</sup> En opinión de Weigend, el derecho penal se ha internacionalizado con la ambición de lograr una cierta uniformidad dogmática, que se traduzca en reglas que puedan ser aceptadas por la comunidad de Estados. Véase Thomas Weigend: “Zur Frage eines ‘internationalen’ Allgemeinen Teils”, en Schünemann, Botke, Achenbach, Affke y Rudolphi (eds.): *Festschrift für Claus Roxin*, Múnich, 2001, pp. 1376 y 1379. En mi opinión, a partir del Estatuto todo lo atinente a la justicia universal y los derechos humanos deberá compaginarse entre el campo del derecho internacional público y el derecho penal (sin olvidar al derecho constitucional), ya que se trata de un instrumento de derecho penal internacional en el que se tipifican una serie de crímenes y delitos contra los derechos humanos, y donde además se especifican determinadas obligaciones de cooperación de los Estados parte con un órgano judicial internacional a la vez que se garantizan procesalmente los derechos del imputado que son compatibilizados con la eficiencia de la persecución. A su vez, al ser implementadas dichas normas deben ser compatibles con la Constitución (al menos en los sistemas que no aceptan la supraconstitucionalidad del tratado internacional), razones todas que no dejan dudas de que estamos en un ámbito que atañe a internacional-publicistas y constitucionalistas tanto como a penalistas y procesal-penalistas. Este hecho de la internacionalización de los principios que inspiran al derecho penal, la desvaloración de comportamientos que atentan contra valores comunes de la humanidad, las reglas de imputación y de ejecución de la pena, sumado a las reglas de cooperación con un órgano judicial internacional, indica que se trata de un ámbito jurídico sobre el que los penalistas y procesal-penalistas tienen mucho por hacer. Véase por todos la obra pionera de Kai Ambos: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlín: Duncker & Humblot, 2002; hay una versión abreviada y actualizada en español: *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. de Ezequiel Malarino, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

<sup>24</sup> Debemos actuar con cautela y sin demasiada euforia, con mucho cuidado al momento de la implementación para no pensar que nos encontramos exclusivamente en el área de protección de los derechos humanos —dentro de una política criminal de combate a la impunidad de determinados delinquentes— desconociendo todas las garantías y principios que inspiran al derecho penal, y que no pueden ser traspasados convirtiendo delitos comunes en crímenes contra la humanidad sin que cumplan las condiciones requeridas para dotarlos de tal naturaleza (artículos 23, 24, 25 del proyecto II), con el único objetivo de acentuar la prevención en los agentes del Estado como si de un “enemigo” se tratara (por constituir, aun en un Estado de derecho, una fuente de peligro contra los derechos humanos), fundamentar los fines de la pena en la pura retribución sin injerencia resocializadora o de prevención general positiva, o a través de la creación de tipos penales imprecisos que podrían lesionar el principio de legalidad (artículo 29 del proyecto II). El artículo 29 del proyecto II (apología de hechos pasados) debe ser reformulado, pues dice: “El que hiciere, públicamente, la apología de hechos anteriores a la entrada en vigencia de la presente ley que hubieran calificado como crímenes o delitos de haber estado vigente la misma, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión”. Si bien un tipo de delito similar ya existe en el derecho comparado (artículo 510 del Código Penal español, § 130.3 del Código Penal alemán), éstos no son considerados crímenes contra la humanidad, sino que se trata de delitos comunes de los respectivos códigos penales. Pero amén de esto, y rechazando su consideración como crímenes de lesa humanidad, también por

(con rango de ley), debería tenerse en cuenta que, si bien ningún instrumento internacional que protege derechos humanos puede violar la Constitución uruguaya (como norma de mayor jerarquía),<sup>25</sup> en tanto ésta parte de la base de que los derechos pertenecen a la persona y no son una creación del constituyente o del legislador (nacional o internacional), en todo caso sí podrían las disposiciones de naturaleza punitiva (material y formal) estar en contradicción con la Carta Magna. Aunque en el campo de la protección de los derechos humanos “lo que abunda no daña”, toda vez que la norma internacional tipifica crímenes y delitos a los que corresponden penas que pueden ser perpetuas, cuando algún tipo objetivo puede ser demasiado laxo según el parámetro de la legalidad y cuando prohíbe determinadas exenciones de responsabilidad, inmunidades o formas de extinguir el mal hecho que puedan ser contrarias a los designios de la propia Constitución, se plantea el inconveniente de una posible colisión entre estas dos normas, una de carácter interno y la otra internacional, que debe ser resuelto con la implementación, para que dichas contradicciones no se trasladen al momento de conformar un mismo orden jurídico.

#### 2.2.1.2. El problema de la protección constitucional de los derechos humanos

Los derechos humanos tienen vigencia y aplicación permanente, y cumplen la función de protección de las personas en aspectos civiles, políticos, económicos, sociales, ambientales y culturales. Por ello la Constitución uruguaya deja bien en claro que éstos son inherentes a la persona humana y que el legislador, el constituyente o el

---

razones de certeza debería redactarse el tipo objetivo de forma más precisa destacando —sin mayores vericuetos— que los hechos que se castigarán a partir de la vigencia de la ley son los que estarán tipificados en ella; de lo contrario, parecería que se persigue una vulneración del principio de irretroactividad que sería inaceptable. Se opone a la imprescriptibilidad de los crímenes y delitos con base en principios del derecho penal liberal José Luis Guzmán Dálbora: “Crímenes internacionales y prescripción”, en *Temas actuales del derecho penal internacional*, o. cit, pp. 109, 111 y 115; a favor (incluso por razones de no agotar la posibilidad de reparación civil de las víctimas), Eugenio Zaffaroni: “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2000-B, Buenos Aires: Del Puerto, 2001, pp. 442 ss.

<sup>25</sup> Las normas constitucionales y legales tienen la obligación de proteger el goce de los derechos que son inherentes a la persona, y, “si bien la Constitución no previó un sistema internacional de defensa de los derechos humanos, ello no significa que un sistema tal sea inconstitucional, ya que se trataría simplemente de organizar junto al orden jurídico interno, una protección y defensa. La coexistencia de dos órdenes, de dos sistemas de protección de los derechos humanos: el interno y el internacional, no puede lesionar ni violar la Constitución Uruguaya”. Véase *Simpósio sobre el proyecto de Convención de Derechos Humanos de Santiago de Chile*, Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1959, pp. 25 y s; cit, por Héctor Gros Espiell: “Los derechos humanos en la Constitución uruguaya y su protección internacional”, en A. Durán Martínez (comp.): *Estudios en memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo: Amalio Fernández, 2000, p. 331 y s.



Estado no hacen más que reconocerlos, declararlos, promoverlos y protegerlos, pues los derechos pertenecen a las personas que habitan bajo jurisdicción uruguaya.<sup>26</sup> Los derechos humanos son protegidos tanto por el orden jurídico interno como por el derecho internacional (especialmente de posibles abusos cometidos por funcionarios estatales), y ocurre con frecuencia que ambas esferas de protección se entremezclan, formando parte de un orden jurídico común.<sup>27</sup> Cuando esto sucede, por una cuestión de seguridad jurídica, debe decidirse cuál de los dos órdenes jurídicos tiene supremacía. En el caso uruguayo, la Constitución no se pronuncia al respecto, mientras que la doctrina y la jurisprudencia entienden que los tratados internacionales tienen jerarquía de ley, por lo que prevalece aquella que haya sido adoptada con posterioridad, sin importar que provenga del orden nacional o internacional.<sup>28</sup> Sin embargo, hay situaciones interpretativas en las que la norma internacional puede tener la misma jerarquía o incluso una jerarquía mayor que la Constitución.<sup>29</sup> En ese sentido —a modo de ejemplo— puede mencionarse el artículo 7 de la norma constitucional uruguaya, cuyo alcance ha sido limitado en el plano teórico según parámetros del derecho internacional.

El derecho internacional ha influido en la interpretación del texto constitucional, y en ese sentido ha servido para impedir una práctica ilegítima, que sin embargo podría ser deducida de una interpretación piedeletrista del texto constitucional uru-

<sup>26</sup> Véase Adolfo Gelsi Bidart: *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, Montevideo: FCU, 1987, p. 121; Gros Espiell: o. cit., p. 319; Gastón Chaves: “El derecho constitucional y el derecho penal”, en Dardo Preza: *Estudios de la parte especial del derecho penal uruguayo*, tomo II, Montevideo: Ingranussi, 2000, pp. 137 s.

<sup>27</sup> En realidad existe una pluralidad de órdenes jurídicos internos y un orden jurídico internacional, todos con competencia y validez propia, pero que generan derechos, deberes y obligaciones que deben coordinarse en un orden jurídico común. Véase Jean Michel Arrighi: “Relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos”, en Eduardo Jiménez de Aréchaga (dir.): *Derecho internacional público*, Montevideo: FCU, 1993, p. 327.

<sup>28</sup> Véase por todos Eduardo Jiménez de Aréchaga: *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno*, Montevideo: FCU, 1988, p. 31; y sentencia de la Suprema Corte de Justicia en *La Justicia Uruguaya*, tomo 102, caso 11.631, pp. 111 y s; citada por Ruben Correa Freitas: “La primacía del derecho comunitario sobre la Constitución de los Estados miembros”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo 111, doctrina 14, versión digital en <http://online.lajusticiauruguay.com.uy>.

<sup>29</sup> Esta posición parece ser a la que adhiere un sector de la doctrina uruguaya, diferenciando entre una posición seguida por la doctrina internacionalista, que reconoce un orden público internacional superior a la Constitución, y otra seguida por penalistas que no acepta un orden jurídico superior a la Carta Magna. Véase Manuel Vieira y Carlos García Antolaguirre: *Extradición*, Montevideo: FCU, 2001, p. 54. En mi opinión, por más que exista un orden público internacional y un orden público interno, ningún Estado podría obligarse internacionalmente en forma contraria a su Constitución u orden interno, como tampoco debería convenir internacionalmente para luego sostener que lo convenido no puede ser cumplido por contrariar el ordenamiento interno, porque, más allá de disputas entre distintas ramas del derecho o doctrinas interpretativas, se trata de no comprometer al Estado en situaciones que lo harán pasible de responsabilidad internacional. Y para ello, salvo que se reconozca la supraconstitucionalidad del tratado internacional, cualquier obligación internacional debe ajustarse a la Constitución nacional; de lo contrario no debería ser aceptada, o debería ser asumida con reservas, o en última instancia dicho tratado debería ser oportunamente denunciado.

guayo.<sup>30</sup> Dicha norma no es muy clara, lo que obliga a ser muy cautelosos al diferenciar entre privación del goce de un derecho y privación del derecho en sí mismo a través de una ley, ya que es muy peligroso interpretar que también por razones de interés general los derechos del hombre pudieran ser excluidos o limitados.<sup>31</sup> Aquí nos encontramos con una situación en la que el derecho internacional que ha sido reconocido por el Uruguay no permitiría el menoscabo de los derechos humanos, limitando el alcance de una norma constitucional que admitiera tal posibilidad (artículos 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Y en este caso se ve con claridad cómo una norma internacional que ingresa al ordenamiento nacional con rango legislativo podría llegar a gozar de igual jerarquía que el texto constitucional, al punto de limitar o evitar una aplicación indebida de éste.<sup>32</sup> Tal reconocimiento suprallegal de la norma generada en el orden internacional mancillaría la posición mayoritaria que en Uruguay todavía impera sobre la jerarquía legal de los tratados internacionales en el orden nacional. Como puede verse, éste es un punto oscuro del sistema jurídico uruguayo, aferrado a una concepción dualista que parte de la idea de que el *orden jurídico*

<sup>30</sup> El artículo 7 de la Constitución (“Derechos, deberes y garantías”) establece que una ley formalmente aprobada puede limitar o reglamentar el goce de los derechos constitucionalmente enunciados (vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad), siempre que existan razones de interés general que así lo permitan. Téngase en cuenta que se trata de limitar o reglamentar el goce de estos derechos pero no de eliminarlos, pues, el artículo 7 indica que nadie puede ser privado de ellos aunque pudieran ser restringidos por razones de interés general.

<sup>31</sup> Uruguay ha vivido en época reciente el autoritarismo y la represión desmedida, jurídicamente resueltas con el dictado de “medidas prontas de seguridad” de duración ilimitada —cuando el artículo 168.17 de la Constitución las limita temporalmente— por las que se mantenía a determinados individuos privados de libertad en forma administrativa (no judicial) y carecía incluso de valor el recurso de hábeas corpus. En dicho momento ningún interés general podría haber legitimado los abusos contra los derechos humanos y la comisión de crímenes de lesa humanidad cometidos en el período entre 1973 y 1985 (aunque cabe mencionar que dichas medidas fueron utilizadas en forma reiterada y abusiva por el presidente democrático Jorge Pacheco Areco a partir de 1968 y posteriormente en 1973 por el presidente democrático [que puso fin al Estado de derecho] Juan María Bordaberry, sin limitarlas a un máximo de tiempo). Véase sobre el tema Miguel Semino: “El control de las medidas prontas de seguridad”, en *Revista de Derecho Público*, vol. I, n.º 1, Montevideo, 1972, pp. 38 ss. Por ese motivo el Uruguay solicitó una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-9-87, de 6 de octubre de 1987, relacionada con las garantías judiciales en estados de emergencia). Sin entrar a considerar el contenido de dicha consulta, me atrevo a sostener que la cuestión de las garantías judiciales suspendidas en períodos dictatoriales del Cono Sur violatorios de los derechos humanos han escapado a la jurisdicción nacional sencillamente por el hecho de haber lesionado derechos que son protegidos universalmente a través del principio de justicia universal. De allí la importancia de no erradicar de los sistemas jurídicos nacionales dicha posibilidad de ejercicio de competencia universal, aunque existiendo una CPI tal jurisdicción debería cederse o limitarse toda vez que dicho órgano asuma o pretenda asumir competencia en el caso concreto.

<sup>32</sup> Como dice Gros Espiell: “El aporte que, en tal sentido, hace el Derecho Internacional al Derecho Interno uruguayo es, en consecuencia, importante y positivo. En efecto, ya no se podrá sostener —por mandato del Derecho Internacional vigente y aplicable en el Uruguay—, que la ley es apta para privar a una persona de sus derechos a la vida, al honor, a la libertad, a la seguridad, al trabajo y a la propiedad. La Ley sólo puede, en determinados supuestos y con el cumplimiento de estrictas condiciones, limitar el ejercicio de estos derechos” (o. cit., pp. 325 y 342 s.). Sobre este punto también Pablo Galain: “Eutanasia”, en *Revista Penal*, n.º 16, Madrid: La Ley, julio 2005.

*nacional* y el *internacional* son intrínsecamente distintos e independientes, la que potencia evasiones nacionales al cumplimiento de los tratados internacionales y favorece posibles lesiones de los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide*, que —en mi opinión— debería ser resuelto a favor del reconocimiento definitivo del rango constitucional para aquellos instrumentos internacionales que protejan derechos humanos.<sup>33</sup>

### 2.2.1.3. El problema de la implementación y la jerarquía de los tratados internacionales en el orden interno.

#### La necesidad de reformar la Constitución

Lo que acabo de decir me obliga a explicar con mayor detalle desde cuándo y con qué nivel de jerarquía ingresan las normas internacionales en el ordenamiento nacional. Según opina parte de la doctrina uruguaya, el derecho internacional que nace de convenciones bilaterales o multilaterales suscritas por Uruguay que refieran a los derechos humanos y que hayan cumplido con los requisitos constitucionales de aprobación parlamentaria<sup>34</sup> tiene aplicación directa e inmediata en el ordenamiento nacional,<sup>35</sup> sin que sea necesario ningún tipo de implementación para su incorporación como ley nacional, siempre y cuando la propia norma internacional así lo exija.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> De esta forma se evitarían contrariedades entre el órgano de mayor jerarquía jurídica en el ordenamiento nacional y determinadas leyes que, si bien son consideradas de inferior rango, podrían limitar la norma constitucional o el tratado internacional aprobado y ratificado en materia de protección de los derechos humanos. Respecto a la doctrina que sigue Uruguay de la *equiparación legislativa*, se ha dicho que, si bien era “otrora casi inexpugnable, resulta ahora prácticamente inaceptada por la deslegitimación axiológica que ha sufrido, al autorizar, oblicuamente, múltiples evasiones al cumplimiento de los compromisos internacionales contraídos por un Estado”. Véase Néstor Sagüés: “Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, al derecho interno”, en *Presente y futuro de los derechos humanos*, o. cit., p. 314.

<sup>34</sup> Dice la Constitución (artículos 85.7 y 168.20) que corresponde al Poder Legislativo aprobar la ratificación de los tratados internacionales, mientras que el Poder Ejecutivo es el encargado de negociar la redacción del texto, su autenticación y ratificación (artículo 168.20).

<sup>35</sup> Para ello habría que definir si la aprobación que realiza el Parlamento puede asimilarse jurídicamente a una ley (es decir, si cumple con los mismos efectos), y esto, según mi opinión, debe realizarse desde un punto de vista teleológico antes que formal o exegético, considerando que la ratificación de los tratados sigue un camino distinto del de la sanción de una ley. De allí que, una vez realizado el canje de ratificaciones, el tratado comienza a generar obligaciones, lo que puede ser asimilado a las formalidades requeridas para sancionar una ley (artículos 133 a 146 de la Constitución). De otra forma estaríamos aceptando una contradicción de base que puede generar responsabilidad internacional, ya que a partir de la aprobación parlamentaria el Estado se obligaría internacionalmente sin que dicha obligación fuera exigible internamente. Desde un punto de vista teleológico la aprobación parlamentaria es la recepción del tratado internacional, su aceptación en el orden interno que no puede desconocer sus efectos por un juez nacional. Si tomamos el caso de la ley 17 510, de enero del 2003, allí el artículo 3 comprometía específicamente al Poder Ejecutivo al envío de un proyecto de ley de implementación, pues el tratado ya vigente para Uruguay requería de modificaciones y especificaciones en el orden penal material y procesal.

<sup>36</sup> En ese sentido las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y garantías judiciales en el proceso civil y penal que serían autoejecutables (*self executing*). Véase R. Landeira, M. Langón y B. Scapusio: “El sistema procesal penal uruguayo y la necesidad de su reforma en vistas al Mercosur”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4, 1991, p. 463;

Sin embargo, la doctrina no es unánime cuando se trata de aplicar directamente en el orden interno tratados internacionales que crean figuras penales, aunque la República se haya adherido y los haya ratificado mediante ley nacional; en tal caso es exigible una ley especial al respecto.<sup>37</sup> El ordenamiento jurídico uruguayo se basa en el prin-

Gros Espiell: o. cit., p. 343; José Gamio: “Temas fundamentales de derecho internacional en Sentencia de la Corte Internacional de Justicia: Caso Nicaragua”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXXI, julio-diciembre 1990, n.º 3 y 4, p. 130.

<sup>37</sup> Consciente de esta vieja discusión doctrinaria, el ex ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay (cargo desempeñado en los dos últimos períodos de gobierno por el Dr. Didier Operti, presidente de la Delegación Uruguaya en las negociaciones y creación del Tratado de Roma), reunido con los integrantes de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Diputados, en sesión del día 7 de setiembre de 2004, expresó: “Creo que mediante esta ley el Uruguay estará en condiciones de prestar, o no, cooperación a la Corte, según la normativa jurídica aplicable. Sin la ley, tendremos un vacío legal que en algunos casos podrá hasta impedir la efectiva aplicación del Estatuto. Es fundamental entender que esta no es simplemente una ley de reglamentación sino que es una ley de aplicación; sin la ley, no resultaría posible *stricto sensu* la aplicación del Estatuto” (véase “Declaración del Dr. Didier Operti”, en *Actas del Parlamento uruguayo*, disponible en [www.parlamento.gub.uy](http://www.parlamento.gub.uy)). En mi opinión, las palabras del ministro de Relaciones Exteriores pueden llamar a confusión, por lo que convendría matizar dicha declaración. *Primer punto*: Con la ratificación del Estatuto Uruguay ya se ha comprometido a colaborar con la CPI, y la implementación es una cuestión de orden interno, de vacío legal que no atañe al deber principal de colaboración. El artículo 126 del Estatuto es claro en cuanto a la entrada en vigor de éste, y desde ese momento Uruguay no podría negarse a colaborar con la CPI basándose en el argumento de que no ha implementado el Estatuto con una ley interna, y que según la doctrina mayoritaria uruguaya el vacío legal nacional impide la colaboración con la CPI (principio internacional de *pacta sunt servanda*, véanse en especial los artículos 86 y 88 del Estatuto). Surge del texto del Estatuto que su ratificación obliga expresamente a los Estados: 1) a tipificar los delitos contra la Administración de Justicia de la CPI (artículo 70.4); y 2) a cooperar con la CPI (artículos 86 y 88). En ese sentido, el proyecto II va más allá de las obligaciones que impone el Estatuto y adopta como principio general el deber de persecución de los crímenes internacionales tipificados en el Estatuto. Pues bien, con respecto a la obligación asumida por Uruguay desde la ratificación, los únicos motivos que podría argumentar la república para no cumplir con la obligación de cooperación tendrían relación con fundadas razones de peligro para la seguridad nacional (véanse artículos 72 del Estatuto, Néstor, 21.6 del proyecto I y 45 del proyecto II). En los demás casos, la República ha adquirido un compromiso internacional al que no puede renunciar, pues en definitiva, la demora injustificada en la implementación del Estatuto es una cuestión de inoperancia o falta de voluntad política, que en el peor de los casos puede habilitar la jurisdicción complementaria de la CPI, interpretando la falta de colaboración como fundamento habilitador (artículo 17 del Estatuto). La implementación del Estatuto no es requisito *sine qua non* para que un Estado tenga que colaborar con la CPI cuando ésta lo reclame (lamentablemente, la doctrina internacional no ha definido correctamente el alcance de la obligación de cooperación de los Estados. Véanse G. Garzón Clariana: “Sobre la noción de cooperación en el derecho internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXIX, 1, p. 52; P. Fernández Sánchez: “Soberanía del Estado y derecho internacional en situaciones de emergencia humanitaria”, en *III Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, Sevilla: Cruz Roja Española y Universidad de Sevilla, 1995, p. 34; ambos citados por Casilda Rueda: *Delitos de derecho internacional. Tipificación y represión internacional*, Barcelona: Bosch, 2001, p. 95). La obligación nace con la ratificación del Estatuto, pues es dicho texto normativo nacional el que exige al propio Estado la implementación de las condiciones necesarias, sea para colaborar con la CPI en la persecución de determinadas conductas delictivas, como para ejercer jurisdicción propia sobre éstas. Así las cosas, es el propio Estado el que se obliga a implementar internamente el tratado al momento de la ratificación, pues dicha obligación no se prevé expresamente en el Estatuto. *Segundo punto*: resuelta la primera cuestión, y habiendo obligación de colaborar con la CPI, corresponde analizar si con la ratificación del Estatuto, ergo, con una ley que declare su vigencia para el ordenamiento jurídico uruguayo (ley 15 710) el Uruguay ya puede ejercer jurisdicción propia o se requiere de una ley específica que proceda a la implementación. Esto nos conduciría a la consabida discusión sobre la naturaleza *self o non executing* de los instrumentos internacionales que aquí es imposible abordar. De todas formas, es preciso indicar que, aun cuando no se hubiere implementado el Estatuto, cualquier juez uruguayo podría ejercer jurisdicción por delitos comunes, aquellos que están tipificados en el ordenamiento nacional; *sin embargo, según dispone el artículo 20 del Estatuto, esto no obsta a que la CPI pueda ejercer jurisdicción sobre la misma persona por los mismos hechos sin violar el principio ne bis in idem por cualquiera de los crímenes tipificados en los artículos 5, 6, 7 y 8*. En caso de que el juez nacional —pese a que la ratificación ha reconocido el contenido del Estatuto— condenara la comisión de un crimen o delito competencia de la CPI sin contar con una tipificación expresa —directamente (proyecto II) o por la vía de la remisión (proyecto I)—, podría existir una violación del principio de reserva (artículo 10 de la Constitución, artículo 1 del CP) que indica que sólo una ley promulgada según dispone la Constitución puede

cipio de legalidad (artículos 1 y 85 del Código Penal, en adelante CP) y reconoce como única fuente del derecho penal a la ley; además, no hay proceso, jurisdicción ni juez natural si no existe previamente una ley que lo determine (artículo 2 del Código Procesal Penal). En ese sentido, dentro del concepto de ley incluye a la Constitución de la República, los pactos y tratados internacionales ratificados por el país y las leyes penales (Código Penal y leyes especiales) y, si bien indica que la Constitución es la norma de mayor jerarquía, no existe ningún precepto en dicho texto que establezca el nivel de jerarquía que deben tener los instrumentos internacionales en el orden interno. *Así las cosas, doctrina y jurisprudencia han entendido que estos instrumentos ingresan al ordenamiento uruguayo con jerarquía legal por debajo de la Constitución y al mismo rango que la ley.*<sup>38</sup> Esto significa que, a diferencia de muchos países de la región, Uruguay no otorga jerarquía suprallegal a los tratados internacionales (aunque refieran a la protección de los derechos humanos), por lo que todos ellos, cualquiera sea su naturaleza, gozan del mismo valor jerárquico.

Este hecho ha llevado a parte de la doctrina uruguaya a exigir una reforma constitucional (como la que realizaron Argentina en 1994 o Perú en 1980) que otorgue jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, ya que tal jerarquía no puede derivarse de la interpretación del artículo 72 de la Constitución.<sup>39</sup> En mi opinión, debido al silencio que guarda la Constitución, nada obsta a que en Uruguay se implemente el tratado internacional con un nivel jerárquico por debajo de ésta pero por encima de la ley, sin que para ello se requiera de una reforma

---

determinar una conducta prohibida y su correspondiente pena. Así las cosas, independientemente de la naturaleza autoejecutable o no ejecutable del Estatuto, el Parlamento uruguayo debería decidirse por una pronta implementación, si se pretende ejercer jurisdicción nacional respecto a los crímenes y delitos competencia de la CPI y que ésta tenga efectos de cosa juzgada ante la CPI (artículo 20 Estatuto), así como para no perder cuotas de soberanía frente a la CPI siempre que, en aplicación del artículo 17 del Estatuto, se interprete como un problema de seguridad jurídica la ausencia de una ley de implementación que clarifique las cuestiones relacionadas con el vacío legal y el ejercicio de jurisdicción.

<sup>38</sup> Véase Héctor Gros Espiell: "La Constitución y los tratados internacionales", en Gros Espiell: o. cit., p. 333. En opinión disidente, Correa Freitas, para quien las normas de derecho internacional tendrían supremacía frente a la Constitución: "utilizando el criterio de la pirámide o de la estructura jerárquica del orden jurídico, siguiendo el pensamiento de Kelsen, puede afirmarse que en la escala se encuentra en el vértice, en primer lugar el derecho internacional, en un segundo grado el derecho comunitario y en un tercer grado el derecho constitucional". Véase Correa Freitas: o. cit., y "La Constitución uruguaya y el Mercosur", en *La Justicia Uruguaya*, tomo 120, doctrina 8, <www.lajusticiauruguay.com.uy>.

<sup>39</sup> Se ha llegado a discutir (sin adoptar una respuesta positiva) si con base en el artículo 72 de la Constitución los tratados internacionales que refieran a derechos humanos podrían tener rango constitucional. Este artículo se refiere al reconocimiento y la protección de aquellos derechos inherentes a la persona humana y los que se derivan de la forma republicana de gobierno. Pues bien, con base en dicha norma es que se deben respetar los principios en que se asienta un sistema republicano, principalmente la separación de poderes (artículo 82.2), el control recíproco entre éstos, la forma democrática de gobierno (artículo 82), el control parlamentario (artículos 85, 118 y ss.), la estricta competencia del Poder Ejecutivo (artículos 168 y 17), un Poder Judicial independiente, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Véase por todos Gros Espiell: o. cit., p. 339.

constitucional que así lo indique.<sup>40</sup> En caso contrario —esto es, si no se reconoce mayor rango al tratado internacional que a la ley—, entre otros problemas podría suceder que una ley posterior contraria al espíritu del tratado derogara disposiciones de éste en el orden interno, por más que el tratado permanezca vigente y sin modificaciones en el orden internacional.<sup>41</sup> Ello nos llevaría a un innecesario conflicto de constitucionalidad de la ley posterior, que —como veremos a continuación— en el sistema uruguayo no se resuelve con eficacia *erga omnes* sino para el caso concreto.<sup>42</sup>

#### 2.2.1.4. El problema del control de constitucionalidad de las leyes

Si se diera el caso que hemos planteado y hubiera que declarar inconstitucional un texto legal, según dispone el artículo 257 de la Constitución, dicho control jurisdiccional lo realizará la Suprema Corte de Justicia (en adelante, SCJ).<sup>43</sup> La fórmula

<sup>40</sup> Como hizo Paraguay en el artículo 137 de la Constitución de 1992: “La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, 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”. Adoptando una decisión de este tipo, la Constitución permanece en la cúspide de la pirámide jerárquica aunque puedan resentirse los principios de *pacta sunt servanda* y *bona fide* toda vez que se violen normas internacionales con el pretexto de la supremacía de la Constitución. Pero por otro lado, ninguna ley común podrá modificar el contenido o espíritu de un tratado aunque fuera posterior al mismo por encontrarse en un nivel inferior a aquél. Pero además debe considerarse que al encontrarse el Tratado en un plano superior a la ley servirá de parámetro interpretativo de cualquier ley ordinaria en materia de Derechos Humanos. Véase sobre el tema Sagüés: o. cit., pp. 309 s.

<sup>41</sup> Así opina Eduardo Jiménez de Aréchaga en *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1980, pp. 327 ss. De otra opinión es Gonzalo Aguirre, quien entiende que esta situación no sería posible por cuanto una ley posterior que vaya contra un tratado internacional vigente sería contraria a la Constitución, que asegura la obligatoriedad del tratado. Pero esta interpretación lo lleva a reconocer que el tratado no es una norma de derecho interno sino de derecho internacional que no puede ser desconocido por el derecho interno, por lo que carece entonces de importancia si el tratado tiene mayor o igual valor que la ley, con lo cual estaríamos nuevamente a fojas cero. Véase Gonzalo Aguirre Ramírez: *Derecho legislativo*, Montevideo: FCU, 1997, pp. 178 s. En mi opinión, esta interpretación no permite dilucidar la cuestión puntual de la jerarquía de una norma internacional que necesariamente debe formar parte del orden interno y que debe coexistir con él mismo, y por más que goce de validez y el respaldo del ordenamiento internacional, en el caso concreto sus disposiciones deberían ser aplicadas por un juez nacional.

<sup>42</sup> La ley declarada inconstitucional no desaparece, no se deroga ni se anula; simplemente no se aplica al caso concreto en el que se solicitó la declaración. Pero fuera de dicho caso concreto, la ley se sigue aplicando hasta tanto no haya otro pronunciamiento concreto de la Suprema Corte de Justicia. Véase Ruben Correa Freitas: “El control de la constitucionalidad de las leyes en la República Oriental del Uruguay”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo 88, doctrina 7, [www.lajusticiauruguay.com.uy](http://www.lajusticiauruguay.com.uy).

<sup>43</sup> La inconstitucionalidad de una ley se plantea en el capítulo IX de la sección XV titulada “Del Poder Judicial” de la Constitución (artículos 256 a 261). Cualquier ley puede declararse contraria a la Constitución por razón de forma o contenido mediante una resolución de la SCJ con naturaleza de sentencia definitiva. La declaración de inconstitucionalidad conlleva la inaplicabilidad de la ley y de las disposiciones afectadas por ella, y puede ser solicitada por toda persona que se considere lesionada en su interés directo, personal y legítimo, ya sea por vía de acción ante la SCJ o de excepción en cualquier procedimiento judicial (artículo 258). También cualquier juez (incluyendo al Tribunal de lo Contencioso Administrativo) puede paralizar las actuaciones y solicitar de oficio a la SCJ la declaración de inconstitucionalidad antes de dictar una resolución. La declaración de la SCJ sólo atañe al caso concreto y causará efectos sólo en los procedimientos en que se haya pronunciado (artículo 259). Véase Horacio Casinelli Muñoz: “Vías y efectos de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad”, en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, pp. 132 ss.

uruguay no está exenta de críticas, puesto que en los hechos, por tratarse de un control constitucional a posteriori, es decir, una vez que la ley ha sido promulgada, el máximo órgano del Poder Judicial podría invadir el campo legislativo, que por pertenecer a otro poder del Estado se podría considerar como una intromisión contraria al principio republicano de división de poderes.<sup>44</sup> Ahora bien, como surge del sistema uruguayo de Constitución rígida,<sup>45</sup> el control de constitucionalidad no debe considerarse una injerencia en la competencia del Poder Legislativo, sino una función superior de custodia de un texto normativo de mayor rango que indica la desaplicación de una ley que atente contra él —por otra parte, tarea netamente jurisdiccional.<sup>46</sup>

En mi opinión, el sistema uruguayo debe ser criticado, pues la resolución de inconstitucionalidad que tiene naturaleza jurídica de sentencia definitiva no tiene efecto *erga omnes* (como sucede en los países que cuentan con un tribunal constitucional), sino para el caso concreto y para quien así lo haya solicitado. Y ello constituye un problema no sólo para el caso de contradicción entre dos leyes, sino para cualquier tipo de controversia entre el texto del Estatuto y la Constitución nacional, que debería ser resuelto en el caso concreto por vía de acción o excepción. Si bien puede solicitarse también de oficio por cualquier juez nacional que entienda en un caso concreto, la resolución de inconstitucionalidad no equivaldrá a la no aplicación general de la norma que contraría el texto constitucional, sino que determinará únicamente la no aplicación de la ley inconstitucional en el caso de marras. De ahí lo extraño de

<sup>44</sup> Véase José Korzeniak: "Sistemas de control constitucional en el derecho comparado", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 1-2, enero-junio 1987, p. 65; Miguel González Bocage: "El Tribunal Constitucional. Antecedentes, funciones y procedimiento", en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 2, enero-junio 1980, *Estudios en honor de Eduardo J. Couture*, tomo II, p. 125, quien se afilia a la creación de un Tribunal Constitucional de constitución político-judicial. *Ibidem*, p. 129.

<sup>45</sup> Todas las Constituciones uruguayas han sido de conformación rígida y han seguido un proceso distinto del de formulación de las leyes. Para proceder a su reforma pueden darse los siguientes procedimientos: a) una iniciativa popular (proyecto presentado por el 10% de los ciudadanos inscritos) que se someterá a plebiscito; b) un proyecto de la Asamblea General que cuente con el voto de dos quintos de sus componentes, sometido a plebiscito; c) una convocatoria del Poder Ejecutivo a formar en 90 días una Convención Nacional Constituyente, sometida a plebiscito; d) una ley constitucional aprobada por dos tercios del total de componentes de cada Cámara y plebiscito. Esto ha llevado a parte de la doctrina a decir que para reformar una *constitución rígida* se requiere de un cuarto poder del Estado: el Poder Constitucional, que se conforma exclusivamente a estos efectos (asamblea constituyente, cuerpo electoral a través del referéndum, etcétera). Véase Korzeniak: o. cit., p. 83.

<sup>46</sup> Sobre la tarea de la Constitución como árbitro inapelable del sistema jurídico uruguayo y la declaración de inconstitucionalidad para toda ley posterior y contraria a ésta con base en el principio de jerarquía, véase Chaves: o. cit., pp. 130 s. En ese sentido Hassemer se refiere a una democracia constitucional en la que la Constitución establece los límites del principio democrático y a cuyos principios deben someterse las decisiones políticas y legislativas, que, como dijo Radbruch, muchas veces pueden ser injustas o, en este caso, inconstitucionales. Véase Winfried Hassemer: "Jurisdicción constitucional en una democracia", trad. de Gerardo Briceño, en *Jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho*, Caracas: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 30 ss.

la disposición uruguaya, que además de aceptar que cualquier ciudadano que se vea afectado en un interés directo, personal y legítimo solicite la inconstitucionalidad en una causa judicial en trámite (vía de excepción), acepta también una vía de acción ante la SCJ que no tendrá efectos generales.<sup>47</sup>

Así las cosas, esta solución puede dar lugar a que una ley se aplique en forma indistinta por los mismos hechos a distintos sujetos, dependiendo que hagan valer o no la acción de inconstitucionalidad y que ésta les sea favorable; esto es, se trata de un sistema que avala que una contradicción entre normas beneficie o perjudique a un solo interesado, así como que una ley siga vigente pese a que exista una declaración judicial de inconstitucionalidad en su contra. Considerando entonces que el sistema uruguayo provoca una grave situación de inseguridad jurídica en el campo de los derechos humanos, que debe ser resuelta siempre *a posteriori* y en el caso concreto, *convendría* —en mi opinión— *proceder a una reforma de la Constitución en aquellos aspectos controvertidos con el Estatuto en los cuales el legislador universal realice una mayor protección de los derechos humanos respetando los principios básicos del orden jurídico nacional (constitucional, penal, procesal)*,<sup>48</sup> *no así en el caso contrario, debiendo la ley de implementación corregir los supuestos en que el sistema nacional, según los parámetros mencionados, ofrece mayores garantías de protección que el texto del Estatuto*.<sup>49</sup> Pero ade-

<sup>47</sup> Es decir, el ciudadano que impugne una ley por contraria a la Constitución obtendrá una declaración de inconstitucionalidad a modo de cheque en blanco que podrá utilizar a conveniencia.

<sup>48</sup> Por ejemplo, a través de la prohibición de otorgar el instituto de la gracia o el indulto a criminales contra los derechos humanos. Es más discutible la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales si se entiende que en un derecho penal propio de una comunidad internacional que debería inspirarse en los principios democráticos, el liberalismo político o las democracia constitucional (al decir de Hassemer), debe postularse constitucionalmente la imprescriptibilidad de los hechos, aunque se trate de los más aberrantes cometidos por sujetos que repugnan a cualquier demócrata pero que no pueden ser tratados como “enemigos” del sistema, según propone un minoritario sector de la doctrina penal. Véase Günther Jakobs: “Kriminalisierung im Vorfeld einer rechtsgutverletzung”, en *ZStW* 97, pp. 751-785.

<sup>49</sup> A modo de ejemplo, el artículo 26 del proyecto II tipifica los crímenes de guerra, y allí en el numeral 34 se prohíbe: “reclutar o alistar niños menores de 18 años en las fuerzas armadas nacionales o grupos combatientes o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”. Por tanto, el proyecto II eleva la edad de los combatientes de 15 (artículo 8.2.b numeral xxvi y literal e numeral vii del Estatuto) a 18 años, lo que significa una mayor protección de los derechos humanos. También puede mencionarse dentro de los crímenes de guerra que el proyecto II no diferencia entre civiles y militares ni entre conflictos armados internacionales o internos, los que a diferencia del Estatuto se concentran en un único artículo 26 (que tipifica entre los numerales 35 a 50 conductas no previstas en el Estatuto pero que provienen de distintos convenios internacionales relacionados con el uso de armas prohibidas, métodos inhumanos de combate, protección de personas y bienes culturales). Del mismo modo se tipifica en el artículo 26.33 como crimen de guerra la prohibición de “hacer padecer intencionalmente hambre o sed a la población civil como método de hacer la guerra o de combate [...]”, que el Estatuto sólo prevé para conflictos internacionales (artículo 8.2.b numeral xxv) pero que no se hace extensiva a los conflictos internos. La pena en todos estos casos se eleva de dos a treinta años de penitenciaría, y es conveniente que en el momento de la implementación se diferencie la dosimetría penal según la dañosidad social de las conductas en cumplimiento del principio de proporcionalidad.



más, como ya dije, *debe reconocerse al tratado internacional una jerarquía supralegal, si bien en un plano inferior a la Constitución*.<sup>50</sup>

### 3. Problemas relacionados con las reglas de aplicación espacial de la ley penal y la cesión de soberanía

#### 3.1. Reglas de competencia de la ley penal en el espacio

a. La aplicación de la ley penal uruguaya se rige por el principio de territorialidad (artículo 1 del Tratado de Montevideo, de 1889), y se aplica en forma absoluta a todos los delitos cometidos en territorio uruguayo<sup>51</sup> (artículo 9 del Código Proceso Penal),<sup>52</sup> salvo las excepciones contenidas en el derecho constitucional e internacional (artículo 9 del CP). En mi opinión, el codificador uruguayo ha legislado en forma un tanto confusa las excepciones al principio de territorialidad, así que intentaré explicarlo de manera más sencilla. Hay ciertas circunstancias en las que el principio de territorialidad deja paso a la excepción, es decir, a la aplicación de la ley uruguaya fuera del territorio sometido a jurisdicción nacional (extraterritorialidad de la ley

<sup>50</sup> Para ello puede servir de modelo la solución italiana (artículo 10.1: “L’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”) o francesa (artículo 55: “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”). Véase Alberto Zuppi: *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional. El camino hacia la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, p. 31.

<sup>51</sup> El lugar de comisión de un delito determina la competencia, esto es, la territorialidad o extraterritorialidad de la jurisdicción. El delito a distancia obliga a diferenciar el momento y lugar de la comisión del momento y lugar de la consumación, y, en ese sentido, el lugar de los hechos determina la jurisdicción. Es decir, cualquier actividad constitutiva de delito, aun en grado de tentativa, llevada a cabo en territorio uruguayo determina jurisdicción nacional, independientemente del lugar de la consumación (Miguel Langón: *Curso de derecho penal*, p. 193). Esto incluye también los casos de coparticipación, en lo que refiere a los hechos cometidos en Uruguay. En consecuencia, *cualquier hecho que se realice y/o consume en territorio nacional es de jurisdicción uruguaya*, por lo que debe ser aplicada la ley uruguaya. Siguiendo en la doctrina nacional, Cairoli se afilia a la tesis de la ubicuidad o de la unidad, que sostiene que acción y resultado son una unidad que impediría su consideración aislada, lo que podría hacer pensar que dicho autor niega la jurisdicción uruguaya para los casos de delitos tentados, pues en éstos no habría resultado en sentido ontológico. Véase Milton Cairoli: *El derecho penal uruguayo*, p. 88.

<sup>52</sup> Artículo 9.º (principio de territorialidad). “Sólo las disposiciones de este código y sus modificaciones, se aplicarán a los procesos penales que se desarrollen en el territorio de la República, independientemente del lugar donde ocurra el hecho punible y de la nacionalidad del imputado”. En el inciso segundo de este artículo hay una cláusula de dudosa constitucionalidad, pues expresa que, en caso de condena en el extranjero por un delito cometido en territorio uruguayo, la pena que haya sido cumplida (en todo o en parte) se tendrá en cuenta para la aplicación de la nueva. Esta norma estaría violando el principio de *ne bis in idem*, y además habría sido derogada por sucesivos tratados internacionales suscritos y ratificados por Uruguay, en particular, el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor el 23-3-1976, y que establece la prohibición del doble juzgamiento. Según Langón, dicha disposición no ha sido nunca aplicada en la praxis nacional. Véase Langón: o. cit., p. 190.

penal),<sup>53</sup> por lo que podría decirse que en principio la ley uruguaya no se aplica a los delitos cometidos en el extranjero (artículo 10 CP). Según se desprende del artículo 10 del CP la ley uruguaya se aplicará en el espacio según los siguientes criterios: a) territorialidad; b) nacionalidad o personalidad activa; c) defensa o personalidad pasiva; d) justicia universal.<sup>54</sup> De acuerdo con el principio de justicia universal establecido en el artículo 10.7 del CP, la ley uruguaya puede ser aplicada a delitos cometidos en el extranjero cuando lo haya dispuesto de esa forma una norma del orden interno uruguayo, o surja como consecuencia de un convenio internacional ratificado por el Poder Ejecutivo y aprobado por el Parlamento.<sup>55</sup>

b. La ley uruguaya puede regir para delitos cometidos fuera de la jurisdicción nacional únicamente si un *nacional uruguayo delinque en el extranjero y es capturado en Uruguay* (artículo 10.5 del CP),<sup>56</sup> o cuando un *extranjero delinca en territorio extranjero contra un nacional uruguayo o contra la República* (artículo 10.6 del CP).<sup>57</sup> Sin embargo, en estos casos Uruguay cede la jurisdicción siempre que la ley extranjera sea

<sup>53</sup> Según el artículo 4.2 del Código Aeronáutico, decreto-ley 14 305 de 29-11-1974, los delitos cometidos a bordo de aeronaves privadas uruguayas que sobrevuelen territorio o aguas jurisdiccionales extranjeras serán juzgadas por la ley del pabellón (como si fueran públicas), salvo que hubieran resultado lesionadas personas o bienes que se encontraran en ellas o se hubiera afectado la seguridad, el interés legítimo o el orden público del territorio sobrevolado. En este caso se aplica el principio de reciprocidad, salvo que se afecten la seguridad o el orden público nacionales, se infrinjan disposiciones militares o fiscales uruguayas, o se transgredan las leyes o reglamentos de circulación aérea, se lesionen intereses generales del Estado, se causen daños a personas o bienes situados en territorio uruguayo y se cometa un delito en la aeronave extranjera aterrizando en territorio uruguayo tras la comisión del hecho, salvo que haya mediado pedido de extradición. Véase Miguel Langón: *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, tomo I, Primera parte: “El Derecho penal en general”, Montevideo: Del Foro, 2000, pp. 177 s.

<sup>54</sup> En forma un poco inexplicable, el codificador patrio (José Irureta Goyena) sostuvo que el principio de justicia universal no está específicamente contenido en el Código Penal, pese a que el artículo 10.7 establece: “Se sustraen a la aplicación de la ley uruguaya los delitos cometidos por nacionales o extranjeros en territorio extranjero, con las siguientes excepciones...7. Todos los demás delitos sometidos a la ley uruguaya en virtud de disposiciones especiales de orden interno o de convenios internacionales”. Véanse las notas del codificador en Reta y Grezzi: *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo: FCU, 5.ª ed., 1999, p. 186. Sin embargo, la mayoría de la doctrina nacional entiende que el sistema nacional contempla el principio de justicia universal. Manuel Vieira: *El delito en el espacio*, pp. 145 y ss; Antonio Camaño Rosa: *Derecho Penal*, pp. 51 y s; Cairoli: o. cit., p. 86; Miguel Langón: *Curso de derecho penal*, o. cit., p. 180; Fernando Bayardo: *Derecho penal uruguayo*, tomo I, 2.ª ed., Montevideo, 1968, p. 125.

<sup>55</sup> En ese sentido el artículo 32 de la ley 17 016 de 22-10-1998, referido al tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que permite jurisdicción uruguaya para perseguir actividades delictivas, aunque no hubieran sido realizadas en territorio bajo jurisdicción uruguaya. También el artículo 13 del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo, de 1889, adjudicó jurisdicción al Estado donde se detenga a los delincuentes en los delitos de piratería; así como el Tratado de Derecho Penal de 1940 utilizó el mismo criterio para los delitos de piratería, tráfico de estupefacientes, trata de blancas y de destrucción o deterioro de cables submarinos. Es la gravedad de las conductas de estos delitos lo que permite su persecución allende fronteras, y ella debe medirse según el parámetro del daño social, especialmente cuando se trata de aquellos bienes que afectan a toda la humanidad.

<sup>56</sup> Éste es el llamado *principio de personalidad activa o nacionalidad*, que indica que un delito cometido por un uruguayo en el extranjero podrá ser castigado en Uruguay, siempre que: 1) exista doble incriminación; 2) el autor fuera aprehendido en territorio uruguayo; 3) no sea requerida la extradición por las autoridades del país de comisión.

<sup>57</sup> Se trata del *principio de tutela o personalidad pasiva*, por el que corresponde jurisdicción nacional frente a delitos cometidos en el extranjero que atenten contra intereses fundamentales del Uruguay o contra su orden público. Se incluyen aquí los delitos contra la seguridad del Estado (artículo 10.1 y títulos I y II del libro II del CP, artículo 132 a 146), delitos de falsificación del sello del Estado, de moneda de curso legal o títulos nacionales de crédito público, como el uso del sello falsificado del Estado

más benigna que la nacional y medie un pedido de extradición que pueda ser concedido. Ahora bien, si no existiese solicitud de extradición o ésta no fuera concedida, siempre que la pena más benigna fuera la extranjera y ésta no existiera en el ordenamiento uruguayo, el juez uruguayo competente aplicará la pena cuya dosimetría más se le aproxime, que según han interpretado de continuo doctrina y jurisprudencia es la pena de menor gravedad.<sup>58</sup> Esto significa que la República se compromete a castigar a los nacionales que hayan delinquido en el extranjero o a extranjeros que fuera del territorio uruguayo hayan delinquido contra nacionales uruguayos o contra intereses del Uruguay, siempre que su extradición no haya sido solicitada o haya sido denegada.<sup>59</sup> Por lo tanto, razonando *a contrario sensu*, *la ley extranjera tendrá preferencia sobre la uruguaya en estos casos de extraterritorialidad cuando sea más benigna que la nacional y medie un pedido de extradición que no haya sido denegado*. Este razonamiento podría hacerse extensivo para el futuro relacionamiento con la CPI, sustituyendo la extradición por el instituto de la entrega.

d. Ni en el derecho comparado ni en el sistema penal uruguayo existe una clara diferencia entre los conceptos de delitos universales o transnacionales (*delicta iuris gentium*)<sup>60</sup> y delitos o crímenes internacionales.<sup>61</sup> En el ordenamiento interno se han

---

(artículos 10.2 y 10.3, artículos 227, 231 y 246 del CP), y a delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de funciones o mediante violación de los deberes del cargo (artículo 10.4, artículos 153 a 165 del CP). En el marco del artículo 10.4 CP se debe tener en cuenta los delitos internacionales contenidos en la ley 17 060 de 1998, que tipificó el cohecho y soborno transnacional, el tráfico de influencias y el blanqueo de dinero; y el caso de los agentes diplomáticos uruguayos que cumplen funciones en el exterior, los que, si bien gozan de inmunidad en el lugar en que cumplen funciones, deben ser juzgados por la ley nacional. Véase Langón: *Curso de derecho penal*, o. cit., pp. 187 s.

<sup>58</sup> El principio contrario es admitido por el artículo 4 del Tratado de Montevideo de 1889, es decir, el de la aplicación de la pena más grave o la que se le aproxime en gravedad. Esta situación de contradicción normativa me obliga a posicionarme críticamente respecto al sistema nacional. Como he manifestado, mientras la Constitución no se modifique y acepte la suprallegalidad de los tratados internacionales, se producirán permanentes problemas de contradicción entre leyes de igual jerarquía en las que rige el principio *ley posterior deroga la anterior*, y en ese caso Uruguay estaría incumpliendo obligaciones internacionales ya contraídas toda vez que una ley nacional derogue normas internacionales de igual jerarquía. De no realizarse dicha modificación, la solución de los problemas dependerá de posiciones de la doctrina o de los jueces, lo que puede significar una situación de inseguridad jurídica en un sistema de *civil law*.

<sup>59</sup> Por su parte en el artículo 11 del CP se establecen las condiciones que impiden la extraterritorialidad de la ley uruguaya, cuando dice que no se aplicará el artículo 10 del CP, es decir, *la ley uruguaya en forma extraterritorial*, cuando: a) la acción penal se halle *prescripta* con arreglo a una u otra legislación; b) cuando se trate de un *delito político*; c) cuando el sujeto haya sido *absuelto en el extranjero*; d) cuando hubiera *cumplido la pena*; e) cuando la pena hubiera *prescrito*.

<sup>60</sup> Entre éstos podemos nombrar al delito de piratería o de tráfico de estupefacientes, los cuales no son perseguibles directamente por el orden internacional, sino que en estos casos el interés de la comunidad internacional radica en que determinados Estados puedan extender su jurisdicción más allá del ámbito territorial, para así reprimir más eficientemente a sus autores. Esto no les otorga el carácter de crímenes internacionales, sino que se relacionan con el ejercicio jurisdiccional. Así las cosas, no debe confundirse entre delitos internacionales y delitos transfronterizos o transnacionales, como lo hacen muchas definiciones formales. Véase al respecto Alicia Gil Gil: *Derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 46 y 48.

<sup>61</sup> Cabe decir que la aprobación del Estatuto no implica una modificación de las normas que regulan la competencia uruguaya en cuanto a crímenes internacionales; sin embargo, su diferente naturaleza podría servir de parámetro para diferenciar

tipificado directamente a través de leyes especiales determinados delitos internacionales (artículos 29 y 30 de la ley 17 060) y otros considerados bajo jurisdicción universal (artículo 3 de la ley 17 016, modificativo del artículo 32 de la ley 14 294, Ley de Tráfico de Estupefacientes), siempre considerando como la *ratio legis* la dañosidad social y la importancia de los bienes jurídicos tutelados (intereses económicos, de la administración de justicia extranjera, tributarios, la salud pública). Puede decirse entonces que hasta el momento no ha sido prioridad del legislador patrio la implementación de normas relacionadas con la tutela de los derechos humanos,<sup>62</sup> que sólo ha demostrado buenas intenciones en el plano internacional adhiriendo a tratados y convenios que luego no han sido implementados en el orden interno.<sup>63</sup>

### 3.2. Problemas relacionados con una posible cesión de soberanía

Tratándose el Estatuto de un instrumento internacional que tipifica crímenes y delitos, éstos tienen que ser trasladados necesariamente a la órbita nacional. En ese sentido, la implementación debe cumplir dos funciones principales: por un lado, *hacer posible que la legislación uruguaya se adapte de tal forma que permita una eficaz colaboración con la CPI* y, por otro, que *el ordenamiento uruguayo pueda ejercer jurisdicción penal en relación con los crímenes internacionales y delitos competencia de la CPI*. Y

---

la categoría de los delitos transnacionales de los crímenes internacionales, considerando estos los últimos como aquellos crímenes que atentan contra los bienes jurídicos más importantes de toda la humanidad, y se encuentran tipificados en el Estatuto. Siguiendo este criterio de protección de derechos humanos como el bien jurídico tutelado, los delitos relativos contra la administración de justicia de la CPI (artículo 27 proyecto II) contenidos en el Estatuto (artículo 70) no serían crímenes internacionales, entre otras cosas porque por orden expresa del Estatuto deben necesariamente ser tipificados en el orden interno de cada Estado parte, y además porque su gravedad desde el parámetro de la dañosidad social no puede relacionarse con los crímenes tipificados entre los artículos 5 y 8 del Estatuto. Por otra parte, los delitos del artículo 70 del Estatuto sólo guardan relación con el ejercicio jurisdiccional de la CPI, pero según el criterio de la gravedad o dañosidad social no pueden ser considerados crímenes internacionales. Recordemos que la doctrina internacionalista mayoritaria exige una relación entre los bienes jurídicos individuales —con el respeto a los derechos humanos— y la paz internacional, y bajo este prisma deben entenderse los crímenes y delitos tipificados como internacionales. Véase Gil Gil: o. cit., pp. 29 ss.

<sup>62</sup> Del análisis de las normas que el legislador uruguayo ha considerado delitos internacionales puede decirse que no ha existido voluntad para tipificar —ni siquiera utilizando el sistema de remisión— los delitos de tortura, de desaparición forzada de personas y semejantes de lesa humanidad, pues siguiendo el mismo criterio político criminal, es decir, la dañosidad social, la importancia de los bienes jurídicos y su relación con la paz internacional, ontológicamente los últimos tendrían prioridad por el mero hecho de que se trata de crímenes internacionales lesivos de los derechos humanos. Véase sobre el tema Jaime Córdoba Triviño: *Derecho penal internacional. Estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra con referencia al nuevo código penal colombiano*, Medellín: Ibáñez, 2001, pp. 191 y ss., 165 ss.

<sup>63</sup> Cabe decir que esta omisión legislativa es corregida en todo sentido por el proyecto II, fuertemente inspirado en la labor de las ONG en el campo de los derechos humanos y en las convenciones internacionales de derecho internacional público, aunque con alguna imprecisión en lo que respecta a la técnica penal de tipificación.

menciono estas funciones en un orden que no es caprichoso, pues entiendo que con la ratificación del Estatuto Uruguay está obligado a colaborar con la CPI, y según dispone el artículo 2 del proyecto II, también se obligaría a ejercer jurisdicción contra presuntos autores de los crímenes y delitos contenidos en el Estatuto y en la ley de implementación. Estas dos obligaciones que podrían a primera vista parecer contradictorias deben ser coordinadas de tal forma al momento de la implementación, que no quepan dudas sobre qué jurisdicción tiene prioridad y de qué modo se hará uso de ella.

A partir de la vigencia del Estatuto —por indicación del artículo 12—, en cada Estado parte se produce la coexistencia de una doble jurisdicción: en primer lugar, del Estado en cuyo territorio se cometieron los actos delictivos (principio de territorialidad) o de la nacionalidad del autor (principio de personalidad activa) y, en segundo lugar, en forma complementaria de la CPI (artículo 17 del Estatuto).<sup>64</sup> Esto significa que la prioridad en la persecución de los crímenes y delitos del Estatuto la tiene el Estado parte del territorio en el que sucedieron los hechos (o sus consecuencias) o de la nacionalidad del autor; es más problemático el caso de la personalidad pasiva (sobre la que el Estatuto no se pronuncia) y en lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción universal (por tratarse de un ensanchamiento de la jurisdicción penal del Estado sin ninguna conexión directa con éste). Los dos proyectos uruguayos proponen acertadamente un principio de universalidad limitado o condicionado que obliga a delegar jurisdicción al juez nacional a favor de la CPI toda vez que ésta lo solicite. Sin embargo, soy de la opinión de que la ley de implementación debería ser más explícita y establecer que esto sucederá cuando se trate de criminales internacionales que no hayan delinquido en Uruguay, que no sean uruguayos, que no hayan atentado contra intereses primordiales o contra víctimas nacionales del Uruguay.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Véase Ezequiel Malarino: *Implementation Models and ICC Statute*, inédito, p. 3 (se ha accedido a este material por gentileza de su autor). Véase ampliado en el punto I de su contribución en este volumen. Véase Antonio Cassese: o. cit., p. 16. La CPI no tiene jurisdicción universal, salvo cuando la competencia de ésta sea activada por el Consejo de Seguridad de la ONU, que hace que la jurisdicción de la CPI se extienda a cualquier Estado del orbe. De todas formas ello no significa que dicha jurisdicción deba ejercitarse en forma prioritaria. En mi opinión, que el Consejo de Seguridad de la ONU ponga en funcionamiento la competencia de la CPI no significa que los Estados Parte pierdan la prioridad en el ejercicio de la jurisdicción nacional cuando el hecho o sus efectos se hayan realizado en su territorio y/o el autor sea nacional de dicho Estado, así como que no se hayan dado las condiciones del artículo 17 del Estatuto que habilitan la jurisdicción complementaria de la CPI.

<sup>65</sup> Sostengo que procede esta limitación del principio de jurisdicción universal del Uruguay, en vista que la CPI carece de él, y por ello corresponde cederle jurisdicción como una forma de activar su competencia. También Cassese opina favorablemente en cuanto a una competencia universal limitada o condicionada del juez nacional para favorecer la competencia de la justicia internacional. Véase Antonio Cassese: “Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?”, en Cassese y Delmas-Marty: o. cit., p. 28.

El Estatuto, siguiendo una larga tradición del derecho penal internacional, reconoce la prioridad de los Estados para el ejercicio de competencia jurisdiccional; sin embargo, de la lectura de cualquiera de los dos proyectos presentados al Parlamento uruguayo se puede interpretar que ambos ceden soberanía nacional<sup>66</sup> frente a la CPI toda vez que “*tratándose de crímenes o delitos cuya jurisdicción sea de la Corte Penal Internacional: a) se solicite la entrega por la Corte Penal Internacional [...]*”.<sup>67</sup> Está claro que el espíritu de la norma pretende reconocer un principio de jurisdicción universal limitado o condicionado (por el cual Uruguay ejercería jurisdicción aun cuando no hubiera una conexión directa con ella, siempre que no mediara una solicitud de entrega de la CPI o de extradición de otro Estado), pero esto no resulta del todo claro de la redacción propuesta en ninguno de los dos proyectos. Por dicho motivo, para evitar malas interpretaciones al momento de la implementación, debería especificarse que Uruguay únicamente cederá jurisdicción a la CPI o a otro Estado cuando los hechos no se hayan realizado (o no hayan provocado efectos) en Uruguay, no hayan sido cometidos por un ciudadano uruguayo ni contra un ciudadano uruguayo, es decir, cuando se trate del ejercicio de la jurisdicción universal propiamente dicha,<sup>68</sup> pero no en caso de actuación jurisdiccional según los principios de territorialidad, defensa y/o personalidad activa o pasiva, salvo que se dieran las condiciones que exigen los artículos 10, 11 y 12 del Código Penal o aquéllas establecidas específicamente en un tratado internacional.

<sup>66</sup> Así se entienda el concepto de soberanía desde un punto de vista funcional como la suma de las competencias y derechos de cada Estado y los organismos comunitarios en caso de que dicho Estado se haya integrado en un espacio comunitario con otros Estados. Véase Milton Cairoli: *La cooperación penal internacional, la asistencia mutua y la extradición*, Montevideo: FCU, 2000, p. 15.

<sup>67</sup> Véase el proyecto, II artículo 4.4, donde también se establece cesión de soberanía ante la solicitud de extradición de un Estado con el que exista Tratado (4.4.b) o frente a un Estado con el que no hay Tratado pero es parte del Estatuto (4.4.c). En mi opinión estas cesiones de soberanía deberían sujetarse a las reglas de los artículos 10, 11 y 12 del Código Penal y demás normas contenidas en los tratados internacionales ratificados por Uruguay. En el artículo 3.2 del proyecto I se dice que Uruguay ejercerá jurisdicción “cuando no se solicite la extradición por Estado competente o la entrega por la Corte”. En todo caso, podría establecerse que “Uruguay ejercerá su jurisdicción siempre que no hubiere procedido a extraditar al sospechoso al Estado requirente o entregado a la CPI”, lo que dejaría en claro tanto la voluntad de cooperación como la prioridad en el ejercicio de jurisdicción, cumpliendo con la regla: “extraditar o juzgar”.

<sup>68</sup> Según entiende Urioste, el principio de universalidad como criterio de atribución de jurisdicción habilita a todos los Estados parte de un tratado internacional a juzgar las infracciones internacionales cuando el Estado del territorio no quiso o no pudo hacerlo. Por ello, si la CPI solicita la entrega de un sospechoso, o un Estado parte u otro solicitan la extradición, estarían cumpliendo con el principio base relativo a los ilícitos contra el derecho de gentes que opera según la regla que obliga a los Estados a conceder la extradición de las personas inculpadas y, si no la concedieran, a juzgarlas y castigarlas (principio *aut dedere aut iudicare*). Véase Urioste: o. cit. Sin embargo, la existencia de un Tratado no es un requisito indispensable para el ejercicio de la jurisdicción universal, que se habilita para cualquier Estado que tenga en su poder al autor de un crimen contra el derecho internacional, aun cuando no se dieran ninguno de los principios reconocidos para ejercer jurisdicción nacional (territorialidad, personalidad activa o pasiva), pues todos los Estados tienen un interés directo en el castigo de los crímenes más graves contra la humanidad. Véase Zuppi: o. cit., pp. 91 y 114.

De no aclararse este aspecto, en el mismo proyecto II se produciría una *contradictio in termini* entre la obligación de ejercer jurisdicción (artículo 2) y la cesión de soberanía (artículo 4.4). Pero además, la posible cesión de soberanía debería vincularse con el supuesto caso de que la CPI interprete (según el artículo 17 del Estatuto) que deba ser activada su competencia en detrimento del juez nacional, y no obligarse en cualquier circunstancia el Uruguay a la entrega de un sospechoso cuando la CPI lo solicitara si no se han dado las condiciones del artículo 17 del Estatuto.<sup>69</sup> Esto debería legislarse especificando que únicamente se acepta que la complementariedad de la CPI se convierta en prioridad cuando se trate del ejercicio de jurisdicción nacional en utilización del principio de universalidad y en el caso concreto en que el fiscal de la CPI estuviera interesado en dicha persecución.<sup>70</sup> De todas formas, frente a un caso complejo con pruebas a diligenciar en el extranjero, que genere costos excesivos a la administración de justicia uruguaya, siempre se puede solicitar colaboración a la CPI o en último término reenviarle el caso.

## 4. Problemas de implementación en relación con los principios fundamentales en los que se asienta el ordenamiento jurídico penal

### 4.1. Problemas con el principio de legalidad

Cuando un instrumento internacional tipifica delitos y penas, generalmente lo hace de forma muy vaga, como para que puedan ser aplicados directamente en los ordenamientos internos de los Estados; por ello, para no lesionar el principio de legalidad, estos instrumentos deben ser implementados en el ordenamiento inter-

<sup>69</sup> Incluso es discutible la legitimidad de esta potestad que ofrece el artículo 17 del Estatuto, que podría ser tildada de arbitraria por cuanto es la propia CPI la que decide respecto al buen o mal funcionamiento de la administración de justicia del Estado que tiene la jurisdicción del caso, sin que se sepa de antemano con base en qué criterios puede determinarse que no existe capacidad de investigación o que una investigación iniciada es “insuficiente”. En similar sentido, Kai Ambos: “Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional Permanente”, p. 7; Antonio Cassese: *International Criminal Law*, p. 16.

<sup>70</sup> Si la CPI tuviera jurisdicción universal, el fiscal podría en cualquier caso intervenir en forma directa, y en ese caso para ceder jurisdicción sería exigible la notificación que según el artículo 19 del Estatuto debe realizar la CPI a todos los Estados parte y a aquellos no parte que puedan estar involucrados, toda vez que el fiscal haya iniciado una investigación de oficio.

no.<sup>71</sup> El principio de legalidad presupone que todo lo que no está prohibido está permitido y descansa sobre la seguridad jurídica, es decir, sobre la posibilidad de calcular de antemano las consecuencias de una acción.<sup>72</sup> El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es un límite formal al poder punitivo del Estado,<sup>73</sup> a la vez que garantiza la igualdad de trato frente a la ley.<sup>74</sup> En el ordenamiento jurídico uruguayo esto surge de los artículos 7 y 10,<sup>75</sup> complementados por los artículos 12, 15 y siguientes de la Constitución,<sup>76</sup> y su relevancia radica en que, para reprochar penalmente un comportamiento, éste debe haber estado claramente descrito en una ley penal (principio de tipicidad),<sup>77</sup> es decir, debe reunir las características de *lex proevia, certa, stricta y scripta*.<sup>78</sup>

Ahora bien, respecto al derecho penal internacional podría decirse que, si bien sigue los mismos principios que el derecho nacional,<sup>79</sup> los acepta e interpreta desde otra perspectiva, ya que es suficiente que la ilicitud de una conducta sea aceptada por

<sup>71</sup> Véase Ambos: "Hacia el establecimiento...", o. cit., p. 5. Además, generalmente los instrumentos internacionales realizan una complicada fusión de los sistemas de *common law* y *civil law*, lo que debe ser compaginado (adaptado) con el ordenamiento interno de cada país. Véase Cassese: *International Criminal Law*, o. cit., p. 18.

<sup>72</sup> Véase Michael Jefferson: *Criminal Law*, Pearson Education, 6.º ed., 2003, p. 3. En la literatura anglosajona se lo divide en tres principios distintos: no retroactividad, máxima certeza y estricta construcción de la ley penal. Véase Andrew Ashworth: *Principles of Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press, 2.º ed., 1997, pp. 67 ss.

<sup>73</sup> Véase Corgatelli-Fernández: *Manual de derecho penal. Parte especial*, tomo I, Montevideo: Idea, 1984, p. 15. Este principio tiene un triple fundamento: a) político-democrático-representativo como expresión de la idea de libertad y del Estado de derecho del que se deriva la exigencia de ley formal y de seguridad jurídica; b) político-criminal como expresión de la esencia o función social de la norma y la sanción penal; y c) como tutela del ciudadano frente al poder del Estado. Véase Rosario De Vicente Martínez: *El principio de legalidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 28.

<sup>74</sup> Véase Francesco Palazzo: "Estado constitucional de derecho y derecho penal", en *Teorías actuales en el derecho penal*, 75.º Aniversario del Código Penal, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 154.

<sup>75</sup> El artículo 10 recoge el llamado *principio de libertad*, que prevé que las acciones privadas de las personas que no sean contrarias al orden público ni perjudiquen a un tercero están exentas de la autoridad de los magistrados. En el inciso segundo prescribe que ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.

<sup>76</sup> La irretroactividad no cuenta con una norma específica, pero la doctrina lo reconduce al artículo 72 de la Constitución. Véase Alberto Ramón Real: *Los principios generales del derecho público (Estados Unidos, Argentina, Francia, Uruguay)*, p. 54, citado por M. del Pilar González: "Relevancia de la ignorancia inevitable en el derecho penal desde el punto de vista constitucional", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1-2, enero-junio 1990, p. 226.

<sup>77</sup> El principio de legalidad ha sido definido en el artículo 1 del Código Penal Tipo iberoamericano: "Un hecho solo puede ser objeto de pena o de otra consecuencia jurídica prevista en este código, si estas han sido previamente establecidas por una ley formal, proveniente de órgano legislativo democráticamente legitimado." Según Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano: *Código Penal Tipo para Iberoamérica*, vol. 1, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 211.

<sup>78</sup> Véase Chaves: o. cit., p. 151 y ss.; Rosario De Vicente Martínez: *El principio de legalidad penal*, pp. 36 ss.

<sup>79</sup> El propio Estatuto ha adoptado el principio de legalidad al exigir la taxatividad y prohibir la analogía y la retroactividad (véanse los artículos 22, 23 y 24 del Estatuto). Se ha dicho que "*independentemente dalla fonte, le prescrizioni giuridiche del diritto penale internazionale devono soddisfare i requisiti dei principi di legalità*", así como que dicho principio "*richiedono, quindi, una definizione chiara e non ambigua della condotta vietata*". Véase M. Cherif Bassiouni: *Le fonti e il contenuto del Diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milán: Giuffrè, 1999, p. 55.



toda la comunidad internacional para la justificación de un castigo, por más que se presenten contradicciones graves con el principio de irretroactividad. En ese sentido también se aceptan la costumbre o las decisiones judiciales como fuente de obligaciones, exigiendo una mayor laxitud en la interpretación de aquellos principios sobre los que se asienta el orden constitucional de una nación perteneciente al mundo jurídico del *civil law*.<sup>80</sup> Así, debe indicarse que el Estatuto, siguiendo la tradición del *common law*, contiene la descripción de crímenes y delitos a los que no corresponde específicamente una pena. Esto se desprende de los artículos 5 a 8, 23, y 77 a 80, que necesitarían de una ley de implementación que asignara a cada una de las figuras delictivas la correspondiente dosimetría penal. Además, el artículo 77 propone penas que no contienen un mínimo; únicamente exige que éstas no superen los 30 años. Es así que, por una exigencia del principio de legalidad de los delitos y las penas, no podría aplicarse en forma directa el Estatuto ni reenviar a estos tipos si no fueran readaptados en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte según las normas específicas para determinar las penas.<sup>81</sup>

En cuanto refiere a los dos proyectos uruguayos, cabe indicar que el proyecto I arrastra todas las imperfecciones de tipificación del Estatuto, ya que se decanta por la técnica de la remisión a las normas de éste,<sup>82</sup> mientras que el proyecto II procede a la tipificación de cada una de las figuras penales, excepto los crímenes de lesa humanidad, donde opta por reenviar al artículo 7 del Estatuto y adjudica una pena genérica de entre 15 y 30 años a todas las modalidades de conducta. De esta forma, es aplicable a ambos proyectos la crítica que se hace al tipo indeterminado del artículo 7.k cuando se refiere a la prohibición de “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten contra la integridad física o la salud mental o física”, que podría significar una lesión al principio de legalidad por considerarse un tipo indeterminado, con los inconvenientes que éstos traen apareja-

<sup>80</sup> Según el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, una conducta puede ser sancionada si ella era punible “según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Véase Kai Ambos: “La construcción de una parte general...”, o. cit., pp. 14 y 18 y s.; ídem: *La parte general...*, o. cit., pp. 41 s.

<sup>81</sup> Véase Paul Hernández Balmaceda: “Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el derecho interno”, en Ambos, Malarino y Woischnik (eds.): *Temas actuales...*, o. cit., p. 159.

<sup>82</sup> Dice el artículo 2 del proyecto (crímenes y penas): “Serán castigados con dos a treinta años de penitenciaría, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra previstos en el artículo 5 del Estatuto, cuya ejecución hubiere tenido lugar o hubiere comenzado después de la entrada en vigor de la presente ley, de conformidad con las descripciones contenidas en los artículos 6 a 8 y lo dispuesto en los artículos 11.1 y 24.1 del Estatuto”.

dos al momento de su interpretación.<sup>83</sup> A su vez, ambos proyectos remiten a la tipificación de los delitos contra la administración de justicia previstos en el artículo 70 del Estatuto (artículo 4 del proyecto I y artículo 27 del proyecto II), trasladando las críticas hechas a éste desde el prisma del principio de proporcionalidad, al aplicar la misma pena a conductas que son de disímil naturaleza y gravedad. En cuanto a los principios generales, mientras el artículo 5 (proyecto I) remite a los principios generales de derecho penal enunciados en los artículos 22 a 33 del Estatuto, en la parte primera del proyecto II (artículos 1 a 15) se establecen los principios generales, entre los que destacan el deber de persecución, la imprescriptibilidad, la improcedencia del asilo, el refugio, las amnistías, los indultos y gracias, la exclusión de la jurisdicción militar y la intervención y reparación de las víctimas. Por lo tanto, es preferible la técnica adoptada por el proyecto II, que tipifica en forma expresa las conductas prohibidas y adjudica la pena correspondiente, por cuanto permite subsanar los defectos del Estatuto en relación con una posible violación del principio de legalidad, hecha la salvedad respecto a los crímenes de guerra, que deberían ser tipificados diferenciando proporcionalmente las penas, y a una reformulación del tipo abierto del artículo 7.k del Estatuto que se reitera en el artículo 18 del proyecto II.

## 4.2. Problemas con el principio de culpabilidad

No pueden caber dudas de que el principio de culpabilidad tiene en el derecho penal de nuestros días una estrecha relación con la concepción de Estado, incluso con el sistema de gobierno y el desempeño de sus instituciones. La culpabilidad se determina siempre y cuando el sujeto haya cometido un hecho delictivo y no por su forma de ser o de conducirse en la vida (salvo en lo que respecta a la reincidencia, resabio del positivismo jurídico que pervive en la mayoría de los códigos penales). Como la culpabilidad se relaciona con la exigibilidad, se debe dejar bien en claro qué es lo que puede el sistema exigir de una persona y hasta dónde ésta puede responder a esa exigencia, cuestión básica que sólo se puede contestar desde el propio sistema de

---

<sup>83</sup> Los tribunales *ad hoc* pueden servir de parámetro para una nueva tipificación, ya que éstos han exigido que el acto o la omisión sea de gravedad similar a otras posibilidades y que haya causado intensos sufrimientos físicos o mentales o daños serios, o haber constituido un ataque de importancia a la dignidad humana. Como ejemplos de otros actos inhumanos se menciona la *experimentación ilegal con seres humanos* y la *agresión violenta*. Véase Kai Ambos: *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004, p. 80.

valores y según los objetivos democráticos de un sistema determinado. En lo que atañe a la imputación subjetiva (culpabilidad), el Estatuto ha reconocido en el artículo 25 la responsabilidad penal individual y en el artículo 30 requiere que los elementos del crimen se realicen con intención y conocimiento.

#### 4.2.1. *Relevancia del error de prohibición*

Ningún sistema penal (tampoco el internacional) puede presumir *ex ante jure et de jures* que la actuación de un sujeto no podría ser motivada en un error directo respecto a la prohibición o un error indirecto respecto a la autorización de su conducta.<sup>84</sup> En ese sentido la norma del artículo 32 del Estatuto, así como sucede con el artículo 24 del CP uruguayo (error sobre el derecho) prohíbe al juez analizar si en el momento del delito se puede comprobar el elemento cognitivo del dolo, el conocimiento o la conciencia de la ilicitud. Esto se traduce en una clara violación del principio de culpabilidad, ya que se da por supuesto (se prohíbe al juez examinar tal punto) que el sujeto ha actuado con conciencia, aun cuando desconociera en forma invencible que su conducta estaba prohibida o que ésta no estaba autorizada por el ordenamiento jurídico. El Estatuto utiliza en el artículo 32 la misma terminología del Código Penal uruguayo (artículos 22 y 24 del CP) para referirse a las circunstancias de actuación en error; incluso llega a la misma conclusión en cuanto a que el error de hecho excluye el dolo, por tratarse de un conocimiento falso o equivocado sobre un objeto o elemento constitutivo del delito, que no permite comprobar la conciencia y la voluntad de realización que exigen tanto el artículo 18 del CP como el artículo 32 del Estatuto. Si bien frente a los crímenes de la magnitud del Estatuto difícilmente pueda hablarse de errores invencibles sobre la antijuridicidad de la conducta, éstos podrían darse sobre algunos supuestos de los crímenes de guerra y la creencia de permisión de determinadas conductas. Por ello, no debería el legislador limitar al juez en la comprobación de los elementos subjetivos de toda acción. De todas formas, a lo que aquí interesa el Estatuto no significa en el tratamiento del error de prohibición ninguna contradicción con el sistema penal uruguayo.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Para que el error tenga relevancia como atenuante o eximente de la responsabilidad, su vencibilidad o invencibilidad debe traslucirse en una falta de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, esto es, debe canalizarse en un error de hecho. Véanse las críticas al artículo 32 del Estatuto en Weigend: o. cit., pp. 1390 ss.

<sup>85</sup> En líneas generales, para el sistema penal uruguayo sólo el error sobre la circunstancia del delito (error sobre el hecho) permite excluir la intencionalidad (aunque puede dejar subsistente el comportamiento descuidado), mientras que la ignorancia del

#### 4.2.2. *Problemas de autoría y participación: de la responsabilidad del superior jerárquico*

La figura tipificada en el artículo 28 del Estatuto no tiene parangón en los ordenamientos nacionales al ser una creación del derecho penal internacional;<sup>86</sup> por ello, en el momento de la implementación podrían producirse problemas de interpretación ante la ausencia de un precepto que castigue esta conducta de los superiores, puesto que cabe la duda sobre si éstos podrían responder en calidad de autores, coautores o cómplices dentro de las formas de la participación o concurso de delinquentes, como se refiere el Código Penal uruguayo en el capítulo II (artículos 59 y ss.).<sup>87</sup> En el sistema uruguayo no habría ningún impedimento sistémico en la equiparación entre el comportamiento comisivo y el omisivo, pues ésta se realiza en el artículo 3 del Código Penal, en cuyo párrafo segundo se indica: “no impedir un

---

carácter antijurídico de la conducta y, por tanto, la actuación en error sobre el derecho nunca eximen de responsabilidad. Así lo especifica el codificador uruguayo, Irureta Goyena. Véase *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, anotado y concordado por Reta-Grezzi, o. cit., pp. 194 s. En la doctrina uruguaya se puede leer opiniones que indican que el error de derecho puede asimilarse a la terminología alemana del error de prohibición (Langón: *Curso de Derecho Penal*, o. cit., p. 327), otras que sostienen que no se trata de una presunción absoluta (Bayardo: o. cit., tomo II, pp. 66 y ss., 84), las que proponen la admisión del error indirecto de prohibición proveniente de la falsa suposición de una situación de justificación, que si fuera invencible excluye la culpabilidad y de ser vencible permite atenuarla (José Petitto: “Admisibilidad del error de prohibición en nuestro derecho”, en *Revista de Ciencias Penales* n.º 2, Montevideo: Carlos Álvarez, 1996, p. 360) hasta quienes proponen la abrogación de dicho artículo 24 del CP por violar el principio de culpabilidad y los artículos 10 y 72 de la Constitución (Chaves: o. cit., p. 150; Milton Cairolí: *El derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, tomo I: “La Ley-El Delito”, Montevideo: FCU, 2.º ed., 2001, p. 317; Gonzalo Fernández: “Acerca del error de Prohibición”, en *Revista de Ciencias Penales*, n.º 1, pp. 320 y ss; María González Stella: “Relevancia de la ignorancia inevitable en el derecho penal desde el punto de vista constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1-2, enero-junio 1990, p. 229; Pablo Galain: “Los delitos económicos: algunos aspectos dogmáticos comunes. La problemática imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Una visión político criminal del sistema uruguayo”, en Dardo Preza: *Delitos económicos*, pp. 116 s. De todas formas, habría que armonizar el artículo 32 del Estatuto con el artículo 24 del CP, ya que el primero admite la exculpación del agente siempre que la actuación en error haga desaparecer el elemento de intencionalidad del crimen, y la norma uruguaya no exige de responsabilidad en ninguna circunstancia, salvo que el error de prohibición que emane de una ley no penal hubiera generado un error de hecho sobre alguna de las circunstancias constitutivas del delito (artículo 24.2 del CP). También en opinión contraria al artículo 24 y la exigencia del conocimiento de la ley como posible violación al principio de culpabilidad, lo que reclama la erradicación de la regla *error iuris nocet*, véase Mariana Malet: *Presunciones en el Código Penal*, Montevideo: FCU, 1995, p. 48.

<sup>86</sup> Véase Kai Ambos: *La Parte General...*, o. cit., p. 296. El Código Penal uruguayo se refiere únicamente a la omisión del juez o funcionario policial en denunciar delitos (artículo 177 CP), en la que el legislador exige u ordena la denuncia de cualquier delito del que hubieran tenido conocimiento, así como la omisión contumaz de los deberes del cargo (artículo 164 CP), que castiga al funcionario público que omita o rehúse ejecutar un acto impuesto por los deberes del cargo. Sin embargo, estos tipos son delitos de omisión propia, que reprochan al superior o al funcionario público el mero hecho de haber desobedecido el mandato de la norma que los obligaba a actuar.

<sup>87</sup> Y me refiero a la calidad de autor del superior jerárquico basada en la figura de la comisión por omisión, que permite asimilar un comportamiento omisivo a uno comisivo, a efectos de reprochar al omiso por el resultado lesivo y no por la simple omisión (omisión propia).

resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo”.<sup>88</sup> Sobre esta base, en interpretación armónica del sistema nacional con las normas internacionales ratificadas por la República, según se desprende del artículo 87 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, se puede entender que el superior se encuentra en posición de garante respecto al comportamiento de sus subordinados, de donde surgiría el deber del jefe militar de impedir los crímenes de sus subordinados.<sup>89</sup>

A su vez, la omisión de actuar del superior, establecida en el orden internacional por los artículos 86.2 y 87 del Protocolo I de 1977,<sup>90</sup> debe ser equiparada a una conducta activa cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación (artículo 3 del CP). Y este juicio de equivalencia, a efectos de no vulnerar el principio de culpabilidad, sólo podría realizarse cuando la intención y el conocimiento de los hechos del superior (dolo) abarquen dicho resultado, al menos como la no evitación de aquello que no se quiso, pero que fue previsto como posible (dolo eventual, artículo 18.2 del CP). El superior puede ser castigado por omisión en su deber de control sobre los subordinados (ausencia de control), como tipifica el artículo 10 del proyecto II, aunque permanezca la duda entre la responsabilidad por omisión y su posible responsabilidad como partícipe (coautor o cómplice) cuando tuviera conocimiento previo de los hechos y, por ejemplo, hubiera prometido encubrir el delito.<sup>91</sup>

Según el ordenamiento uruguayo al superior siempre podrá reprochársele el comportamiento omisivo, pero no podría —como pretende el Estatuto— al mismo tiempo o de forma acumulativa también considerar una responsabilidad en cuanto a

<sup>88</sup> Las interrupciones de este curso causal hipotético se encuentran, al igual que en el Código Penal italiano, en determinadas concausas que pueden ser preexistentes, supervinientes o simultáneas al hecho, cuando las mismas han sido imprevisibles (artículo 4 CP). Sin embargo, como ocurre con los delitos de comisión por omisión, a diferencia de la omisión propia que debe ser claramente establecida, dicha norma no especifica cuándo se tiene la obligación de impedir un resultado; por ello habría que recurrir a la interpretación de la doctrina mayoritaria para delimitar el alcance de la posición de garante.

<sup>89</sup> Por su parte, la conducta de un superior civil, según el ordenamiento jurídico uruguayo sería más complicado de fundamentar ante la carencia de una norma internacional. De todas formas, se puede trasladar a este caso, los aspectos que aquí se mencionan para el superior jerárquico de rango militar, ya que dichos civiles cumplen de hecho funciones de mando.

<sup>90</sup> Según el artículo 86.2 del primer Protocolo Adicional, el detonante de la responsabilidad del superior se encuentra en la circunstancia de estar en conocimiento tal que le permitiera concluir que un subordinado había cometido o estaba por cometer una infracción contra el derecho humanitario, y ante esa evidencia no tomó las medidas pertinentes o no impidió la realización del delito. Sin embargo, el artículo 28 del Estatuto se apartó de la redacción del primer Protocolo Adicional y vinculó la responsabilidad del superior civil al hecho de que “*hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos*”.

<sup>91</sup> Para ser considerado coautor según el sistema uruguayo el superior debió haber cooperado activamente en el momento de la consumación (artículo 61.3), haber inducido a su comisión (artículo 61.1), haber prometido encubrirlo (artículo 61.2) o cooperado en la realización en el momento de la preparación o ejecución, con un acto sin el cual el delito no hubiera podido realizarse (artículo 61.4). Para ser cómplice basta cooperar moral o materialmente con el delito a través de hechos anteriores o simultáneos a la ejecución pero extraños y previos a la ejecución (artículo 62).

su participación como coautor o cómplice.<sup>92</sup> En ese sentido, el proyecto I, que remite al Estatuto, y el artículo 10 del proyecto II trasladan los inconvenientes del artículo 28 del Estatuto al no diferenciar las conductas del superior en cuanto a impedir la comisión de los crímenes y delitos tipificados en los títulos I a III de la parte II por sus subordinados cuando hubiere sabido o debido saber sobre su comisión (omisión de control) y la conducta referida a la represión de los autores (omisión de denunciar). Pero además, sigue estando oscura la diferenciación entre un tipo de omisión propia o impropia, que al derecho internacional parece no importar, pero sí tiene incidencia en el ordenamiento nacional por una cuestión de proporcionalidad entre el injusto, la culpabilidad y la pena.<sup>93</sup> De todas formas, la mayor contradicción la pone de manifiesto Weigend cuando sostiene que la omisión de realizar acciones de salvamento que eran exigidas al superior por el hecho de estar en conocimiento (dolo) o deber conocer (imprudencia) y no impedir el resultado teniendo la posibilidad de hacerlo, provoca una fricción dogmática insalvable entre una comisión imprudente de un delito doloso.<sup>94</sup> Estas contradicciones requieren la tipificación separada de supuestos que tienen distintos requisitos subjetivos (el superior no puede actuar culpablemente sobre un deber de control y al mismo tiempo dolosamente respecto a los crímenes cometidos por sus subordinados), pero además debería considerarse que, según dispone el artículo 25.3.b del Estatuto, la responsabilidad individual del superior debería referirse a la emisión de una orden de cometer delitos (comportamiento activo) y no a una omisión de control como dispone el artículo 28.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> De otra opinión, Ambos: “Un superior que tenga conocimiento de las atrocidades cometidas por sus tropas puede ser tenido por responsable como cómplice (ayudando y encubriendo) por, al menos psicológicamente, alentar y animar a las tropas; el superior también puede ser responsable mediato del mando por no impedir las atrocidades” [...] y si bien esta responsabilidad paralela puede llamar a confusión, “es una consecuencia del reconocimiento de la responsabilidad de mando. La aparente contradicción puede reconciliarse arguyendo una prevalencia de la responsabilidad por hechos sobre la responsabilidad por omisión (principio de subsidiariedad) si las diferentes formas de conducta en cuestión se encuentran temporal y subjetivamente interrelacionadas”. Véase Ambos: *Principios generales...*, o. cit., pp. 47 s. De todas formas el Código Penal Internacional alemán (VStGB) diferenció las distintas conductas del artículo 28 Estatuto y tipificó en los § 13 y 14 los delitos de “infracción del deber de vigilancia” y la “omisión de comunicación de un delito” y en el § 4 la “responsabilidad de los jefes y otros superiores”.

<sup>93</sup> Como entiende Ambos, al superior sólo le puede ser exigido un debido control de sus subordinados mediante la ejecución de las acciones establecidas en el artículo 28 del Estatuto, pero no el impedimento directo del resultado. “El superior no ‘comete’ —en el sentido de un delito de omisión ‘impropia’— los crímenes base ‘por omisión’ de su deber de vigilancia, sino que omite —en el sentido de un delito de omisión ‘propia’— ‘solamente’ la realización de determinados comportamientos debidos, con la consecuencia de que no se impide el resultado delictivo causado por el o los subordinados. De este modo, resulta claro que el quebrantamiento de la norma por el superior tiene otra cualidad que la del autor de un delito de omisión ‘impropia’”. Véase Kai Ambos: *Der Allgemeine Teil eines Völkerstrafrechts*, p. 678; cit. por Ezequiel Malarino: “La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay. Aspectos legales, institucionales, participativos y Plan de Acción”, en Jorge Rolón Luna (comp.), Asunción, 2004, p. 198.

<sup>94</sup> Véase Weigend: o. cit., p. 1397.

<sup>95</sup> Según la doctrina más especializada, esta figura requiere de una mayor concretización y aclaración. Véase Cherif Bassiouni: *Crimes against Humanity...*, o. cit., p. 302. Si partimos de la base de que la ignorancia negligente de un deber de control

### 4.3. Problemas con las eximentes (*defences*)

#### La obediencia al superior

En derecho penal internacional todavía no ha sido aceptada la diferenciación entre causas de justificación (injusto) y causas de inculpabilidad (culpabilidad), que son todas englobadas en la categoría de eximentes o *defences*. El Estatuto ha considerado con especial atención la eximente de la actuación bajo órdenes superiores a sabiendas de que había sido la defensa más utilizada en los juicios de Núremberg.<sup>96</sup> En el artículo 33 del Estatuto se dice que se puede llegar a eximir de responsabilidad a quien haya cumplido órdenes superiores sin conocimiento de la antijuridicidad, siempre que éstas no hubieran sido manifiestamente ilícitas.<sup>97</sup> El Código Penal uruguayo considera la denominada obediencia al superior como una causa de justificación (artículo 29), y exime de responsabilidad a quien ejecuta un acto por obediencia debida.<sup>98</sup> En esa misma línea, el artículo 5 del proyecto I (que no se aparta de la formulación del artículo 33 del Estatuto) admite el cumplimiento de órdenes superiores y disposiciones legales como una eximente o un justificativo de responsabilidad, siempre que el inferior o subordinado: a) *estuviese obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o superior de que se trate*; b) *no supiera que la orden era ilícita*; c) *la orden no fuera manifiestamente ilícita*.

---

inherente al cargo oficial permitió la comisión de atroces crímenes por parte de sus subordinados, significa que nos encontramos frente a una omisión. Ahora bien, entre otros inconvenientes, el artículo 28 del Estatuto parecería también exigir una responsabilidad por negligencia respecto de actos intencionales o dolosos, ya que el superior podría responder por aquellos actos de sus subordinados que le eran desconocidos pero debía conocer, lo cual podría ser incompatible con el principio de culpabilidad. Por ello, Ambos propone la creación de un tipo específico de “falta de supervisión debida”, que tendría una pena más agravada que la omisión intencional del superior de evitar que sus subordinados cometan delitos internacionales. Según este autor, la tarea futura de la jurisprudencia internacional no radica en incrementar la responsabilidad del superior hasta derivar en una especie de responsabilidad objetiva, sino, por el contrario, crear determinados criterios que limiten la amplia responsabilidad tipificada en el artículo 28 del Estatuto. Véase Ambos: “La responsabilidad del superior...”, o. cit., p. 476. De todas formas, cabe aclarar que siempre que pueda probarse en el caso concreto el elemento previsibilidad, cuando era exigible en atención a la función guardar el debido cuidado, no estaríamos en el campo de la responsabilidad objetiva. Lo que habría que delimitar con claridad es la naturaleza de dicha omisión, y en ese sentido, debe considerarse la propuesta de Ambos de crear un tipo de *falta de supervisión debida*.

<sup>96</sup> Véase Ambos: “Hacia el establecimiento...”, o. cit., p. 12.

<sup>97</sup> De esta posibilidad únicamente se exceptúan los crímenes de genocidio o de lesa humanidad, considerados manifiestamente ilícitos. Véase el artículo 33.2 del Estatuto.

<sup>98</sup> Artículo 29. “Obediencia al superior. Está exento de responsabilidad el que ejecuta un acto por obediencia debida. La obediencia se considera tal, cuando reúne las siguientes condiciones: a) Que la orden emane de una autoridad. b) Que dicha autoridad sea competente para darla. c) Que el agente tenga la obligación de cumplirla”. El contrasentido de esta causa de justificación se ha visto aumentado con la adenda del artículo 77 de la ley 17 243 de 20-1-2001 (Ley de Urgencia), agregado al 29 CP, que permite (dentro del cumplimiento de la ley y como causa de justificación) al personal militar que custodia la seguridad externa de establecimientos de detención, recintos militares u organismos del Estado, incluso dar muerte —llegado el caso— a cualquier sujeto que pudiera poner en “peligro” la “seguridad externa”. Véase en posición crítica Pablo Galain: “Informe Uruguay”, en *Revista Penal*, n.º 13, Madrid: La Ley, diciembre 2003, p. 240; de otra opinión, Miguel Langón: *Curso de Derecho Penal*, o. cit., p. 273.

Por el contrario, el proyecto II en el artículo 9 entiende que la obediencia debida no puede convertirse en una causa de justificación; de esta forma, sigue los lineamientos de la normativa internacional.<sup>99</sup> En cuanto al cumplimiento de órdenes superiores, a lo sumo puede llegar a considerarlas una atenuante de responsabilidad,<sup>100</sup> y no, como disponen el Estatuto o el proyecto I, eximir de responsabilidad a quien pretende ampararse en dicha excusa. Así las cosas, al momento de la implementación el artículo 29 del CP debería abandonar el Código Penal para instalarse en un Código Penal Internacional o el Código Penal Militar, como han decidido el legislador alemán<sup>101</sup> y el español,<sup>102</sup> o al menos abandonar el lugar que ocupa entre las causas de justificación e integrar el artículo 46 del CP,<sup>103</sup> es decir, entre las circunstancias atenuantes del grado de la pena, teniendo en cuenta (según exige el propio artículo 29.2 del CP) *la jerarquía administrativa y la cultura del obligado*, así como *la gravedad del atentado*.

<sup>99</sup> Esto ha acontecido de esta manera desde el reconocimiento efectuado por la Carta del Tribunal de Núremberg (artículo 8), por el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 (artículo 5), el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (artículo 7.4) y Ruanda (artículo 6.4), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 2.3), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo 8), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 4), el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de la ONU respecto a las violaciones de derechos humanos producidas en Argentina durante el gobierno militar (UN Doc. CCPR-C-79-Add. 46, 1995, el pronunciamiento de la Corte Interamericana (caso *Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre c/ Perú*, de 14 de marzo de 2001, § 41). Todos citados en el informe de Amnistía Internacional (AMR 52-001-2003) titulado *Memorial de Amnistía Internacional Uruguay sobre el proyecto de Ley donde se establecen procedimientos para la aplicación en el ámbito interno del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, disponible en Internet en [www.amnistiauruguay.org.uy](http://www.amnistiauruguay.org.uy).

<sup>100</sup> Esta atenuante de pena se fundaba en una menor culpabilidad del subordinado que cumplía órdenes superiores, reconducida a un error vencible de prohibición o a una situación de exigibilidad disminuida por miedo o una actuación bajo coacción. Los tribunales de Núremberg, Tokio, la antigua Yugoslavia y Ruanda prescindieron de la fórmula de la manifiesta injusticia de la orden, por lo que la obediencia debida —a lo sumo— podía mitigar la responsabilidad. “Porque al desvincularse la regulación de esta circunstancia del carácter manifiesto del error, desaparecería la posibilidad de considerarlo ‘razonable’, con el consiguiente efecto de exclusión de la antijuridicidad”. Véase Carmen Gómez Rivero: “¿Aun un espacio de la racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Penal*, n.º 14, julio 2004, Madrid, pp. 45 s.

<sup>101</sup> Según el § 3 del Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*), la obediencia debida en el ámbito militar se considera una causa de exclusión de la culpabilidad, toda vez que el autor no conozca la antijuridicidad de la orden, cuando ésta no sea evidente.

<sup>102</sup> Según el artículo 21 del Código Penal Militar español, no será eximente ni atenuante la actuación obediente cuando la orden entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito, principalmente contra la Constitución.

<sup>103</sup> Además de ser criticable su ubicación como causa de justificación cuando parecería tratarse, en todo caso, de una eximente de responsabilidad (causas de impunidad para la terminología del Código Penal uruguayo. Véanse algunas críticas a éstas en Gastón Chaves: “La inexigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad en el Derecho Uruguayo”, en Dardo Preza: *Estudios de la parte especial...*, o. cit., tomo I, pp. 89 y ss.) o a lo sumo de una atenuante, es decir, una condición que si se produce, exime o mitiga el castigo del autor de una conducta delictiva que de ninguna forma podría considerarse justificada, pues no obedece a la defensa de ningún valor de mayor consideración que el simple cumplimiento de órdenes superiores, debe decirse, que la *ratio legis* de esta eximente no se condice con el espíritu liberal de la Constitución de la República. Su ubicación en el sistema uruguayo es rechazable, entre otras razones porque su naturaleza de causa de justificación se extiende hasta donde llega la protección normativa del bien jurídico, que por la mayor importancia de otro bien se permite atacar.



#### 4.4. Problemas con el principio de proporcionalidad

Cualquiera de los proyectos uruguayos que reenvían al artículo 7 del Estatuto podría lesionar el principio de proporcionalidad en cuanto proponen una pena genérica para conductas que son disímiles en cuanto a la dañosidad social. En ese sentido, convendría diferenciar la graduación de las penas según la naturaleza y la gravedad de la conducta prohibida. No puede desconocerse que existen diferencias en cuanto al injusto penal que deben incidir necesariamente en la dosimetría penal, pues no tiene el mismo contenido de desvalor ni causa la misma dañosidad social una conducta de *exterminio* que una de *deportación o traslado forzoso*. Por tanto, a cada modalidad de delito de lesa humanidad debería corresponder un mínimo y un máximo de pena, según criterios relacionados con los fines de ésta que permitan al juez la aplicación de la pena al caso concreto.

#### 4.5. Problemas con las consecuencias jurídicas. La pena de cadena perpetua

El derecho penal internacional tiene un alcance más limitado que el nacional; por ello, sólo puede cumplir una función de protección de los bienes jurídicos más importantes. Si se considera —como lo hace la doctrina actual— que el derecho penal debe cumplir una finalidad determinada, en el ámbito internacional debería ser la protección de aquellos derechos que son fundamentales para toda la humanidad. Desde ese punto de vista podría entenderse que tradicionalmente el castigo impuesto por tribunales internacionales se haya basado en fines retribucionistas,<sup>104</sup> que aceptan la pena de muerte o la cadena perpetua.<sup>105</sup> El Estatuto prevé como pena principal una pena privativa de libertad de hasta treinta años o una pena de cadena perpetua (artículo 77). Sin embargo, en Uruguay no existe la privación de libertad por tiempo ilimitado, expresamente prohibida por la Constitución (artículo 26). En

<sup>104</sup> Véase Hans-Heinrich Jescheck: *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, pp. 191 y s.; cit, por K. Ambos y C. Steiner: “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 12, 2003, p. 205. Como indican Ambos y Steiner, el derecho penal internacional debería cumplir con el propósito de crear una conciencia jurídica universal en el sentido de una prevención general positiva e integradora que llame a la reconciliación, sin renunciar al efecto de prevención general negativo o disuasor. *Ibíd.*, p. 211.

<sup>105</sup> Recientemente Findlay y Henham han propuesto trasladar los principios de la justicia restaurativa desarrollada en el sistema del *common law* al Derecho Penal Internacional, propuesta que considerando el catálogo de conductas que atañen a la CPI parecería falto de sentido o proporcionalidad entre la conducta criminal y la respuesta al mismo. Véase Mark Findlay y Ralph Henham: *International Criminal Justice*, Cullompton: Link Willan, 2004, pp. 314 ss.

el Código Penal (título V, “De las penas”, capítulo I, “De su enumeración y clasificación”) se enumeran en el artículo 66 CP las penas principales,<sup>106</sup> y en el artículo 67 CP las accesorias.<sup>107</sup> En el capítulo II del título V (artículos 68 y ss.) se establecen los límites, naturaleza y efectos de las penas. De allí deriva que la duración máxima de una pena en Uruguay no puede superar los 30 años (artículo 68 del CP), y que ésta se aplica para el delito más grave contra el bien jurídico máspreciado, esto es, para el delito de homicidio muy especialmente agravado (artículo 312 del CP). Además, la Constitución uruguaya en su artículo 26 establece la finalidad de las penas, entre las cuales destaca la prevención especial positiva o resocializadora, la cual no podría realizarse mediante una pena de reclusión perpetua.<sup>108</sup> Por tanto, Uruguay no está obligado a adoptar en su ordenamiento la *cadena perpetua* (artículo 80 del Estatuto), la cual no debe reproducirse en la ley uruguaya de implementación, pero además, en el supuesto caso de que se produjera una solicitud de entrega por parte de la CPI, Uruguay podría exigir como condición la no aplicación de dicha pena.<sup>109</sup> Cabe mencionar que acertadamente ambos proyectos rechazan este tipo de pena.

## 4.6. Problemas con determinados privilegios previstos en la Constitución

### 4.6.1. Inmunidades e inviolabilidades

a. El sistema jurídico uruguayo no admite distinguos entre las personas frente al imperio de la ley (artículo 8 de la Constitución), que obliga a nacionales y extranjeros

<sup>106</sup> Son penas principales: a) penitenciaría; b) prisión; c) inhabilitación absoluta para cargos, oficios públicos y derechos políticos; d) inhabilitación especial para algún cargo u oficio público; e) inhabilitación especial para determinada profesión académica, comercial o industrial; f) multa.

<sup>107</sup> Son penas accesorias: a) inhabilitación absoluta para cargos, oficios públicos, derechos políticos, profesiones académicas, comerciales o industriales; b) suspensión de cargos u oficios públicos o profesiones académicas, comerciales o industriales, la pérdida de la patria potestad y de la capacidad para administrar, en los casos en que, no imponiéndose las sentencias, la ley ordena que otras penas las lleven consigo.

<sup>108</sup> Los criterios de medición de la pena considerados en el artículo 78 indican como parámetros únicamente la gravedad del crimen y las circunstancias personales del autor. A su vez, en el canon 145, capítulo 7, de las Reglas de Procedimiento y Prueba, se exige la ponderación de las atenuantes y agravantes, las circunstancias del condenado y del crimen, junto con la magnitud del daño causado a las víctimas y sus familiares, los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la edad, instrucción, condición social y económica del condenado. Véase al respecto Fernando Velásquez: “La determinación de la pena el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 14, 2004, pp. 196 s. Sobre las reglas de determinación de las penas en el sistema penal uruguayo, véase Pablo Galain: “La relación existente entre el principio de culpabilidad y los fines de la pena”, en Preza: *Estudios de la parte especial...*, o. cit., pp. 246 y ss; Chaves: o. cit., p. 138.

<sup>109</sup> Esa misma condición tendría que imponer Uruguay para el caso de recibir un penado por la CPI que debiera cumplir pena en Uruguay.

(artículo 9 del CP), civiles o militares (artículo 253 de la Constitución) dentro de su jurisdicción. En ese sentido no habría inmunidades personales; sin embargo, hay ciertas inmunidades funcionales y privilegios procesales derivados del derecho constitucional e internacional.<sup>110</sup>

b. Cabe recordar que, según las pautas del artículo 27 del Estatuto, sus normas se aplicarán a todos los individuos sin distinción; sin embargo, la decisión respecto a la entrega de un sospechoso a la CPI generalmente queda en manos del Poder Ejecutivo, y el Poder Judicial es un mero ejecutor de órdenes restrictivas de derechos, pero no de decisión sobre la entrega. En ese sentido podrían producirse complicaciones respecto a las inmunidades de determinadas funciones, como la del presidente de la República o de los parlamentarios en ejercicio del cargo, ya que “las inmunidades y las normas de procedimientos especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”. En ese caso, como indica Malarino, habría que distinguir si la inmunidad se opone: a) a la CPI;<sup>111</sup> b) a un tercer Estado;<sup>112</sup> c) a un tribunal del propio Estado. Por su parte, la doctrina internacionalista, desde Núremberg (artículo 7) hasta los tribunales ad hoc para la antigua Yugoslavia (artículo 7) y Ruanda (artículo 6), ha adoptado el principio de *irrelevancia del cargo*, lo que coadyuvaría a una interpretación abrogatoria de las inmunidades funcionales reconocidas en el ordenamiento nacional frente a la CPI. Debe quedar claro que “desde un punto de vista sustantivo, la responsabilidad penal internacional del individuo no se ve afecta-

<sup>110</sup> Existe inmunidad y un privilegio procesal para los diplomáticos acreditados en la República en los casos previstos por el derecho internacional (artículo 239.1 de la Constitución), militares extranjeros que están de paso en territorio uruguayo previa autorización (artículo 85.11 de la Constitución) y tripulantes de buques públicos extranjeros en aguas jurisdiccionales uruguayas (artículo 9 del Tratado de Montevideo, ley del pabellón), ya que la jurisdicción uruguayo deja paso a la del país al que pertenecen estos sujetos en funciones (artículo 7 del Tratado de Montevideo de 1889). Cabe aclarar que la inmunidad y los privilegios procesales para los diplomáticos extranjeros se rige exclusivamente por las disposiciones del derecho internacional público (derecho diplomático) y se basa en el cumplimiento del cargo o función. Véase el Estatuto de los Agentes Diplomáticos en la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas. La inmunidad y el privilegio de los diplomáticos alcanza la inviolabilidad (personal y de residencia) y la inmunidad (civil y penal). El alcance de la inmunidad tiene como límite la renuncia a dicha inmunidad por parte del Estado al que dicho funcionario pertenece. Véase el artículo 19 de la Convención de La Habana de 1928 sobre Agentes Diplomáticos. También si el agente renuncia a sus inmunidades, autorizado por su gobierno, cae bajo el imperio de los tribunales y leyes del Estado que lo ha recibido. Véase Viera: o. cit., p. 75. Por más que Uruguay carece de normas específicas, también tienen inmunidad los presidentes de Estados extranjeros.

<sup>111</sup> En este caso la ratificación del Estatuto obliga a cooperar con la CPI y a aceptar los compromisos asumidos en cuanto a la jurisdicción de la CPI, por lo que oponer una inmunidad frente a la CPI haría a dicho Estado incurrir en responsabilidad internacional. Véase Ezequiel Malarino: “Reporte final”, en *La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay*, p. 209. En mi opinión, dicha inmunidad no sería relevante frente a la CPI por imperio del artículo 27 Estatuto.

<sup>112</sup> Ante el requerimiento de un tercer Estado, se podrían hacer valer la inmunidad y los privilegios mientras la persona ejerza la función protegida. Véase Malarino: “Reporte final”, o. cit., p. 210.

da por el cargo o posición ostentados por la persona afectada. Y desde un punto de vista adjetivo, las inmunidades de los representantes estatales no constituyen obstáculo para su enjuiciamiento por parte de instituciones judiciales supranacionales”.<sup>113</sup>

Ahora bien, habría que distinguir, si se trata de un ex mandatario, o un mandatario en funciones. En el primer caso, la idea de la inmunidad absoluta es insostenible. En el segundo, la jurisprudencia internacional entiende que la inmunidad sigue operando para los tribunales nacionales y para otros Estados.<sup>114</sup> Sin embargo, el Estatuto ha marcado un nuevo rumbo al impedir que dicha inmunidad pueda ser oponible ante la CPI cuando se dice en el artículo 27.1 que “el presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno [...]”. Es evidente que el cometido de la CPI es evitar la impunidad de aquellos que no pueden (o no quieren) ser juzgados por los propios Estados, sea por impedimentos provenientes del derecho interno o de compromisos internacionalmente adquiridos; por ello dice el artículo 27.2 que “las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

En cuanto atañe al ordenamiento nacional, la Constitución uruguaya sólo ampara con el beneficio de la inmunidad a los parlamentarios por sus dichos en el ejercicio del cargo y al presidente de la República por la comisión de delitos no graves, es decir, aquellos con penas inferiores a dos años de penitenciaría. Esto indica que no sería necesaria una reforma constitucional respecto a los crímenes y delitos competencia de la CPI, frente a los cuales no se podría oponer ninguna inmunidad por motivo de ejercicio del cargo. Y en ese sentido, por una cuestión de política de Estado (no ya de política criminal), no debería defenderse la opción contraria, es decir, la adaptación del Estatuto al instituto de la inmunidad o el privilegio, sino que debería legislarse a favor de la irrelevancia del cargo frente a la CPI, consagrando de esa forma la entrega de cualquier ciudadano uruguayo a la CPI toda vez que no fuera

<sup>113</sup> Véase Ángel Sánchez Legido: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 341.

<sup>114</sup> Véase la sentencia de 12 de febrero del 2003 del Tribunal Supremo Belga contra Ariel Sharon, *Aff. Hijazi S. et crts. c/ Sharon A. et Yaron A*, n.º JC032C1\_1, en *Cour de Cassation*, <<http://www.cass.be-juris>>.

juzgado por los tribunales nacionales. Cabe mencionar que ninguno de los dos proyectos presentados al Parlamento uruguayo toma posición sobre la irrelevancia del cargo frente a la CPI.

#### 4.6.2. *Tratados bilaterales con los Estados Unidos*

Pese a la presión política ejercida por los Estados Unidos,<sup>115</sup> a la fecha Uruguay no ha firmado ningún tratado bilateral que exonere a los ciudadanos norteamericanos de responsabilidad penal por los crímenes y delitos competencia de la CPI.<sup>116</sup>

### 4.7. La entrega de nacionales

El procedimiento por el cual un Estado pone un sospechoso a disposición de la CPI se denomina *entrega*, mientras que, cuando se realiza la entrega a otro Estado, permanece el nombre de *extradición* (artículo 202 del Estatuto). Según el artículo 120, ningún país puede adherirse al Estatuto mediante reservas, esto es, no puede haber limitaciones a las obligaciones que cada Estado contrae con la CPI. En ese sentido, ningún país podrá negar la entrega de un sospechoso con la excusa de que se trata de un nacional y que por mandato de la Constitución se prohíbe la extradición de nacionales, como sucede en países como España, Japón, Alemania o Brasil.<sup>117</sup> De

<sup>115</sup> Véase 106<sup>th</sup> Congress 1<sup>st</sup> Session HR 2381 de 1999, que dictó la *Protection of United States Troops From Foreign Prosecution*, por la cual, los Estados Unidos retiran toda ayuda económica a los países que ratifiquen el Estatuto. Además, la ratificación se considerará un acto de enemistad con los Estados Unidos, y se tilda a la CPI de institución ilegítima e ilegal, por violar los principios de autoridad, soberanía y demás normas de derecho internacional. Disponible en <<http://cndyorks.gn.apc.org-caab-articles-USprotect.htm>>. Se puede consultar también la *American Servicemembers Protection Act of 2000* (ASPA), que declara, entre otras cosas, la inmunidad para los miembros de las fuerzas armadas estadounidenses frente a la CPI y prohíbe la cooperación de Estados Unidos con la CPI. Véase Jorge Pérez Otermin: *Introducción a la Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma*, Montevideo: Amalio Fernández, 2002, pp. 116 y ss.; David Scheffer: "The United States and the International Criminal Court", en *The American Journal of International Law*, enero 1999, vol. 93, n.º 1, pp. 13 s.

<sup>116</sup> Si bien el artículo 98 del Estatuto parecería dejar abierta la posibilidad de firmar convenios de impunidad con algún Estado en particular, cabe decir que dicho artículo se refiere a los convenios ya firmados por los Estados parte; por tanto, los venideros deberían adaptarse al contenido del Estatuto. La ratio de este artículo no sería dejar una puerta abierta para acuerdos de impunidad, sino que el funcionamiento de la CPI no interfiriera con tratados internacionales ya existentes, especialmente respecto a los convenios sobre inmunidades diplomáticas. En ese sentido la potestad que se arroga el propio Poder Ejecutivo uruguayo en el proyecto I, en cuanto a resolver por sí mismo cuestiones de inmunidad según el artículo 98 del Estatuto, debería rechazarse y someterse al control de los otros poderes de la República. Sobre las posibles razones por las que los Estados Unidos no reconocen la jurisdicción de la CPI y han iniciado campaña internacional en su contra, véase Christoph Grammer: "El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del derecho penal internacional. El inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina", en *Temas actuales del derecho penal internacional*, o. cit., pp. 55 ss.

<sup>117</sup> La situación con Brasil, país socio en el Mercosur, es por demás curiosa. Por el Tratado de Extradición de Criminales de Río, de fecha 27-12-1916, Brasil incluyó como obstáculo insuperable la extradición de nacionales, por lo que obligó a Uruguay a recurrir al principio de reciprocidad. Por tanto, el artículo II.b del Tratado dice: "la extradición no será concedida respecto de los nacionales de

todas formas, aquellos países que niegan extraditar nacionales deberán proceder a su juzgamiento en el orden interno, es decir, esta norma no debe conducir a la impunidad del sospechoso.<sup>118</sup> Ahora bien, en el caso uruguayo, ni la Constitución de la República ni el Código Penal<sup>119</sup> se oponen a la extradición de nacionales.<sup>120</sup>

#### 4.8. Problemas con la potestad de otorgar amnistías e indultos

a. El ordenamiento uruguayo reconoce dos formas de extinguir el delito: la amnistía (artículo 108 del CP) y la gracia (artículo 109 del CP). La primera la otorga la Asamblea General por mayoría absoluta de votos, y tiene reconocimiento constitucional;<sup>121</sup> la segunda se otorga en ocasión de la “visita de cárceles y causas” que los ministros de la Suprema Corte de Justicia realizan una vez al año.<sup>122</sup> Preocupó especialmente a la delegación que representó a Uruguay en el Congreso de Roma el tema de la amnistía, el indulto o el perdón que un Estado hubiera otorgado en forma interna, en relación con la actuación futura de la CPI y su posible desconocimiento por una jurisdicción supranacional. En las negociaciones se pretendió agregar en el artículo 17 del Estatuto la palabra *infundadamente*, a efectos que no se pudiera con-

---

cada país, por nacimiento o naturalización obtenida antes del hecho criminal”. Esto obligaría a la formalización de un Tratado del Mercosur sobre Extradición, en vista de que sólo serían extraditables los ciudadanos argentinos, paraguayos y uruguayos, quienes no cuentan con dicha prohibición en sus ordenamientos jurídicos. De la misma opinión, Langón propone tomar como base la Convención Interamericana sobre Extradición de Caracas 25-2-1981 y el Tratado Modelo de las Naciones Unidas de 1991, junto con las características propias de las legislaciones nacionales. Véase Langón: “La extradición...”, o. cit., pp. 110 y 116.

<sup>118</sup> En el caso de Brasil, la ley 6 815 de 28-6-1980 exige que Brasil castigue los delitos cometidos por brasileños en el extranjero. Sin embargo, el Convenio de Dublín de 27 de setiembre de 1996 sobre extradición en el ámbito de la Unión Europea indica en el artículo 7 que la entrega de un *extraditurus* no es una facultad sino una obligación del Estado requerido, siempre que en la jurisdicción extranjera se respeten los derechos humanos y las garantías del debido proceso.

<sup>119</sup> Según el artículo 13 del CP: “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”. Tampoco el artículo 32 del Código del Proceso Penal, que habría derogado por ley posterior al artículo 13 del CP, establece ninguna prohibición respecto a la extradición de nacionales. Se puede consultar el artículo 34 de la ley 17 060 (Anticorrupción) que modificó algunas bases de la extradición para los delitos de soborno y cohecho internacional y blanqueo de dinero —por ejemplo, admitiendo la renuncia al principio de la doble incriminación, a efectos de facilitar los procesos de extradición—. En ese sentido se siguieron los lineamientos generales en la lucha contra la criminalidad organizada (artículo 3 Convenio de Dublín de fecha 27-9-1996).

<sup>120</sup> Uruguay se ha mantenido fiel al principio de no incidencia de la nacionalidad de la persona reclamada, por lo que dicho aspecto no impedirá la sustanciación de un pedido de extradición o de entrega. Véase Vieira y García: o. cit., p. 181.

<sup>121</sup> Artículo 85.14: “A la Asamblea General compete: 14) [...] acordar amnistías en casos extraordinarios, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara”.

<sup>122</sup> Véase el artículo 20 de la ley 15 737 de 8-3-1985: “La gracia que extingue el delito y opera el sobreseimiento de la causa será otorgada por la Suprema Corte de Justicia en acto de visita de cárceles y de causas que efectuará, por lo menos, una vez al año. En dicha oportunidad podrá, asimismo, excarcelar provisionalmente a los procesados cualquiera fuera la naturaleza de la imputación. Ambas facultades se ejercerán de oficio o a petición de parte”.

siderar una falta de voluntad de juzgar o perseguir los crímenes internacionales por parte de las autoridades nacionales cuando una ley de amnistía confirmada por referéndum hubiera brindado impunidad a presuntos criminales contra los derechos humanos.<sup>123</sup> De esta forma, según uno de los miembros de la delegación uruguaya en las negociaciones de Roma, Uruguay defendió “el principio de autodeterminación de la ciudadanía, libremente expresado ya sea a través de sus legítimos representantes, como directamente, en un referéndum con todas las garantías de un Estado de Derecho”.<sup>124</sup>

La situación parecería complicarse desde un punto de vista jurídico penal por el hecho de que algunos de esos delitos se consideran continuados en el tiempo (por ejemplo, la desaparición forzada de personas) y porque tales delitos son imprescriptibles (artículo 29 del Estatuto, artículo 7 del proyecto II).<sup>125</sup> Además, por lo que opina determinado sector de la doctrina, en el Cono Sur la lucha contra un enemigo interno derivó en un verdadero genocidio,<sup>126</sup> y es sabido que ningún sistema interno

---

<sup>123</sup> Según la propuesta uruguaya, el artículo 17 debería decir: “1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto *infundadamente* a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento no pueda realmente hacerlo [...] 2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito *infundado* de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispone en el artículo 5 [...]”.

<sup>124</sup> Véase Pérez Otermin: o. cit., p. 101. Es sabido que Uruguay no ha ejercido su jurisdicción contra presuntos autores de delitos de lesa humanidad, basado en el argumento de que una ley de amnistía (ley 15 848), refrendada por votación popular en referéndum, que ha otorgado un manto de impunidad sobre determinados militares y policías que presuntamente cometieron reiterados delitos de lesa humanidad en la llamada *guerra sucia*, según los lineamientos del plan Cóndor, que coordinó el interés de los Estados Unidos con las dictaduras del Cono Sur y plasmó la *doctrina de la seguridad nacional*. Se puede consultar Cynthia Brown y Robert Goldman: “Challenging Impunity: The ‘Ley de Caducidad’ y Referendum Campaign in Uruguay”, en *Americas Watch*, Nueva York, 1989, donde se explican las especiales circunstancias político-sociales en las que se realizó dicha consulta popular, dominada por el miedo a un posible golpe de Estado militar, que obedecía —según estos autores— más a una campaña mediática que a la voluntad de los viejos *golpistas*. También Emilio García Méndez: *Autoritarismo y control social*, Buenos Aires: Hammurabi, 1987, pp. 245 y ss.; Roberto Bergalli: “El vuelo del Cóndor sobre la cultura jurídica y el sistema político”, en Samuel Blixen: *Operación Cóndor*, Barcelona: Virus, 1998; y, en particular, Gonzalo Fernández: *La elaboración jurídico penal del pasado en el Uruguay*, Instituto Max Planck, en prensa (agradezco al Prof. Jörg Arnold y a Jan Michel Simon por permitirme el acceso a dicho material).

<sup>125</sup> Uruguay no ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad, aunque existe un proyecto de ley en el Parlamento (Comisión de Asuntos Internacionales, carpeta 527 del 2000). Véase José Luis González, o. cit., p. 519.

<sup>126</sup> Véase Stella Calloni: *Los años del lobo. Operación Cóndor*, Buenos Aires: Peña Lillo, 1999, p. 16; cit. por Gonzalo Fernández: o. cit.

podría amnistiar a tales autores sin violar el derecho penal internacional.<sup>127</sup> En ese caso, ante la negativa del gobierno uruguayo a castigar tales conductas delictivas, con base en el argumento de la existencia de impedimento legal, bien podría pensarse que un órgano internacional como la CPI podría intervenir en uso de la jurisdicción complementaria. Sin embargo, en respeto de uno de los principios básicos del derecho penal, el artículo 11 del Estatuto establece claramente que “la Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”; así como el artículo 24 dice: “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”.<sup>128</sup>

De todas formas, si bien los autores de crímenes de lesa humanidad durante el período dictatorial no podrían ser juzgados por la CPI, ello no los exime de responder frente a cualquier otro Estado que reclamara su juzgamiento sobre la base del principio de legalidad internacional<sup>129</sup> y de jurisdicción universal.<sup>130</sup> Y esta potestad de los Estados de combatir la impunidad ejerciendo jurisdicción universal debe ser mantenida (con limitaciones o condiciones, como hacen los proyectos uruguayos) aun con posterioridad al Estatuto y la constitución de la CPI. A efectos de avalar esta afirmación, valga como ejemplo el caso de Augusto Pinochet,<sup>131</sup> que ha restringido

<sup>127</sup> Principalmente me refiero al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que debería ser compatibilizado con el artículo 6.5 del segundo Protocolo adicional de las Convenciones de Ginebra que permite aplicar leyes de amnistía una vez terminadas las hostilidades con el objetivo de la reconciliación nacional.

<sup>128</sup> También en el orden internacional la irretroactividad de la ley penal se vuelve imperiosa cuando la nueva ley no es favorable al reo.

<sup>129</sup> Si consideramos el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de fecha 19 de diciembre de 1966, allí se estableció que los principios internacionales tendrían predominio sobre el derecho interno en todo caso que implique a una posible responsabilidad internacional. A partir de este pacto internacional nace un principio de legalidad internacional que establece que, aunque los hechos no fueran delictivos en el lugar de comisión —por ejemplo, el caso de Uruguay y el delito de tortura—, son igualmente perseguibles internacionalmente si al momento de su comisión dicha figura existiera como un delito contra la humanidad, o reconocido por la comunidad internacional. Por tanto, bastará con que un delito sea reconocido como tal por la comunidad internacional, aunque no lo sea en el orden interno, para que pueda ser perseguido por cualquier Estado. Obviamente, de encontrarse el presunto delincuente en territorio nacional, nuevamente se debería solicitar su entrega, a través del procedimiento de extradición, con todas las limitaciones que ello apareja para que dicha entrega se haga efectiva.

<sup>130</sup> En aplicación de la jurisdicción universal en casos de crímenes contra el derecho internacional, ha dicho Zuppi: “si la existencia de tal jurisdicción ha sido probada, una amnistía unilateral nunca podrá ser oponible al Estado que quiera ejercitar su competencia” (o. cit., p. 114).

<sup>131</sup> Aquí el problema se planteó entre la validez de la cosa juzgada otorgada por leyes de impunidad, amnistía o indulto y el principio de justicia universal. La justicia universal actuaría cuando los intereses internacionales no se vean protegidos en el país donde se ha delinquido, o cuando dicho país renuncia a perseguirlos. En definitiva, dicho principio pretende “evitar la impunidad de estos delitos al amparo de normas internas y por eso, puede prevalecer sobre ellas”. Véase con mayores detalles Mercedes García Arán: “Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet”, en García Arán y López Garrido (coords.): o. cit., p. 85. Los organismos



los viajes al extranjero de los violadores de derechos humanos, quienes sólo encuentran refugio, paradójicamente, en el territorio en el cual cometieron o avalaron los crímenes por los que no han respondido judicialmente.<sup>132</sup>

Ahora bien, volviendo al tema de las potestades de la Asamblea General para otorgar amnistías y de la Suprema Corte de Justicia para otorgar la gracia, con el objetivo de evitar cualquier tipo de controversias futuras, soy de la opinión de que al momento de la implementación debería introducirse un artículo que indicara que no podrán ser otorgadas amnistías ni tampoco podrán recibir la gracia aquellos autores de los crímenes y delitos internacionales competencia de la CPI.

b. Con fecha 1.º de setiembre de 2004 el Poder Ejecutivo presentó al Parlamento el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, suscrito en Nueva York el 30 de junio de 2004, a efectos de que la CPI goce en el territorio nacional de los privilegios e inmunidades que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones.<sup>133</sup> El Parlamento todavía no lo ha convertido en ley nacional, si bien se presume que lo sancionará en forma conjunta con la futura ley de implementación.

---

internacionales, como la ONU (CCPR-C-79-Add. 46) y la OEA (OEA-Ser. L-V-II.82-Doc. 28-92) se han pronunciado contra la validez de la ley de amnistía argentina; y la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados de 23 mayo de 1969, ratificada por Uruguay, dispone que las partes contratantes “no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificante del incumplimiento de un Tratado”. En el fondo se habla de la colisión de una decisión legislativa (ley de amnistía) con normas internacionales, o con el ordenamiento de otro país que se declara competente con base en dichas normas internacionales. Véase García Arán: o. cit., p. 86. En el caso uruguayo los militares y policías no fueron juzgados, por lo que no pueden haber sido indultados; fueron amparados por leyes de amnistía que impidieron al Poder Judicial nacional ejercer jurisdicción.

<sup>132</sup> La paradoja se explica por una cuestión de encontrar una *solución política* antes que *jurídica* de un grave problema sufrido por una sociedad determinada que necesita dar por culminado un período de insurrección o de graves perturbaciones. La amnistía ha sido la figura tradicionalmente utilizada para la solución de graves conflictos sociales en la historia del Uruguay, y se ha dicho que “la adhesión entusiasta con que se recibió en todas las ocasiones, prueban suficientemente que responde a una faceta de nuestra psicología nacional”. Véase sobre el tema Juan Pivel Devoto y Alcira Ranieri: *La amnistía en la tradición nacional*, Montevideo: Por la Patria, 1985, p. 328. Me permito discrepar con el extinto historiador uruguayo en cuanto a esta expresión en lo que refiere a la aprobación popular respecto al período posterior a la dictadura de 1973-1984 y a la amnistía para militares y policías involucrados en la llamada *guerra sucia*, pues generalmente los pueblos aceptan “olvidar” a cambio de conocer la verdad de los hechos, y en ese sentido militares y policías no se han “ganado” el perdón de los ciudadanos uruguayos, pues no han hecho más que entorpecer la búsqueda de la verdad. Por ello, a pesar de la amnistía y de la actuación de la Comisión para la Paz (creada por resolución presidencial n.º 858-2000 y disuelta por resolución n.º 448-2003), todavía no puede hablarse en Uruguay de perdón ni olvido, sino simplemente de impunidad.

<sup>133</sup> Dicho proyecto de ley cuenta con un artículo único: “Apruébase el ‘Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional’, adoptado en la Asamblea de los Estados Partes realizada en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 9 de setiembre de 2002 y suscrito por el Gobierno de la República el 30 de junio de 2004”.

## 4.9. Problemas relacionados con la parte especial

El proyecto II propone la tipificación de una serie de crímenes que, si bien pueden parecer oportunos desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos, desde la óptica de las víctimas potenciales merecen reparos desde el punto de vista del derecho penal. Así, en el artículo 24 se considera que un acto aislado de agresión sexual de cualquier índole contra una persona detenida —por ejemplo, en una dependencia policial— es un delito de lesa humanidad imprescriptible y con una penalidad que oscila entre dos y quince años.<sup>134</sup> Al parecer no se ha tenido en cuenta que la principal característica de los delitos contra la humanidad es la reiteración, que proviene de una conducta que se practica en forma sistemática y a gran escala, o que al menos se trate de una política de Estado o de prácticas toleradas por éste,<sup>135</sup> condonadas o consentidas por un gobierno o autoridad de facto.<sup>136</sup> Que esta característica es un ingrediente necesario del elemento objetivo de los crímenes se puede deducir de las primeras provisiones que precisan una lista de crímenes contra humanidad;<sup>137</sup> de allí la dañosidad social que justifica su consideración de delito internacional y legitima la imprescriptibilidad de su persecución.

Un homicidio o una violación de una persona detenida, si bien constituyen gravísimos delitos contra los derechos humanos (o, según las circunstancias, crímenes de guerra), no pueden ser considerados crímenes de lesa humanidad si no forman parte de las características objetivas arriba mencionadas.<sup>138</sup> En todo caso, el genoci-

<sup>134</sup> Según Ferencz: “[...] los delitos contra la humanidad no representan incidentes aislados sino acciones de envergadura y sistemáticas, generalmente llevadas a cabo por autoridades oficiales que, por la dimensión de su brutalidad, convocan a la comunidad internacional al agredir y verse peligrar la conciencia humanitaria”. EPIL, instalment 1, 1992, at 869 y 870; cit. por Ambos: “Hacia el establecimiento...”, o. cit., p. 31. También Mario Madrid-Malo: “Un crimen de lesa humanidad: la desaparición forzada”, en *Nova Et Vetera. Boletín del Instituto de Derechos Humanos Guillermo Cano*, n.º 24 enero-marzo 1997, p. 27.

<sup>135</sup> “Le crime contre l’humanité est le plus souvent commis par un État au nom d’une politique, c’est-à-dire d’une action collective organisée répondant à des objectifs précis [...] mais il peut aussi être perpétré par une organisation non étatique [...]”. Véase Antoine Garapon, o. cit., p. 145.

<sup>136</sup> Dice Cassese (o. cit., p. 64) que un sólo acto no alcanza para ser considerado crimen contra la humanidad si no forma parte de un plan global o de una concatenación de actos similares. En sus palabras: “Clearly, it is required that a single crime be an instance of a repetition of similar crimes or be part of a string of such crimes (widespread practice), or that it be the manifestation of a policy or a plan drawn up, or inspired by, State authorities or by the leading officials of a de facto state-like organization, or of an organized political group (systematic practice)”.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>138</sup> De la misma opinión, Cassese (*ibidem*, p. 66), quien agrega que desde un punto de vista subjetivo “the agent must be cognisant of the link between his misconduct and a policy or systematic practice” (*ibidem*, pp. 81 s.). Por tanto, se exige que el autor tenga conciencia de que su conducta forma parte de un plan de acción general, sin que sea relevante que actúe por motivos racistas o similares.

dio y el crimen de agresión podrían consumarse con acciones aisladas o con un solo acto que cumpla con los requisitos del tipo objetivo y del tipo subjetivo (dolo específico de intención que contiene la intención de destruir en todo o en parte un grupo particular), aunque de la redacción del artículo 6 del Estatuto no parece que pudiera consumarse un genocidio con una sola víctima.<sup>139</sup> Así las cosas los actos aislados que no se realicen dentro de un plan sistemático no pueden ser crímenes de lesa humanidad, pero además, muchas de estas conductas (con excepción de la tortura, cuya tipificación se propone en el proyecto II) ya son abarcadas por las figuras de los delitos comunes existentes en el Código Penal uruguayo. En ese sentido, debería rechazarse la propuesta del proyecto II de incluir determinados actos aislados como si fueran delitos de lesa humanidad, por no reunir las características propias de éstos y por el hecho de que ya encuentran cobijo en el orden penal nacional.

Por otra parte el proyecto II propone la tipificación del genocidio cultural (la eliminación de la lengua o la cultura de un grupo determinado)<sup>140</sup> y el genocidio político (por ejemplo, el asesinato de miembros del Partido Comunista uruguayo con el objetivo de hacerlo desaparecer como tal),<sup>141</sup> figuras ambas omitidas expresamente por la Convención sobre Genocidio de 1948 y el Estatuto.<sup>142</sup> La tipificación de estas

<sup>139</sup> Si tomáramos el ejemplo del homicidio, la frontera entre el genocidio y el crimen de lesa humanidad no viene dada por el elemento subjetivo de la intención de matar, sino por la especial intención de destruir total o parcialmente a un grupo determinado (genocidio) y, en el caso del crimen de lesa humanidad, de tener conciencia de que dicho acto se realiza dentro de un plan de acción sistemático o general. Véase Cassese: o. cit., pp. 106 s. El Código Penal español acepta en el artículo 607.1 la posibilidad de cometer genocidio ante el homicidio de una persona si ésta se realiza con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso; sin embargo, el Código Penal alemán se refiere en el § 220.a.1.1 a quien con intención de destruir entera o parcialmente un determinado grupo nacional, racial, religioso o étnico “mate a miembros del grupo”.

<sup>140</sup> Según el informe realizado en 1985 sobre la “Prevención y Sanción del Genocidio” por Benjamin Whitaker (relator especial designado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, órgano integrante de la ONU), puede entenderse por genocidio cultural: “todo acto premeditado cometido con la intención de destruir el idioma, la religión o la cultura de un grupo nacional, racial o religioso por razón del origen nacional o racial o de las creencias religiosas de sus miembros, actos tales como: 1) la prohibición de emplear el idioma del grupo en las relaciones cotidianas o en las escuelas o la prohibición de imprimir o de difundir publicaciones redactadas en el idioma del grupo; 2) la destrucción de las bibliotecas, los museos, las escuelas, los monumentos históricos, los lugares de culto u otras instituciones y de los objetos culturales del grupo o la prohibición de usarlos”. Véase <http://www.ugab.org.ar/Generacion3/gcultural.htm>. Un miembro de la Unesco se refiere a dicha figura tras la invasión de los Estados Unidos en Irak. Véase Fernando Báez: “Nuevo paradigma científico y movimiento alternativo. El ‘genocidio’ cultural en Iraq: un millón de libros destruidos”, en *Memoria*, n.º 191, enero 2005, <http://www.memoria.com.mx/191/baez.htm>; ambos sitios visitados el 6 de junio de 2005.

<sup>141</sup> También denominado *politicidio* y entendido como la combinación de actos de criminalidad, persecución y hostigamiento tendientes a provocar la eliminación total o parcial de un grupo opositor. Véase Equipo Nizkor: “El genocidio político”, <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cepeda6.html>, visitada el 6 de junio de 2005.

<sup>142</sup> Si bien el Estatuto obvió la inclusión del genocidio político, en el inciso h del artículo 7 incluyó como crimen de lesa humanidad “la persecución de un grupo o de una colectividad con identidad fundada en motivos políticos”, lo cual se ha interpretado como un reconocimiento de que existe una conducta que pretende el exterminio de grupos por razones políticas o ideológicas que debe ser reprimida. Véase Carlos Rodríguez Mejía e Inés Uprimny: “Los Estados frente a la Corte Penal Internacional, Implicaciones y Efectos”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 10, Bogotá, mayo de 1999, p. 35; cit. por Jaime

figuras dependerá de una mera cuestión de conveniencia política criminal, pero —a diferencia de la propuesta de tipificación relacionada con los crímenes de lesa humanidad— no existirían razones jurídicas o éticas para que cualquier intento de exterminio de una colectividad que disienta con las ideas políticas del gobierno pudiera ser considerado un crimen de genocidio. Sin embargo, mayores dudas me crea la figura del genocidio cultural en relación con la definición y el momento consumativo de la conducta típica. Sobre la consideración que hace el proyecto II en su artículo 26 de delitos de guerra cuando se trate de conflictos internos sirve de sustento el artículo 3 de la Convención de Ginebra y el II Protocolo adicional, por lo que no corresponde ninguna crítica al respecto.

#### **4.10. ¿Existieron decisiones jurisprudenciales previas o sucesivas que analizan la compatibilidad del Estatuto con el orden interno?**

Hasta el presente no se han producido sentencias judiciales que tuvieran que dirimir algún tipo de incompatibilidad normativa.

## **5. Cumplimiento de sentencias de la Corte e incompatibilidades con el sistema de ejecución de la pena nacional**

La CPI no tiene potestad para ejecutar sus propias decisiones; para tal cometido necesita de la voluntad de los Estados parte. Tratándose el Uruguay de un país con graves carencias en cuanto a la ejecución de sentencias penales (superpoblación de las cárceles, inexistencia de un juez de vigilancia de la ejecución, etcétera), siguiendo un criterio realista (que no debe interpretarse como falta de colaboración), el proyecto I en su artículo 22 y el proyecto II en el artículo 71 limitan la ejecución de sentencias de la CPI en Uruguay a aquellas que impliquen el cumplimiento de una pena por un

---

Sandoval: “La incorporación de la Corte Penal Internacional. Análisis frente a la legislación Colombiana”, en *Nueva Jurídica*, Bogotá, 2003, p. 84.

condenado que sea ciudadano natural o legal uruguayo.<sup>143</sup> Con buen criterio, el proyecto II en el artículo 71.1.b, a diferencia del proyecto I, exige como condición que la pena a ser ejecutada no supere la barrera punitiva de los 30 años, máximo previsto por la legislación penal uruguaya.<sup>144</sup>

## 6. Conclusión

a. Es opinión dominante en Uruguay que no corresponde una reforma constitucional para la implementación del Estatuto. Sin embargo, a mi juicio, pese a que Uruguay no tendría que realizar una específica reforma constitucional para la implementación del Estatuto en tanto no existe una oposición entre éste y la Constitución nacional, habría que modificar la potestad de la Asamblea General de otorgar amnistías, especificando que tal beneficio no comprende a quienes hayan cometido cualquiera de los crímenes competencia de la CPI. Además, como se ha dicho, Uruguay debe modificar el criterio con el que acepta la introducción al sistema nacional de los tratados internacionales que protegen derechos humanos, para otorgarles rango constitucional o al menos supralegal. Ahora bien, considerando que la Constitución uruguaya es de constitución rígida —con las consiguientes dificultades para su modificación—, la decisión de reformar la Carta Magna debería ser definida como una cuestión de oportunidad, en vista de las dificultades que plantea el sistema jurídico uruguayo para llevar a cabo dicha tarea. Por tanto, es una decisión que pasa por el ámbito político y no jurídico.

<sup>143</sup> Además, ambos proyectos disponen que, en aras de la celeridad, la autoridad judicial competente dará cumplimiento de la pena sin modificación de su alcance y sin procedimiento de *exequatur* a las órdenes de reparación, multa o decomiso. Sin embargo, creo que se debería exigir como condición, en este mismo artículo, que la pena a ser ejecutada no supere la barrera de los 30 años, máximo punitivo previsto por la legislación penal uruguaya.

<sup>144</sup> Esta crítica la habíamos realizado en el coloquio internacional *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma*, realizado en Hotel Fiesta Inn Centro Histórico, Ciudad de México, del 4 a 6 abril de 2005, en ocasión de la reunión del Grupo de Estudios sobre la CPI que coordinan Jan Woischnick y la Fundación Konrad Adenauer. Véase Pablo Galain: "Informe preliminar sobre dificultades de implementación del Estatuto de Roma", p. 37.

- b. En cuanto a limitar o condicionar el ejercicio de competencia en utilización del principio de justicia universal, con acierto, ambos proyectos de ley ceden la jurisdicción nacional a la CPI (artículo 3.2 del proyecto I) cuando se trata de hechos cometidos fuera del territorio uruguayo o sin conexión alguna con la República (artículo 4.2 del proyecto II).<sup>145</sup> Obviamente, esta cesión de competencia se realiza a sabiendas y admitiendo que la CPI pueda llegar a aplicar un procedimiento contra determinados sujetos que gocen de inmunidad en el ámbito nacional, que no ofrezca la posibilidad de la gracia o la amnistía, que admita la eximente de la obediencia debida (prohibida por el artículo 9 del proyecto II), que aplique delitos formulados con escasa precisión (artículo 7.*k* del Estatuto) que pudieran lesionar el principio de legalidad o culpabilidad, o que pudiera aplicar penas inconstitucionales desde el parámetro del orden jurídico nacional (artículo 77.*b* del Estatuto). Empero, en mi opinión éste es el único modo en que pueden evitarse futuros problemas de ejercicio de jurisdicción entre la CPI y los Estados que pretenden competencia en uso del principio de justicia universal.<sup>146</sup>
- c. Lamentablemente, las víctimas particulares no pueden acudir directamente a la CPI sino que dependen de la voluntad del Estado al que pertenecen. Ahora bien, considerando que el Estado tendría el deber de ejercer jurisdicción, como bien surge del proyecto II (artículo 13), deben potenciarse las instancias procesales en las que la víctima pueda hacer valer sus derechos frente a la libre disposición del fiscal de archivar la causa penal, como sucede en el sistema procesal penal uruguayo.<sup>147</sup>
- d. Según dispone el artículo 123, a los siete años de su aprobación se procederá a una revisión del Estatuto. Es de esperar entonces que las posibles modificaciones que pudieran plantearse no se transformen en nuevas restricciones a la jurisdicción del

<sup>145</sup> En el artículo 4.3 del proyecto II se establece: “Verificada la situación prevista en el párrafo precedente: si se trata de un crimen o delito cuyo juzgamiento sea jurisdicción de la Corte Penal Internacional [...]”. Sin embargo, la CPI carece de jurisdicción universal automática (salvo cuando es el Consejo de Seguridad de la ONU quien activa su competencia): ésta depende del sometimiento voluntario de los Estados. Ello indica que, para que la jurisdicción nacional pueda aplicarse en forma supletoria a la CPI cuando los hechos no hayan sido cometidos en territorio uruguayo o con conexión con él (nacionalidad del autor o de la víctima), deben de haberse ocasionado en jurisdicción de un Estado parte; de lo contrario, debería regir el principio de universalidad, como ha previsto el proyecto II en el artículo 4 aceptando la posibilidad de entrega del sospechoso a la CPI.

<sup>146</sup> Así, en las situaciones en que la norma nacional sea más protectora de los derechos humanos y de las garantías del debido proceso que el Estatuto, en caso de falta de reconocimiento internacional (de los Estados parte) de las modificaciones realizadas en la ley de implementación uruguayo, deberá la República cuestionar el caso concreto por medio de la denuncia de la situación de anormalidad o cooperar con la CPI según determinadas condiciones, como sucede hoy día con el instituto de la extradición.

<sup>147</sup> A su vez, el Estatuto de Roma se decanta por la reparación del daño como una cuestión de sumo interés a la hora de resolver el conflicto causado por el delito, y en ese sentido el artículo 79 determina que los montos recibidos a título de multa o decomiso puedan ser transferidos a un fondo fiduciario que se establecerá en beneficio de las víctimas y sus familias. Este mismo principio es recogido por el artículo 14 del proyecto II.

Estatuto, sino, por el contrario, procedan a la adopción sin condiciones de la jurisdicción universal, la creación de una policía judicial autónoma<sup>148</sup> y la tipificación del delito de agresión. Para finalizar, quiero resaltar que, mientras la CPI no tenga jurisdicción universal, su eficacia dependerá del número de adhesiones al Estatuto de Roma que posteriormente no se anulen con la firma de tratados bilaterales de inmunidad entre Estados parte y los Estados Unidos (o cualquier otro país contrario a la existencia de un tribunal internacional que pueda impartir justicia penal). En la tarea de lograr que la CPI sirva para algo más que una declaración *buenas intenciones* estamos todos implicados, en particular los juristas.

---

<sup>148</sup> Así lo exigen Cassese y Delmas-Marty: o. cit., p. 257.