

RICARDO S. FAVAROTTO

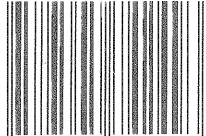
JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

RICARDO S. FAVAROTTO

JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL



ISBN 978-950-574-249-3



9 789505 742493



EDIAR

SEGUNDA PARTE
LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL,
SEGUN EL ESTATUTO DE ROMA

CAPÍTULO VI
PRINCIPALES PILARES JURIDICOS
DEL ESTATUTO DE ROMA

En una sintética visión de conjunto de los contenidos normativos del ER¹, es necesario advertir –en forma liminar– que el mismo ha sido el producto de una mixtura jurídica y política, donde se procuró plasmar las coincidencias básicas, es decir, los comunes denominadores más elementales, que fueron emergiendo tras una ardua negociación entre los representantes de países de las más divergentes culturas jurídicas e intereses políticos. En palabras de Enrique Bacigalupo, “la aplicación del Derecho penal internacional presupone la existencia de un ‘diálogo de culturas jurídico-penales’ basado en la comparación de soluciones... Una actitud etnocentrista podría afectar a la idea de un Derecho penal democrático. El concepto de delito del Derecho penal internacio-

¹ El ER consta de un Preámbulo, donde se enuncian los criterios generales que lo informan, y 128 artículos, divididos en trece secciones asistemáticamente desarrolladas, sin un orden lógico-objetivo; a saber: a) del establecimiento de la CPI; b) de la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable; c) de los principios generales del derecho penal; d) de la composición y administración de la CPI; e) de la investigación y el enjuiciamiento; f) del juicio; g) de las penas; h) de la apelación y la revisión; i) de la cooperación internacional y la asistencia judicial; j) de la ejecución de la pena; k) de la Asamblea de Estados Partes (AEP); l) de la financiación; y m) cláusulas finales.

nal que se deduce del Estatuto de Roma es ya una consecuencia del diálogo de culturas jurídicas representadas por los Estados que adhieren al mismo. No se ha codificado un único modelo de reglas. Este se puede comprobar analizando el Estatuto desde la perspectiva del Derecho penal europeo².

Paradójicamente, sus propias debilidades jurídicas son la consecuencia directa de su grandeza, es decir, de su heterogeneidad cultural y de su pluralismo ideológico; en suma, de la ausencia de un modelo hegemónico en correlato con un poder omnímodo.

Así, pues, comienzo relativizando expectativas infundadas, a la vez que, sosteniendo que no se trata de una obra de la que sea posible realzar su sistematicidad, su armonía, ni su coherencia dogmática, sino antes bien ponderar la favorable predisposición de sus realizadores para hacer recíprocas concesiones que fuesen capaces de destrabar conflictos, de otro modo, insuperables. El logro inicial, en sí, es que se haya aprobado; aun con las notorias asimetrías que separan a tirios y troyanos, pues basta con pensar en las muchas veces contrastantes perspectivas de naciones adscriptas al sistema angloamericano del *common law*, respecto de otras enraizadas en el derecho continentaleuropeo del *civil law*, y qué decir entonces de las tradiciones jurídicas de los países que conforman la Liga Árabe, por sólo citar algunos ejemplos de la fusión producida.

En lo que aquí interesa destacar, el ER constituye no sólo el resultado normativo (imperfecto, pero fecundo) del diálogo cultural y político entre las naciones, en una verdadera muestra de tolerancia y respeto por las diversidades, sino también (y sobre todo) el soporte jurídico de la CPI; a saber: a) positivizando la identidad legal, el fundamento y los límites de su poder jurisdiccional y la integración de ésta; b) asimismo contiene una serie de principios básicos de derecho penal general; c) para tipificar, luego, con algunas defecciones, los ilícitos que son materia de su competencia; d) además, prevé normas de derecho procesal pe-

² Cfr. *Hacia el nuevo Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 578-579.

nal; e) y, por último, el catálogo sancionatorio y las reglas relativas a la ejecución penal.

1. Estructura institucional de la CPI

La CPI es una institución permanente con personalidad jurídica internacional (art. 1), que mediante un sistema de jurisdicción supletoria (art. 17), tiene por objetivo establecer responsabilidades penales individuales (arts. 25 y 28), en orden a los crímenes de su específica competencia (arts. 5 y 6/8). Así, marca nítidas disparidades tanto con la Corte Internacional de Justicia (CIJ), que es el superior órgano judicial de Naciones Unidas (al que se refiere la Declaración de San Francisco en su Cap. XIV, arts. 92 a 96), y cuya jurisdicción se extiende a todos los litigios que los Estados le sometan y a los demás asuntos previstos en la Carta de la ONU, o en tratados y convenciones vigentes; cuanto con la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CIDH y TEDH, en ese orden), pues la primera, al igual que los segundos, sólo responsabiliza a los Estados Partes, no a las personas, con lo cual el ER dio un paso cualitativo en línea con aquel fragmento de la sentencia de Nuremberg que proclamaba que "Los crímenes en contra del derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo al castigar a las personas que cometen estos crímenes se pueden hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional"³.

Asimismo, debe puntualizarse que la jurisdicción de la CPI no está limitada geográfica ni temporalmente, como sí lo estuvo la del TPIY y la del TPIR; por lo tanto, a partir de la efectiva entrada en vigencia del ER, el 1º de julio de 2002⁴, rige universalmente su competencia.

³ De la sentencia del juicio de Nuremberg, del 30 de septiembre y 1º de octubre de 1946, vol. XXII, p. 466.

⁴ Ello así pues, según el art. 126, el ER cobraría vigencia "el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Srío. Gral. de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aprobación o adhesión", lo que, finalmente, se produjo el 11 de abril de 2002.

Además, mientras que los tribunales *ad hoc* tenían jurisdicción preferente sobre cualquier otra que se les pretendiera superponer, a raíz de los mismos hechos, en el ER se consagra, como regla, el principio de territorialidad, o sea, se concede prioridad a la jurisdicción territorial del Estado donde se cometiera el ilícito, salvo que éste no quiera (por actitudes incompatibles con la intención de hacer comparecer al justiciable, tales como: si hay propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal; si hay demora injustificada en el inicio del juicio; o bien si en la sustanciación del proceso se advierte que no hubo independencia o imparcialidad del juzgador), o no pueda (si se establece que, en el caso, existe incapacidad para administrar justicia) someter a investigación y juzgamiento a una persona por su responsabilidad penal por los crímenes previstos en el tratado (art. 17).

Por consiguiente, la jurisdicción de la CPI no es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, como –por error– se hace constar en el propio Preámbulo del ER, sino supletoria, habida cuenta que le corresponde, en origen, a los propios Estados el juzgamiento de estos crímenes, acorde al criterio rector del *loci comissi delicti*, y sólo en defecto de éstos queda habilitada la intervención de la Corte, con sede en La Haya⁵. Entonces, no obstante que el denominado principio de complementariedad ha sido uno de los aspectos del modelo de justicia penal gestado en Roma, sobre los que más se ha insistido en la literatura especializada, de lengua hispana, tal postulado –en rigor de verdad– no

⁵ Lirola Delgado y Martín Martínez indican que lo que consagra el ER es, en definitiva, una “presunción a favor de las jurisdicciones nacionales que sólo se invierte cuando... la Corte estime que el Estado que tiene jurisdicción para actuar, en un asunto determinado, no tiene disposición o capacidad para hacerlo...” (cfr. *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona 2001, p. 158). Sin embargo, las publicistas españolas incurrir en el equívoco –bastante común, por cierto– de aludir a ese fenómeno como “*principio de complementariedad*”, arrastrando a la bibliografía específica la errónea designación que contiene el propio Tratado, así, hasta el Prof. Kai Ambos incurrir en el mismo yerro; por todos, cito su trabajo “Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 5, Madrid, 2000, pp. 137-138.

existe, porque, según el diccionario de la Real Academia Española, complementar es lo que sirve para completar o perfeccionar algo (esto es, complementa el que termina de hacer lo que el otro sólo hizo en parte); en cambio, el tribunal penal internacional en vez de integrar, perfeccionando, lo que empezó el nacional, lo sustituye, es decir, lo reemplaza con un poder jurisdiccional que acude en socorro o subsidio del primigenio. La confusión se produce por un defecto de traducción de la versión inglesa.

En el mismo sentido, Pastor atribuye el equívoco a problemas eminentemente lingüísticos pues, según afirma, “los redactores hispanohablantes del Estatuto calcularon del inglés la voz ‘complementarity’ en lugar de traducirla por subsidiariedad. Sin embargo, en lengua española, complementario es lo que se añade, se agrega, se suma o integra a algo sin que un elemento y otro se excluyan. En castellano, cuando se quiere denotar que alguna institución está en reserva para suplir o reemplazar completamente a otra ante su inacción o fracaso y no para sumarse a ella se dice, especialmente en el ámbito jurídico, que una es subsidiaria de la otra. Como se puede ver, la competencia de la CPI es subsidiaria y nunca complementaria”⁶.

En lo atinente a su diseño institucional (arts. 34/52), la CPI está integrada por 18 jueces, con un mandato de nueve años, elegidos –en votación secreta– por la Asamblea de los Estados Partes (AEP), y se procura representar a las principales culturas jurídicas, acorde también a una equitativa distribución geográfica y a una equilibrada composición de género. A su vez, se halla dividida en tres Salas: la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP), encargada de supervisar la actividad del Fiscal en el ciclo preparatorio del proceso; la Sala de Primera Instancia (SPI), que tiene a su cargo la realización del juicio y el dictado de la sentencia; y la Sala de Apelaciones (SdA), cuyo cometido esencial consiste en la revisión de la justedad del decisorio recaído en el caso, garantizando el amplio reexamen de las cuestiones fácticas y

⁶ Ob. cit., p. 165.

jurídicas. Además, existen otros dos entes, estos son: la Presidencia (que se integra con dos Vicepresidencias, nominados por sus pares, en período de tres años) y la Secretaría (con actividades fedatarias y administrativas, no jurisdiccionales, a cargo de un funcionario titular, secundado por un adjunto, ambos designados por los propios magistrados –eso sí, teniendo en cuenta las recomendaciones de la AEP–, por un término de cinco años). Por último, el ER instituyó la Fiscalía, configurada como órgano independiente y separado de la Corte, ejercida por un Fiscal titular y dos adjuntos, seleccionados por la AEP por un lapso de nueve años.

2. Principios de derecho penal sustantivo que informan la competencia de la CPI

2.1. Principios de derecho penal, parte general

Al margen de las prescripciones sobre causales de inadmisibilidad de la persecución sancionatoria que contemplan el principio del *ne bis in idem*, así como el desplazamiento de la competencia de la CPI en los asuntos carentes de gravedad (art. 17), el ER incluye una serie de preceptos de derecho penal sustantivo.

Destacan entre ellos la plasmación del principio de legalidad (arts. 22-23); la vedada retroactividad *ratione personae* (art. 24); la responsabilidad penal individual (arts. 25 y 28); la punición de la tentativa y exención del conato voluntaria y tempestivamente desistido (art. 25, n° 3, letra f); la incapacidad de culpabilidad de los menores de 18 años (art. 26); la exigencia de la actuación dolosa, concebida como conocimiento e intencionalidad de ejecutar la conducta típica (art. 30); circunstancias excluyentes de la responsabilidad, o sea, inimputabilidad, legítima defensa y coacción (art. 31); previsiones sobre el error de hecho y de derecho, que exoneran en tanto sean idóneas para neutralizar el designio criminoso (art. 32); y la obediencia debida que, como norma, carece de aptitud eximente (art. 33).

2.1.1. Principio de legalidad

2.1.1.1. Las inevitables fricciones entre la acepción clásica del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), el derecho de gentes (*ius gentium*) y/o el derecho internacional consuetudinario (*ius ex non scripto*)

Tiempo antes de la entrada en vigencia del ER, en la Argentina se suscitó un intenso y fecundo debate acerca de las cuestiones referidas en el acápite.

Tanto la Sala Tercera de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (en especial, por el excelso voto del Dr. Leopoldo H. Schiffrin), al conceder la extradición de Josef Franz Leo Schwammberger que reclamara la –por entonces– República Federal de Alemania (fallo emitido el 30 de agosto de 1989⁷, luego confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 20 de marzo de 1990), cuanto la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, al confirmar el auto de prisión preventiva que se le decretara al ex déspota Jorge Rafael Videla (con el voto concurrente de los jueces Horacio R. Vigliani y Luisa M. Riva Aramayo, fechado el 9 de septiembre de 1999), admiten la fuerza vinculante no sólo del derecho internacional convencional, sino también la del derecho internacional general o consuetudinario.

Particularmente enérgicas son las referencias de Schiffrin a que “el orden público argentino se opone a otorgar efectos a las

⁷ Publicado *in extenso*, en ED, t. 135, pp. 336-370, con nota aprobatoria de Bidart Campos –no exenta de críticas, como se verá enseguida– al punto que el célebre comentarista cierra su glosa del fallo de la siguiente manera: “Los crímenes contra la humanidad del aberrante genocidio nacionalsocialista tienen que merecer, además del unánime reproche moral, las sanciones condignas. Una manera de cooperar a ello es extraditar a sus autores. Y una manera elocuente de cooperar ha sido puesta de relieve y en práctica por esta magnífica sentencia, que damos por incorporada a la mejor jurisprudencia argentina de alto vuelo, no sólo por el humanismo que destila en afinidad con los valores del sistema de derechos humanos, sino por el tecnicismo jurídico que despliega hábilmente, con sobriedad, pero sin esquivar argumentos convictivos, en todo su sólido discurso previo que fundamenta al decisorio” (cfr. “La extradición de un criminal nazi por delitos contra la humanidad”).

leyes extranjeras *ex post facto* en materia de prescripción, pero esta regla interna cede por imperio del sometimiento al derecho de gentes contenido en el art. 102 [en la actualidad, 118] de la Constitución Nacional, cuando las leyes extranjeras derivan del derecho de gentes, en el cual no tiene estricta aplicación –en lo que hace a crímenes contra la humanidad– el principio *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege...* Ante el derecho internacional no son prescriptibles los crímenes de lesa humanidad y es por ello que los tribunales argentinos deben reconocer los efectos formalmente retroactivos de las leyes dictadas por otros países para asegurar la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes...".

Germán Bidart Campos con efusividad calificó de "cuasi tratado doctrinario" al magistral y extenso desarrollo que hiciera el juez Schiffrin, compartiendo sin reservas la solución adoptada por la cámara federal platense, aunque estimó que en nuestro país –como forzoso corolario del principio de legalidad: CN, 18- era menester distinguir dos situaciones; a saber: a) "en Argentina no podría condenarse sin ley penal previa, ni siquiera cuando en su territorio se hubiera cometido un delito contra el derecho de gentes"; b) "pero otra cosa diferente es acoger y aplicar en nuestra jurisdicción una ley extranjera que ha establecido retroactivamente [después del delito] la imprescriptibilidad de los delitos contra el derecho de gentes, al solo efecto de acceder a una extradición, cuya procedencia requiere que el delito extraditable no se encuentre prescripto en el estado reclamado. No importa, en el caso, que en ese estado no esté prescripto porque así lo dispuso una ley extranjera *ex post facto*, porque tratándose de delito contra el derecho de gentes (que no impone ley previa), nuestro orden público interno queda a salvo en virtud de la recepción y remisión que a ese derecho de gentes se contiene en el art. 102 [ahora, 118] de la constitución..."⁸.

Las réplicas a esa dualidad enunciada por el eminente constitucionalista, devenido en agudo glosador, fueron tan consistentes como las penetrantes objeciones de éste, pues se le criticó

⁸ Ob. cit., pp. 327-328.

que, por un lado, admitiera que un juez argentino estaba legitimado para conceder la extradición de un criminal nazi –tal era el caso de Schwammberger, que él comentó–, y que, por otro, considerara que un magistrado local carecía de habilitación para juzgar un delito contra la humanidad, propuesta que resultaba ser, cuanto menos, insatisfactoria⁹. Es más, según se sostiene, con el propósito de evidenciar el contrasentido que implica la bifurcación propuesta por Bidart Campos, sería inadmisibles que la Argentina concediera la extradición para el juzgamiento de los delitos del nazismo, cometidos hace más de cincuenta años, cuando esos ilícitos eran prescriptibles al momento de su ejecución, conforme el derecho positivo escrito (*lex scripta*) del país en el que fueron perpetrados, y que, por otro lado, reconociera la prescripción de la acción penal por hechos afines, consumados en nuestro territorio –en especial, por funcionarios públicos de la atroz dictadura setentista–, contra cualquier ser humano, nacional, extranjero o apátrida.

Naturalmente que un razonamiento semejante se apuntala en el concepto de *ius cogens* receptado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969¹⁰. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del caso "Priebke", consolidó el principio de la imprescriptibilidad de los

⁹ Por todos, remito a la respuesta del propio Leopoldo H. Schiffrin en "La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino", en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 115-126, de la que hace eco Mattarollo en *La jurisprudencia argentina...*, pp. 129-130.

¹⁰ Ratificado por decreto ley 19.865 del PEN, del 05/12/1972 (en vigor, desde el 27/01/1980), que confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno (art. 27). A su vez, en el art. 53, la Convención de Viena se refiere a los acuerdos o pactos que estén en contradicción con una norma imperativa de derecho internacional general, estableciendo que: "Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general, es una norma aceptada y reconocida por la Comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho Internacional general que tenga el mismo carácter". Además, el art. 64 dispone que si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), todo tratado existente que la contrarie será nulo.

crímenes contra el derecho de gentes, sosteniendo que “la función del *jus cogens* es así proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derechos cuya inobservancia pueda afectar la esencia misma del sistema legal”¹¹.

Si bien el *ius cogens* hace referencia a las normas jurídicas imperativas, es decir, a aquellas disposiciones aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como preceptos que no admiten acuerdos en contrario, es pertinente decir aquí que tiene un límite más bien difuso, pues no existe consenso universalizado acerca de qué normas, en concreto, revisten tal carácter.

En definitiva, unos y otros esgrimen muy atendibles argumentos; empero la mejor salida para superar esos conflictos pasa por la profundización del surco trazado en el ER, esto es, por la progresiva normativización del derecho internacional consuetudinario (*ius ex non scripto*) y, además, por el necesario ensamble de las leyes del derecho interno con las del derecho internacional convencional (sin perjuicio de la axiomática supremacía de estas últimas sobre aquellas, con arreglo a lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), tendiente a asegurar en el enjuiciamiento de los crímenes contra la humanidad los mismos derechos y garantías que el derecho penal (y procesal penal) de los estados democráticos de derecho reconoce y efectiviza en los procedimientos por delitos comunes.

2.1.1.2. Con el Estatuto de Roma quedan superadas, en general, las históricas defecciones al principio de legalidad

La franca inobservancia del principio de legalidad fue una de las principales debilidades jurídicas de los juicios de posguerra¹²,

¹¹ CSJN, Fallos 318:2148.

¹² Mattarollo, en cambio, matiza la trascendencia de esa circunstancia, pues sostiene que el principio de legalidad aplicado al derecho penal internacional presenta ciertas particularidades que resultan insoslayables. Así, considera que se

falencia que los estatuyentes romanos finiseculares no estuvieron dispuestos a repetir, procurando armonizar las necesidades de punición de estos horrendos crímenes internacionales con las irrenunciabiles condiciones de legitimidad para el ejercicio racional de la *potentia puniendi*, en una comunidad planetaria con aspiraciones de civilidad. Así, el clásico postulado del *nullum crimen, nulla poena, sine lege* debe interpretarse, en línea con las históricas conquistas del derecho penal moderno, como *nullum crimen sine lege scripta, praevia, certa et stricta*. Esta fórmula integral, a su vez, podría ser fragmentada en las siguientes proposiciones: *lex scripta*, entendida como interdicción del derecho penal consuetudinario; *lex praevia*, en tanto impide la retroactividad de las normas jurídicopenales (con la salvedad de las leyes más benignas); *lex certa*, al imponer los deberes de claridad, concisión y justeza a la producción normativa; y *lex stricta*, por la que se proscribía la aplicación analógica (excepto la analogía *in bonam partem*).

Merced al principio de legalidad, en síntesis, las personas obtenemos el fundamento especial de confianza –vale decir, la garantía

debe partir de una diferenciación fundamental “entre la ‘norma de comportamiento’ y la ‘norma de represión’. La costumbre puede dar nacimiento a la ‘norma de comportamiento’: un comportamiento se convertirá en algo prohibido porque la mayoría de los Estados se abstienen con la conciencia de ejecutar así una obligación jurídica... Dicho principio exige un texto, pero solamente para la ‘norma de comportamiento’ y como prueba de la existencia de la costumbre... Pero la ‘norma de represión’ es una consecuencia de la norma consuetudinaria de comportamiento. Exigir identificar de la misma forma una norma consuetudinaria de represión equivaldría a exigir una costumbre de transgresión. En este sentido el derecho penal internacional no es retroactivo...”. Apoyado en la experiencia histórica, explica que: “El principal argumento para sostener que el derecho de Nuremberg no fue retroactivo es precisamente el carácter vinculante del derecho internacional consuetudinario ya en vigencia con anterioridad a la adopción de las leyes racistas por la Alemania nazi... Todos los procesos por crímenes de derecho internacional realizados ante tribunales nacionales a partir de 1946 rechazaron el argumento de que se estaban aplicando leyes ‘ex post facto’. Israel juzgó a Adolf Eichmann en 1960, Francia a Klaus Barbie en 1967 y Canadá procesó a Imre Finta en 1989. En estos y otros casos, el argumento de la norma retroactiva fue rechazado...”. Ello se debe, en definitiva, a que el derecho interno no puede oponerse al *ius cogens*, ni siquiera pueden hacerlo las normas del nivel constitucional (cfr. ob. cit., pp. 110-111).

que emerge del ordenamiento jurídico— para autodeterminar nuestras conductas, obrando conforme a derecho, de manera tal de evitar la punición que debería ser la consecuencia de haber actuado dentro del ámbito de “lo prohibido”, siempre que éste venga acompañado de una amenaza sancionatoria.

Sin embargo, como se verá en particular, algunas de las hipótesis delictivas han sido acuñadas en tipos más o menos abiertos, o con expresiones anfibológicas, que ensombrecen (cuando no contrastan con) la enunciación general del prístino principio, mediante una técnica legislativa desacertada, que no puede pasar inadvertida.

2.1.2. Proscripción de la retroactividad *ratione personae*

La prohibida retroactividad *ratione personae* (art. 24) es la natural derivación del principio de legalidad, en su doble dimensión: en primer lugar, en lo relativo a la máxima de la *lex praevia*, en cuanto la Corte sólo puede conocer respecto de los ilícitos de su competencia (según la cerrada estipulación del art. 5, N° 1), cometidos con posterioridad a su vigencia (art. 24, N° 1), es decir, después del 1° de julio de 2002; en segundo término, frente a hipotéticas variaciones normativas, como expresión de la aplicabilidad de la ley más favorable a los intereses del imputado “antes de que se dicte la sentencia definitiva” (art. 24, N° 2).

Ese último enunciado resulta reprobablemente defectuoso, al circunscribir en forma indebida las benéficas consecuencias del nuevo derecho aplicable a las causas en trámite.

Analizando el texto legal aludido, desde su propia literalidad, Jorge Zavala Baquerizo expone que “es necesario destacar que la extra-actividad de la ley penal sustancial internacional se limita a los cambios favorables que preceden a la sentencia definitiva... Es decir que el condenado en sentencia definitiva por un delito internacional, que posteriormente desaparece de la lista de infracciones, no se favorece con dicha eliminación y debe cumplir su condena, pese a que ya el delito por el cual fue sancionado no se lo considere infracción por

la comunidad internacional. Al legislar de la manera antes indicada, el ER acogió la tesis por la cual la ley posterior más favorable sólo debe ser aplicada cuando el proceso se encuentra en sustanciación y no así cuando ya hubiere concluido por sentencia condenatoria ejecutoriada, pues, según los defensores de esta teoría, debe respetarse la institución de la cosa juzgada”¹³.

Por vía interpretativa, la propia Corte deberá armonizar el cuestionado tenor literal del art. 24, N° 2, con la plasmación del principio de legalidad del art. 22, N° 1 y 2; máxime cuando el recurso de revisión *pro reo* sólo admite el reexamen del fallo condenatorio firme, o de la pena impuesta, por causales de hecho y prueba (art. 84).

2.1.3. La responsabilidad penal individual

Al abordar el tema crucial de la responsabilidad individual (arts. 1, 25 y 28), el ER ha marcado un avance cualitativo respecto de otros ordenamientos de su especie, pues recién ahora se consolida una codificación “a futuro” sobre el reproche penal a las personas físicas que, sin liberarse por completo de aspectos opacos, permite augurar mejores rendimientos a una justicia internacionalizada y, a la vez, respetuosa de los estándares mínimos en el rubro derechos humanos del sujeto pasivo de la actividad procesal, a menudo también, sujeto activo de los crímenes más graves de trascendencia mundial.

En efecto, aun cuando es notorio el supremo interés de no dejar ninguna forma de responsabilidad sin el condigno castigo, inclusive asumiendo el riesgo de incurrir en desaciertos técnicos, el ER ha positivizado un amplísimo espectro de modalidades de intervención, previas, concomitantes y posteriores a la realización criminosa. A saber: 1) la autoría (“quien cometa un crimen

¹³ Cfr. “El artículo 25 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La responsabilidad penal individual”, en *Revista del Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Universidad de Guayaquil, 2002, año 5, n° 5, p. 11.

de la competencia de la Corte... por sí solo”, art. 25, N° 2 y 3, letra a); 2) la coautoría (el que cometa cualquiera de los ilícitos estatutarios “con otro”, art. 25, N° 3, letra a); 3) la autoría mediata (el que perpetre uno de esos delitos “por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”, art. 25, N° 3, letra a); 4) la inducción¹⁴ (el que “proponga o induzca la comisión de ese crimen”, art. 25, N° 3, letra b); 5) la instigación en el delito de genocidio (siempre que sea “directa y pública”, art. 25, N° 3, letra e); 6) la participación esencial o contingente (referida al que “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice... o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión”, art. 25, N° 3, letra c); y 7) el encubrimiento (el que “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea... encubridor”, art. 25, N° 3, letra c).

En ese completo catálogo normativo se han receptado algunos aportes dogmáticos que fueran expuestos tras la SGM para el enjuiciamiento y punición de los responsables de las matanzas ocurridas en ese entorno histórico. Así, a la vez que las previsiones del ER sobre la responsabilidad penal individual, por los crímenes internacionales de la competencia de la Corte, han procurado abarcar a todos los que –de alguna forma– intervinieron en su comisión, resultó indudable que las doctrinas tradicionales en materia de autoría –tanto la predominante teoría formal objetiva, cuanto la tesis subjetiva– habían resultado insatisfactorias en los juicios de la posguerra, desde Nuremberg y Tokio hasta los casos “Eichmann” y “Staschynski”, razón por la cual Claus Roxin reelaboró los criterios de atribución delictiva a través de los aparatos organizados de poder (como los fueron las potencias del Eje, durante la Gran Guerra, o a menor escala las deplorables dictaduras latinoamericanas –en especial, la de Argentina– desde mediados de los 70), ahondando la teoría material objetiva, una de

¹⁴ “No se trata de la relación de superior a inferior dentro del nivel de los organismos gubernamentales, sino más bien de la relación particular de íncubo a súcubo, por ejemplo”, según la alegórica expresión de Jorge Zavala Baquerizo (cfr. “El artículo 25...”, p. 18).

cuyas vertientes fue la del dominio del hecho¹⁵, por la cual se considera autor a quien dispone del señorío del ilícito, al que tiene en sus manos las riendas para decidir la realización criminosa, aun cuando no se trate del ejecutor de la misma, ni haya instigado en forma personal y directa a otro para que lo haga.

Luego, por inspiración de Roxin, fue construyéndose la tesis de la autoría mediata, del hombre de atrás o del autor detrás del autor (*täter hinter dem täter*), en las hipótesis donde quien decide la comisión del injusto se vale de otro para su ejecución efectiva, pero no sólo para los clásicos ejemplos de la coacción o el error en el autor inmediato o material, sino también frente a sujetos responsables, cuando lo hace en el marco de un aparato organizado de poder altamente verticalizante, como lo son las milicias o las fuerzas de seguridad del estado, donde es característica la fungibilidad del instrumento (o sea, del soldado, del gendarme o del policía que cumple la orden, por lo normal, a través de una extensa cadena de mandos).

Recapitulando: en su primera acepción, se entendió la autoría mediata sólo cuando la producción del resultado típico se lograba a través de un tercero que actuaba lícitamente, ya sea por coacción o por error. La doble innovación de Roxin fue la de concepcuar, por un lado, que el autor material también podría haber obrado delictivamente bajo el influjo de un aparato organizado de poder, vale decir, que la autoría mediata puede compatibilizarse con la conducta culpable del ejecutor (v. gr., en el “caso argentino” como se verá enseguida), y, por otro, flexibilizar el último de los tres requisitos que la componen; a saber: 1) el dominio de la organización (autores de escritorio); 2) la fungibilidad de quien es usado a modo de instrumento (el ejecutor); y 3) la actuación de estos supuestos en organizaciones al margen del

¹⁵ Acorde a la originaria formulación de la doctrina del dominio del hecho, perteneciente a Welzel (1939), aunque podría remontarse a Hegler (1915), autor es aquel que mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo.

estado de derecho (como se analizará después, al tratar el ejemplo de los "Guardianes del Muro").

2.1.3.1. La teoría roxiniana aplicada en el juicio a las Juntas de Comandantes en Jefe

En nuestro país ese planteo fue expuesto por el Fiscal Julio César Strassera (bien secundado por el hoy Fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo), y admitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, de la Capital Federal, en la sentencia condenatoria a los sucesivos miembros de las Juntas Militares del (autodenominado) "Proceso de Reorganización Nacional", que arrojara el hórrido saldo de miles de desapariciones forzadas de personas, entre un sinnúmero de otros ilícitos de lesa humanidad¹⁶. Para arribar a una conclusión semejante, el Tribunal desestimó, entre otros argumentos defensistas, que "el Código Penal Argentino no se adecua a la teoría del dominio del hecho como criterio fundamentador de la autoría, sino a la teoría formal-objetiva, punto de vista que conduce a que sólo puede ser considerado autor quien haya ejecutado la acción típica...". Sostiene además que "la autoría mediata resulta inaplicable cuando el instrumento es responsable, pues allí no puede decirse que quien está detrás del autor directo tiene el dominio del hecho...", y termina estableciendo que "la teoría del aparato organizado de poder fue concebida para un supuesto fáctico distinto del que se juzga en esta causa y que ha sido muy resistida por los problemas que genera su aplicación a todas las personas que se encuentran entre el que ordenó y el ejecutor".

¹⁶ Causa 13/84, seguida a los (por entonces) Tte. Gral. Jorge Rafael Videla, Alte. Emilio Eduardo Massera, Brig. Gral. Orlando Ramón Agosti -los altos mandos que dieron el Golpe de Estado del '76, constituyendo la primera versión de la Junta Militar-, Tte. Gral. Roberto Eduardo Viola, Alte. Armando Lambruschini, Brig. Gral. Omar Domingo Rubens Graffigna -la segunda composición de la JM-, Tte. Gral. Leopoldo Fortunato Galtieri, Alte. Jorge Isaac Anaya y Brig. Gral. Basilio Arturo Ignacio Lami Dozo -la tercera y última integración-, fue sentenciada el 09/12/1985 y publicada en Fallos 309-I/II, pp. 33-1657.

Los jueces originarios refutaron sólidamente esas y otras objeciones, afirmando que "la forma que asume el dominio del hecho en la autoría mediata es la del dominio de la voluntad del ejecutor, a diferencia del dominio de la acción, propio de la autoría directa y del dominio funcional que caracteriza a la coautoría. En la autoría mediata el autor, pese a no realizar la conducta típica, mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad, por alguna razón, se encuentra sometida a sus designios... El aspecto medular de la cuestión radica en que a mayor ámbito de libertad del ejecutor, menor será el dominio del hecho de quien actúa por detrás. Esta idea es la que conduce a afirmar que la autoría mediata termina allí donde hay un autor plenamente responsable..., pues en esos casos no puede sostenerse que el que impulsó la acción domine el curso del suceso... No obstante lo expuesto más arriba, se acepta un supuesto en el que puede coexistir la autoría mediata con un ejecutor responsable. Según Roxin..., junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder. Lo característico es la fungibilidad del autor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico".

Sin embargo, cuando ese caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la tesis fue abandonada, en lo sustancial, porque las razones expuestas por los impugnantes "tornan admisibles los recursos, en tanto aducen que la interpretación del art. 45 del Código Penal realizada por el *a quo* lesiona el principio de la ley previa contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, al consentir la aplicación extensiva del concepto de autor a través de la fórmula del autor mediato, ya sea infiriéndola de las expresiones 'tomasen parte en la ejecución del hecho', o bien 'hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo' contenidas en aquella regla..." (Fallos 309-II-1.700)¹⁷. Ello no obstante el decisorio recu-

¹⁷ Carlos S. Fayt, en minoría, sostuvo que en el caso "se está ante una forma de autoría mediata claramente diferenciada del dominio basado en el miedo insuperable y del dominio basado en el error. El ejecutor, para el que tiene el dominio de la acción, es una figura anónima e intercambiable. Una rueda en el

rrido fue confirmado, casi por completo, a pesar de que la CSJN modificó la calificación de autores mediatos de los procesados por la de partícipes necesarios (CP, 45).

2.1.3.2. La recepción de la tesis en el caso de los "Guardias del Muro" (*Mauerschützen*)

En cambio, tuvo favorable acogida en Alemania, en el proceso seguido a los tiradores del muro, donde el Tribunal Supremo Federal (BGH, sent. del 03/12/1992), primero, y el Tribunal Constitucional Federal (BverfG, sent. del 24/10/1996), después, condenaron no sólo a los miembros de las tropas fronterizas de la ex República Democrática Alemana, sino también a los propios funcionarios del estratégico Consejo Nacional de Defensa.

Como resulta de esos decisorios jurisdiccionales (tiempo después, ratificados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los autos "Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania", en Estrasburgo, el 22/03/2001), hasta la entrada en vigor de la Ley de Fronteras en 1982, los miembros del Ejército Nacional Popular (ENP) estaban autorizados a ejercer las facultades establecidas en la ley sobre funciones y atributos de la Policía Popular Alemana (del 11/06/1968), según la cual el uso de las armas de fuego estaba justificado en las hipótesis de sujetos que quisieran cruzar ilegalmente la divisoria intergermana, esto es, no obstante estar desarmados y sin poner en riesgo los bienes jurídicos de reconocimiento general. Luego, en una ordenanza acerca de la protección de los territorios fronterizos y de las aguas jurisdiccionales de la RDA (del 15/06/1972), se dispuso que el empleo de las armas de fuego por parte de las fuerzas de seguridad limítrofe estuviera permitido sólo en cumplimiento de las órdenes militares del Ministerio de la Defensa Nacional. Por último, la Ley de Fronteras (del 25/03/1982, aunque entró a regir dos meses después),

engranaje del aparato, Roxin, *Täterschaft and Tatherrschaft*, Hamburger Rechtstudien, 1963, pp. 248/249. No se trata del hombre que está atrás sino del superior, del que ocupa el cargo de mayor jerarquía, el que está en la cúspide de la pirámide. Él no induce ni castiga. Dispone, decide, con la seguridad de ser obedecido" (consid. 21°).

dictada en el esplendor del gobierno prosoviético de Erich Honecker, si bien dispuso que "el uso de las armas de fuego es la medida extrema de uso de poder frente a las personas" (art. 27, N° 1), enseguida se autorizó su utilización "para impedir la ejecución inminente o persecución de un hecho delictivo" (art. 27, N° 2).

Celebrado el Tratado de Unificación entre Alemania Oriental y Occidental (el 31/08/1990), fueron enjuiciados los responsables de una serie de homicidios cometidos en el período 1971-1989, cuando las víctimas trataban de escapar del régimen comunista cruzando la frontera en forma ilegal. A resultas del mismo, como quedara expuesto al inicio de este segmento, fueron penalizados tanto los autores materiales (inmediatos) de esos crímenes, quienes pretendieron vanamente beneficiarse con causales justificativas existentes a la época de los ilícitos en juzgamiento, como aquellos funcionarios que ostentaron relevantes cargos jerárquicos en el aparato partidario, es decir, el Partido Socialista Unificado de Alemania (PSUA o SED, del alemán "Sozialistische Einheitspartei Deutschlands"), y en propio gobierno de la ex RDA, formando parte hasta la caída del Muro de Berlín, en 1989, del Consejo Nacional de Defensa (autores mediatos).

En el entendimiento de que la práctica estatal ejecutada por los guardianes del muro, pero transmitida por órdenes superiores, permitía el homicidio premeditado de personas –en muchos casos, por la espalda– que no habrían querido otra cosa que traspasar los límites de la RDA, huyendo hacia la RFA, desprovistos de armas y sin poner en peligro bienes jurídicos de aceptación generalizada, los sentenciantes enfatizaron que, en el *sub judice*, la prohibición de cruzar la frontera –sin una venia especial de las autoridades– habría primado por encima del derecho a la vida de las víctimas, aplicando la "fórmula de Radbruch"¹⁸, de reconoci-

¹⁸ De acuerdo con la tesis de Gustav Radbruch citada en el fallo (cfr. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962), se le debe negar validez a un derecho que se encuentre en contradicción con la justicia de un modo tan inadmisiblemente que la ley deba ceder como derecho incorrecto ante la justicia; pues, según el autor, "el positivismo, con su convicción de que 'la ley es ley', dejó a los juristas alema-

ble prosapia iusnaturalista, al sostener que la ley por entonces vigente en Alemania Oriental –en tanto derecho incorrecto y arbitrario– debía ceder ante las exigencias de la justicia. Dicho de otro modo, si bien el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, en principio, debe ser resuelto priorizando el derecho positivo, que tiene preeminencia aun cuando su contenido pueda ser considerado injusto y antifuncional, la conclusión es inversa cuando la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan intolerable que la ley, en cuanto “derecho injusto”, deba retroceder ante la justicia. Por lo tanto, la manifiesta improcedencia de la orden de usar armas de fuego en la frontera interalemana era obvia, conforme las circunstancias de hecho conocidas por los milicianos que, sin éxito, pretendieron parapetarse en una causal de justificación prevista en el derogado derecho germano oriental, aunque contrariando no sólo criterios básicos de justicia, sino, además, los principios iushumanistas fundamentales. Así, quedaron desechadas la aplicación ultraactiva de la ley exonerante de los guardianes de la frontera y las aducidas fricciones al principio de legalidad.

A su vez, los magistrados tuvieron en cuenta que desde 1961, aunque más intensamente en el período de los hechos materia de juicio –es decir, entre 1971 y 1989–, se promulgaron cantidad de órdenes e instrucciones de servicio concernientes a la seguridad de las plantas fronterizas, con minas o armas automáticas, y al uso de armas de fuego, la mayoría de ellas provenientes del Consejo Nacional de Defensa.

Por ese itinerario argumentativo se llegó a los jerarcas comunistas (al “hombre de atrás” o al “autor detrás del autor”), es decir, a quienes controlaban el resultado típico a través de la fé-

nes indefensos frente a las leyes de contenido arbitrario y delictivo”. Sin embargo, la vaguedad de la fórmula ha sido seriamente cuestionada, entre otros, por Herbert L. Hart, para quien habría sido preferible aplicar el derecho positivo antes que correr el riesgo de utilizar leyes retroactivamente, y, entre nosotros, por Ricardo A. Guibourg, quien la considera un atentado a la seguridad jurídica. Otros la defienden encendidamente; por todos, remito a Rodolfo L. Vigo en su obra *La injusticia extrema no es derecho, de Radbruch a Alexy*.

rea estructura partidaria y gubernamental de la ex RDA, sin tomar en consideración a la persona singular que como ejecutor fungible entraba en escena de modo circunstancial, pues aquéllos tenían –en el sentido literal de la expresión– el “dominio” y por lo tanto eran autores mediatos. El Tribunal Supremo Federal alemán los corresponsabilizó –y lo validaron en instancias ulteriores– por los delitos cometidos (tanto por los homicidios de los francotiradores, como de los resultantes de las minas colocadas) a título de autores mediatos, sin perjuicio de que la ejecución material recayera sobre los centinelas emplazados en los sectores fronterizos, que actuaron de forma inmediata. En respaldo de esas condenas se sostuvo que “hay casos, en los que pese a existir un autor inmediato que actúa con completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo. Así puede ocurrir, cuando mediante estructuras de organización el hombre de atrás se vale de determinadas condiciones, en las que su contribución desencadena desarrollos regulares”.

En resumen, siguiendo los criterios generales de Claus Roxin (quien concibió su teoría a propósito del juicio a Eichmann, a comienzo de los '60), y dejando expresamente sentado que la criminalidad gubernamental en la ex RDA era por completo incompatible con el estado de derecho, pues su propia legislación subordinaba el derecho a la vida de las personas al interés estatal de impedir el cruce de la frontera, podemos concluir que el caso que ahora nos ocupa representa un paradigmático supuesto de autoría en el marco de los aparatos de poder organizados.

2.1.4. La tentativa

La criminización no sólo abarca el injusto cometido, vale decir, el delito jurídicamente perfeccionado, sino también el *iter criminis*, penalizando la tentativa, conceptualizada como los “actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad” (art. 25, N° 3, letra f). La fórmula adoptada es ambigua y,

como tal, merecedora de censura. Así lo ha hecho Zavala Baquerizo para quien esa redacción “deja mucho que desear..., pues no se explica cuáles deben ser los actos que se deben calificar como ‘paso importante’ para la comisión del delito... Deben ser actos inequívocos, actos que no permitan ninguna otra interpretación. Un ‘paso importante’ puede ser equívoco. Además, la calificación de la importancia del paso queda supeditada a la subjetividad del intérprete, lo cual es demasiado peligroso para aceptarlo dentro del derecho penal”¹⁹.

Además, esa norma compromete seriamente el (sub) principio de exterioridad de la acción, al no establecer un claro linde entre los actos preparatorios impunes –a partir de la incontrovertible concepción de que los pensamientos no delinquen– y la tentativa punible. A propósito, no debe descuidarse que el hecho ilícito acaecido o, al menos, intentado, es la única base sustentable para el sistema penal iushumanista que, a la vez que escinde tajantemente el área específica del derecho del de la moral, sólo legitima el castigo por lo que el sujeto hizo (en términos de derecho penal de acto), y jamás por lo que pensó (y no hizo), o por lo que el hombre es (acorde a la inaceptable creencia del derecho penal de autor).

Ferrajoli sostiene que “adquiere carta de naturaleza, sobre todo en Alemania, un complejo proceso doctrinal que asiste a la progresiva subjetivización del concepto de acción hasta diluirse en la doctrina nazi del tipo autor. La primera etapa de esta evolución es, siguiendo sugerencias neokantianas y de la filosofía de los valores, la consideración de la acción como acto dotado de ‘significación social’. La fase siguiente es la del concepto ‘finalista’ de acción de Welzel, que responde a la idea de que la acción humana no es un hecho objetivo sino que comporta una finalidad y es evaluable y relevante sólo en cuanto subjetivamente orientada a fines. Por último, paralelamente a la disolución del concepto empírico de resultado lesivo, se produce la obliteración de la acción, reducida a simple síntoma de la personalidad del delincuente; es la conclusión a

¹⁹ Cfr. “El artículo 25...”, p. 20.

que arriban las doctrinas de la escuela nazi de Kiel, que disuelven el elemento objetivo en el disvalor, inicialmente, de la acción y después de la voluntad, dentro de un contexto de subjetivización integral del derecho penal como instrumento de simple represión de la subjetividad desleal”²⁰.

En resumidas cuentas, acerca del fundamento de la punibilidad de la tentativa se podrá adherir o bien a la teoría objetiva (por cierto, la más afín al principio de legalidad), que la condiciona –no obstante tratarse de las primeras fases ejecutivas del delito– a que el hecho haya sido idóneo como para hacer peligrar el bien jurídico protegido, situación que justifica la respuesta punitiva; o bien adscribir a la tesis subjetiva, donde se enfatiza que la voluntad del autor, contraria al derecho, ha quedado al descubierto por la realización ilícita incompleta; o bien, por último, afiliarse a las doctrinas eclécticas, para las que el sustrato del castigo estriba en la impresión que provoca semejante injuria al derecho en la conciencia comunitaria. Con todo, en cualquiera de esas hipótesis explicativas, no se podrá renunciar al enunciado de un confín normativo que permita conocer, con tanta nitidez como sea posible, la línea divisoria de los actos preparatorios –como regla impune, salvo que la ley prevea otra cosa–, respecto de las conductas que puedan conceptualizarse como tentativa –por lo común punible, excepto la que fuera manifiestamente inidónea o tentativa de delito imposible–. Desde Francesco Carrara en adelante, la ciencia del derecho penal se ha esmerado en precisar el alcance de esa disyunción, esfuerzos que no se condicen con el texto del ER, que al referirse a los “pasos importantes” que implica la tentativa en el itinerario criminoso, deja márgenes intolerablemente amplios en materia interpretativa.

2.1.5. Incompetencia de la Corte respecto de menores de edad

Otra de las aristas conflictivas de las deliberaciones previas a la sanción del ER versó, precisamente, alrededor del tema que ahora nos ocupa, donde pudo prevalecer el criterio tributario de

²⁰ Cfr. *Derecho y razón...*, p. 486.

la cultura jurídica occidental que propugnaba fijar el límite superior de 18 años, tal como quedó plasmado en el art. 26, frente a la arraigada tradición de los países de la Liga Árabe que pretendieron bajar esa edad a los 13 años. En definitiva, el baremo usado para demarcar ese ámbito competencial guarda consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada por ley 23.849 (pub. en el BO del 22/10/1990), y elevada al máximo peldaño de la juridicidad interna con la reforma constitucional del '94 (art. 75, N° 22), en tanto dispone que "se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho (18) años de edad..." (art. 1°).

De tal modo, los que integran esa franja etaria quedaron marginados de la competencia de la CPI, aunque podrán ser sometidos a las jurisdicciones nacionales, a condición –claro está– de que prevean umbrales inferiores de exclusión de responsabilidad por inmadurez.

2.1.6. Dolo en las conductas típicas

La cardinal exigencia de la actuación dolosa aparece plasmada en el ER como conocimiento (*knowledge*) e intencionalidad (*intent*) de ejecutar la conducta típica (art. 30), con lo cual –de plano– quedan suprimidas todas las hipótesis de ilícitos imprudentes, ya sean producto de un obrar culposo consciente o inconsciente (con o sin representación, en ese orden).

Pues bien; desde la teoría de la acción final de Hans Welzel, con su estructura compleja de la tipicidad penal (esto es, la conjunción del tipo objetivo y del tipo subjetivo), se viene considerando que obra con dolo todo aquel que conoce y quiere la realización del delito. A su vez, si se la asocia a la dogmática creación del concepto del dominio del hecho, puede decirse que se reputa autor a quien tiene en su poder el curso causal y puede decidir

acerca del sí y del cómo del hecho²¹, a partir del ensamble del componente cognitivo y volitivo de la conducta objetivamente adecuada al tipo de injusto.

Por lo tanto, el primer atributo indispensable del dolo es de carácter intelectual. El sujeto activo debe saber qué hace y, además, advertir en su comportamiento la presencia de los ingredientes constitutivos de la acción ilícita –en especial, debe conocer los elementos descriptivos y normativos del tipo, así como prever el vínculo causal y la producción del resultado típico–, pues el dolo exige un conocimiento actual y efectivo de lo que se realiza u omite (siendo insuficiente uno apenas potencial, como sería el resultante de la alegórica prescripción "el que hubiese podido o debido saber"), porque de no ser así estaríamos ingresando al sinuoso y reprehensible ámbito de la responsabilidad penal objetiva (*versari in re illicita*). A partir de los aportes de Edmund Mezger, la doctrina científica de linaje germánico introduce un criterio interpretativo esencial, cual es el de la "valoración paralela en la esfera del profano" (*parallelwertung in der laiensphäre*), que implica que el autor debe tener un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica del acto, o sea, debe conocer la existencia de una norma que lo prohíbe bajo amenaza de pena, en la órbita del lego, pero también es necesaria una actitud valorativa por la cual el autor sabe que lo que ejecuta es un acto disvalioso. De reverso, la faz negativa del aspecto cognitivo del dolo es el error o la ignorancia, que desplaza el accionar doloso y, por ende, la tipicidad en cualquiera de los injustos que forman parte de la competencia de la CPI, al ser irrelevantes los actos culposos.

El segundo factor del dolo es de naturaleza conativa. El sujeto, para actuar dolosamente, no sólo debe conocer los elementos objetivos del tipo penal, sino también querer realizarlos, lo cual conlleva un gobierno del acto direccionado a la ejecución del mismo. El dolo, en este sentido, se manifiesta como la voluntad de actuar, referida al resultado que prefija la descripción típica.

²¹ Esta concepción finalista de Welzel fue completada por Roxin en su *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7° ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

Siendo así, se considera querido el acto al que directamente se dirigía la conducta del sujeto, esto es, el acto intencional –según lo normado en el art. 30–, en tanto correspondiente al propósito del autor. En cambio, acorde a la propia literalidad del ER, habría que desechar el dolo eventual donde el sujeto considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella, aun cuando no haya sido su desigño.

Así, entonces, puede colegirse que –conforme al principio de legalidad– el concepto de dolo que emerge del texto romano sólo abarca las consecuencias necesariamente ligadas al hecho perseguido por el sujeto, es decir, tanto el dolo directo de primer grado (para el que la producción del resultado típico es el fin “en sí”), cuanto el dolo directo de segundo grado (donde el resultado típico no es más que la forzosa consecuencia de los medios comisivos utilizados), quedando fuera de toda punición las acciones realizadas con dolo indirecto, eventual o condicionado, donde el autor –a pesar de querer los medios– no pretende el resultado típico, aunque lo admita como probable o hipotético²².

En sentido opuesto se manifiesta Bacigalupo, quien atribuye la disparidad interpretativa a la “verdaderamente lamentable” –así la califica– transcripción castellana del texto inglés (*mental element*), en el entendimiento de que “es claro que la versión originaria quiere alcanzar tanto las formas del dolo directo como las del eventual, en la terminología europea continental, razón por la cual, la traducción como ‘elemento intencional’ es, en verdad, incorrecta, pues deja fuera del título el concepto descrito en el párr. 2° del art. 30, es decir el supuesto del dolo eventual que allí sólo es definido sobre la base del conocimiento y sin referencia a

²² Con igual criterio, Ambos expone que “no serán consideradas las formas doloosas más leves de ‘dolus eventualis’ o de ‘recklessness’ (lo que significa un grado más elevado de imprudencia, en el sentido de imprudencia consciente), sobre las que se asienta el saber y el querer. Esto se explica ante todo por el hecho de que no se podía llegar a un acuerdo sobre un concepto unitario comprensivo de ambas formas de dolo” (cfr. *Sobre el fundamento...*, ob. cit., p. 144).

la intención, en realidad a la voluntad. El problema idiomático, que acabamos de reflejar, no se debe soslayar...”²³.

2.1.7. *Diversas circunstancias excluyentes de (la ilicitud, de la culpa y de) la responsabilidad*

En el art. 31 se agrupan muy divergentes situaciones, en las que podría hallarse el sujeto activo al tiempo de la realización criminosa, que tienen en común que se les reconoce aptitud eximente de su responsabilidad penal.

2.1.7.1. Inimputabilidad

En primer lugar, respecto de la fórmula mixta adoptada para la inimputabilidad por el ER, tanto la enfermedad o el déficit mental, como el estado de intoxicación a los que se refieren, en ese orden, los apartados “a” y “b” (art. 31, N° 1), son exonerantes siempre y cuando se hayan traducido, en la persona imputada y en sincronía con el delito, en una comprobable privación de su capacidad para comprender la ilicitud o para gobernar sus acciones.

Resultan aplicables por entero las reflexiones de Eugenio Zaffaroni –en coautoría con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar– al sostener que “dado que la imputabilidad es la ausencia de impedimento psíquico para la comprensión de la antijuridicidad y para la adecuación de la acción a esa comprensión, corresponde su ubicación sistemática en el mismo nivel analítico en que se halla la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad por un lado, y de la ausencia de situación constelacional reducto-

²³ Cfr. *Hacia...*, ob. cit., p. 581. Y agrega: “En 1937 Ortega y Gasset publicó un interesante artículo sobre la ‘Miseria y el esplendor de la traducción’, en el que ponía en duda la posibilidad misma de ésta. Desde entonces las cosas no han cambiado sustancialmente. Quien lea *After Babel* de Georg Steiner, de 1975, o las interesantes reflexiones de Umberto Eco, publicadas en 2003 bajo el título de ‘Dire quasi la stessa cosa’, comprenderá que no es aventurado pensar que en un Derecho globalizado la traducción será un problema adicional que los juristas no podrán descuidar...”. Es más, siempre en opinión del autor citado, que en este caso comparto, una de las grandes barreras que deberá superar el derecho supranacional es la lingüística, reflejada por aquel viejo adagio italiano: *traduttore, traditore*.

ra o constrictora por otro, esto es, en la culpabilidad...²⁴, por lo que va de suyo que se trata de “una cuestión de fundamental trascendencia teórica y práctica: nuestro código no clasifica a los hombres en ‘locos’ de competencia médica y ‘cuerdos’ de competencia judicial, sino en hombres a los que en el momento del hecho puede exigírsele o no la adecuación de su conducta a derecho. Con ello queda definitivamente claro que la imputabilidad penal es un concepto jurídico, cuya valoración corresponde únicamente al juez, al que el perito ilustra con los datos de su ciencia”²⁵. Precisamente, en el plano jurídico, la pregunta que debe hacerse es si el sujeto, como destinatario de la norma penal, tuvo capacidad de asimilación preceptiva, es decir, competencia para comprenderla, introyectarla o internalizarla, y, además, si pudo tomar la decisión de actuar en su contra, a pesar de que sobre sí pesaba el deber de actuar conforme al mandato normativo. Aquí es donde se debe analizar la conducta del autor, sobre todo, teniendo en cuenta el contexto en que el causante realizó el ilícito que se le pretende reprochar.

En pocas palabras, se puede llegar a la neutralización de la culpa, por esta vía, cuando la patología psicopsiquiátrica o la intoxicación padecida, por su magnitud, sean capaces de provocar en el sujeto activo una profunda alteración de la conciencia, que se manifiesta a través del desconocimiento (incomprensión, en el plano intelectual) del contenido criminoso del acto, y/o del descontrol (ausencia de inhibición, a nivel volitivo) de la conducta que ejecuta, lo que conlleva un juicio liberatorio.

2.1.7.2. Legítima defensa

En la letra “c” del apartado 1º (art. 31), el ER se refiere a la causal justificativa de la defensa propia (*self-defense*), de la de un tercero, o en los crímenes de guerra, de la de un bien esencial para la supervivencia o para la realización de una misión militar, siendo esta última incorporada al texto definitivo a raíz de la

²⁴ Cfr. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, 2003, p. 696.

²⁵ Cfr. *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, t. IV, Buenos Aires, 1988, p. 121.

sostenida presión angloamericana, en especial, de los Estados Unidos de América.

De la misma positivización de la eximente surgen las dos condiciones esenciales que la integran; estas son: i) la agresión ilegítima actual o amenazadora, es decir, tiene lugar “contra un uso inminente e ilícito de la fuerza” por parte del atacante; y ii) la racionalidad del medio empleado para repelarla, o sea, debe ejercerse “en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos”.

Sin embargo, como es inadmisibles la invocación de la legítima defensa frente a quien no agrede sino que se defiende (aunque habrá que coincidir con Kai Ambos en que “el hecho de que el defensor hubiera participado en una operación militar defensiva, no bastará por sí sólo para apreciarse una causa de legítima defensa”²⁶), hay acuerdo generalizado en la doctrina penal acerca de la existencia de un tercer recaudo, cual es la falta de provocación suficiente del que se pretende justificar, pues, en cualquier caso, sería intolerable que el sujeto que haya inducido deliberadamente al agresor, con el fin de ser atracado, luego pueda actuar al conjuro de la exonerante. Con el adicional agregado de la ausencia de provocación, previa y suficiente, se evita que ésta haya sido la causa de una ulterior respuesta del hostigado, de la que intenta prevalerse el provocador para ejercer –fuera de toda permisión– una aparente legítima defensa. Ello no obstante, Edgardo A. Donna apunta que “la excepción al caso se dará en el supuesto en que el agresor actúe de manera más peligrosa a la prevista, de modo que el autor [léase, incitador] retoma el derecho de defensa en cuanto a ese plus no previsto”²⁷.

2.1.7.3. Coacción

También se le atribuye virtualidad liberatoria a la coacción (*duress*), resultante de una amenaza grave e inminente, para sí o

²⁶ Cfr. *Sobre el fundamento...*, ob. cit., p. 145.

²⁷ Cfr. *Teoría del delito y de la pena*, t. 2: “Imputación delictiva”, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 153.

para otra persona, en virtud de la cual el sujeto se vea compelido a actuar para impedir que se concrete la intimidación, pero siempre que no tuviera el propósito de causar un perjuicio superior al que se proponía evitar (art. 31, N° 1, letra d).

Así como quedó plasmada, la fórmula del estado de necesidad coactivo dista de tener la claridad deseable de un texto jurídico de la importancia del ER, aun sin dejar de admitir el serio problema que representa alcanzar una definición consensual y acotada de esta causal justificativa o exculpatoria, según el cristal con que se la mire. Zaffaroni echa luz sobre tan intrincado asunto, al sostener que "si se denomina 'coacción' al supuesto en que la necesidad tiene origen en amenazas provenientes de una conducta humana dolosa, es decir, 'con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad'..., se verá que el autor de la coacción realiza una conducta típica y el que obra coaccionado puede ampararse en un estado de necesidad. Puede que una y otro no coincidan, puesto que la conducta típica de coacción se consuma cuando se hace uso de las amenazas con el elemento subjetivo de obtener la colocación de otro en estado de necesidad, independientemente de que se lo logre, siempre que haya tenido idoneidad para lograrlo... La tesis de que la coacción puede dar lugar a un estado de necesidad tanto justificante como exculpante tiene como consecuencia que en el supuesto de ser un estado de necesidad justificante, el afectado por la acción del coacto no puede defenderse legítimamente contra él, lo que resulta más racional que en el planteo de la tesis del llamado injusto objetivo"²⁸.

²⁸ *Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 745-746. Para Enrique Bacigalupo, en cambio, la coacción constituye un estado de necesidad excluyente de la atribuidad, a la que -siguiendo a Armin y Arthur Kaufmann y a Hans-Joachim Rudholpi- concibe como categoría intermedia situada entre lo ilícito y la culpabilidad (cfr. *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pp. 247 y 255); no obstante, en una nueva versión de esa obra, el autor explica que "el miedo o la situación coactiva generada por una amenaza no son sino la consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay que elegir entre sufrir un mal o causarlo: allí colisionan el bien jurídico amenazado y el que es necesario lesionar para evitar tal amenaza. Por tanto son aplicables aquí las reglas del

El TPIY tuvo frente a sí -y dejó pasar- la ocasión de precisar, en uno de sus primeros fallos "The Prosecutor v. Drazen Erdemovic", sent. del 29 de noviembre de 1996), la naturaleza jurídica, las condiciones, los presupuestos y los límites de la coacción psíquica.

En efecto, acorde a la confesión que brindara Erdemovic, ante el propio tribunal *ad hoc*, a las víctimas "las pusieron en filas y nos ordenaron que empezáramos a disparar contra ellas", reconociendo, así, su intervención en la matanza de un elevado número de civiles musulmanes. Es más, siempre conforme al relato del reo -Drazen Erdemovic era un soldado croata de 24 años, que integró las milicias del ejército serbobosnio- los fusilamientos ocurrieron el 13 de julio de 1995, tras la toma del enclave de Srebrenica, hasta entonces protegido por las Naciones Unidas, cuando la patrulla de la que formaba parte junto a otros siete militares mató a sangre fría a esas personas (algunas, maniatadas por la espalda), mas enseguida adujo que "tuve que hacerlo, me dijeron que si no les mataba me ponían también en la fila", clamando con insistencia: "lo siento, lo hice obligado, lo hice para salvar mi vida y por mi mujer y mi hijo. No se me puede culpar por ello". Por último, sostuvo que una vez concluida esa ejecución masiva organizada por el teniente coronel Pelemis, que comandaba el pelotón, éste les ordenó otra operación similar, aunque los soldados, encabezados por él, se opusieron; pero su negativa fue castigada, según contó, pocos días después por uno de sus superiores, que le descerrajó dos tiros en el estómago y en el pulmón, exhibiendo en el juicio las cicatrices que le cruzaban el cuerpo.

De haber sido de ese modo, como resulta del extracto del descargo material atribuido al acusado, se habría estado frente a una situación (que desde el prisma dogmático, podríamos describir como causal) de inculpabilidad, ante la inexigibilidad de otra conducta por la posición reductora de la autodeterminación del autor, quien fuera constreñido a matar bajo amenaza de muerte,

estado de necesidad, tanto del que excluye la antijuridicidad como del que excluye la responsabilidad por el hecho" (cfr. *Derecho penal...*, 2ª ed. totalmente renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 402).

esto es, un estado de necesidad exculpante, al decir de Zaffaroni. Sin embargo, el tribunal especial que juzgó los ilícitos cometidos en la ex Yugoslavia no entró a considerar la defensa esgrimida, fragmentando la confesión en perjuicio del confesante, al reputar veraz la primera parte, relativa a su autoinculpación en la matanza, y rechazando –por insuficiencia acreditativa– la eximente, lo que le mereció severas críticas por no haber asegurado un juicio razonablemente justo en el “Caso Erdemovic”, pues el reconocimiento de culpabilidad (*guilty plea*) es una institución característica del derecho procesal penal anglosajón (*common law*), que el estatuto y las reglas del procedimiento del TPIY importaron, pero omitiendo establecer las precisas garantías que la deben acompañar.

Ya en pleno funcionamiento la CPI, y con mayor razón a causa de la sinuosa sintaxis del art. 31, N° 1, letra d del ER, es previsible que más pronto que tarde reaparecerá la oportunidad que (ahora, desde este tribunal) contribuya al desarrollo de una jurisprudencia internacional, entre otros temas, sobre los alcances del estado de necesidad coactivo.

2.1.8. El error

Respecto del influjo liberatorio del error en la conducta delictiva, el estatuto contiene una única cláusula que, por un lado, refleja un anacronismo dogmático, con la partición del *error iuris* y del *error facti* (acaso, producto de la marcada influencia de la tradición jurídica anglosajona), aunque, por cierto, mitiga los efectos del clásico aforismo del *error iuris nocet* (o *error iuris non criminalis exculpat*, estipulado en el inicio del art. 32, N° 2), al prescribir que el error de hecho y de derecho exoneran en tanto sean idóneos para neutralizar “el elemento de intencionalidad requerido por el crimen” (art. 32, N° 1 y 2 *in fine*).

De tal manera, y a pesar de la caducidad científica de esa dicotomía (hace tiempo reemplazada por la bisección entre el error de tipo y el error de prohibición, según recaiga sobre los elementos del tipo objetivo –es decir, acerca del conocimiento de lo que se hace–, o sobre la prohibición y antijuridicidad de la acción –o sea,

acerca del conocimiento de la ilicitud de lo que se hace–), la irrelevancia del error de derecho no aparece inflexiblemente consagrada en el ER, sino, en todo caso, condicionada a que haya sido incapaz de hacer desaparecer la determinación de la voluntad del agente en orden al logro del designio delictivo, o que el causante haya actuado en virtud de órdenes superiores y disposiciones legales (art. 33). Con otras palabras, si bien la regulación estatutaria del error es obsoleta, sus consecuencias quedan libradas a la interpretación de la Corte encargada de resolver, en definitiva, acerca de su virtualidad exculpatoria; vale decir, es técnicamente incorrecta, pero pudo ser peor.

2.1.9. Obediencia debida

Según el ER, la obediencia debida –como regla– carece de aptitud exonerante para el acusado, a menos que concurren algunas de las siguientes situaciones: a) que el sujeto “estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate” (art. 33, N° 1, letra a); b) que “no supiera que la orden era ilícita” (art. 33, N° 1, letra b); y/o c) que “la orden no fuera manifiestamente ilícita” (art. 33, N° 1, letra c), mas dejando constancia que “a los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas” (art. 33, N° 2).

En forma complementaria, no será ocioso recordar aquí que, conforme lo expuesto al tratar sobre la responsabilidad penal individual (art. 25), la misma se extiende no sólo al que ejecuta las acciones típicas (es decir, al autor o coautor material en tanto “cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducta de otro”: art. 25, N° 3, letra a), sino también a los jefes a los que aquel esté subordinado y deba obediencia (claro está, siempre que los mandamás y la cadena de conducción intermedia le hayan ordenado la realización delictiva: art. 25, N° 3, letra b).

El tema tiene aristas complejas; pues desde los históricos juicios de la posguerra, para los crímenes perpetrados durante el periodo 1939-1945, sin dejar de tener en cuenta los inconclusos

procesos a los miembros de las fuerzas de seguridad argentinas, que acataron las disposiciones de las sucesivas Juntas Militares, a raíz de la efectivización de los planes sistemáticos de secuestros, torturas, desapariciones forzadas de personas y asesinatos, ni, por último, los enjuiciamientos a los “guardianes del muro”, que desde el sector alemán oriental eran los encargados de abortar los repetidos intentos de cruzar al lado occidental, entre tantos otros ejemplos que podrían citarse, la causal de justificación de obediencia jerárquica fue recurrentemente invocada en los descargos materiales de los reos y recogidas por sus defensas técnicas. En nuestro país, por caso, el asunto adquirió tal importancia que en el gobierno transicional de Raúl R. Alfonsín, luego de una serie de asonadas de grupos castrenses (los denominados “carapintadas”, al comando de los ex coroneles Aldo Rico y Mohamed Alí Seineldín) que tuvieron en vilo a la sociedad, e incluso a la continuidad democrática, se sancionaron las leyes de “Punto Final” 23.492 (pub. en el BO del 29/12/1986) y de “Obediencia Debida” 23.521 (pub. en el BO del 09/06/1987), que junto a los indultos decretados en la administración de Carlos S. Menem terminaron por conformar un férreo cerco jurídico de impunidad que, recién, empezó a desmoronarse tras el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad” (S. 767. XXXVIII. RHE, sent. del 14/06/2005), para las leyes aludidas, y en el caso “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad” (M. 2333, 2334, 2335, XLII, sent. del 13/07/2007), para las exenciones presidenciales acordadas a partir de 1989.

Lo cierto es que, si se toma como punto de partida, el invariable rechazo de la obediencia debida como eximente plena de la responsabilidad penal, tanto en los estatutos de Nuremberg (art. 8) y Tokio (art. 6), cuanto en los de los tribunales *ad hoc* (TPIY y TPIR, arts. 7 y 6), la regulación del ER parecería dar un paso atrás para la efectividad de los castigos a los criminales desde que, al menos, contempla ciertas matizaciones beneficiosas para los subordinados.

Una vez más, traigo a colación las lúcidas reflexiones de Camaño Viera, cuando al abordar el asunto que vengo desarrollando, aunque desde la perspectiva de la ley oriental de adecuación al tratado romano, sostuvo que “en esta materia, el ER ha modificado un principio fundamental de derecho internacional, que hasta 1998, solamente autorizaba una rebaja de pena, pero no la exención de responsabilidad, si el acusado actuó de acuerdo a órdenes del superior. Relva señala que esta modificación es desafortunada, pues implica una rebaja de estándares establecidos a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg y en las Convenciones Interamericanas contra la Desaparición Forzada y la Tortura, que no contemplan la posibilidad de eximir de responsabilidad. La ley uruguaya de implementación recoge el estándar más exigente..., al establecer que la actuación bajo órdenes superiores, o la existencia de circunstancias excepcionales, no pueden ser invocadas como eximentes de responsabilidad. Esto quiere decir que la ley 18.026 introdujo un estándar diferente al del ER, que sí admite la posibilidad de eximir de pena en tales casos.

¿Cómo se resuelve esta contradicción? ¿Prima la ley de implementación o el ER? Si se parte de la base que el ER es un ‘piso mínimo’ a partir del cual los Estados pueden establecer estándares superiores, podría llegarse a sostener la primacía de la ley nacional, bajo el argumento que permite una más efectiva persecución penal. En tal sentido, puede sostenerse que la correcta aplicación del principio de complementariedad deja a éstos con las manos libres para decidir la extensión de los tipos penales. Desde este punto de vista, son los Estados, según sus legislaciones nacionales, los que deben establecer tipificaciones que no necesariamente deben coincidir con la proveniente del derecho internacional. Un argumento coadyuvante podría ser que el ER dejó de lado aquellos estándares establecidos en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, que sólo admiten la posibilidad de una rebaja de pena.

Sin embargo, si tomamos en cuenta las garantías del justiciable, el ER establece una protección superior en relación a la

ley nacional, pues es evidente que en el ámbito local se impide ejercer una defensa válida (según el ER) que puede desembocar en una exención de responsabilidad (y por tanto, de pena). Desde esta óptica, sería un caso asimilable a aquel en que el derecho internacional confiere un derecho a una persona (en este caso, el derecho a invocar una eximente), y por tanto, no sería pasible de limitación por una ley nacional. Dicho de otra manera: si el derecho internacional confiere una protección superior a los derechos de la persona, la legislación interna jamás puede establecer un estándar inferior. Planteadas así las cosas, ningún interés en la efectividad de la persecución penal podría prevalecer sobre los derechos del justiciable (mucho menos cuando el derecho penal contiene un tratamiento más benigno para el imputado). En esta línea de razonamiento, una persona sometida a enjuiciamiento en el Uruguay podría alegar la primacía del ER frente a la ley nacional e invocar válidamente el cumplimiento de órdenes superiores, en aquellos casos en que jurídicamente es posible esgrimir esta defensa²⁹.

Reaparece, en este tema, el constante dilema del derecho penal y procesal penal, en general, y del derecho penal internacional, en particular, entre la opción por la mayor eficacia persecutoria, con el objeto de que ningún criminal quede impune (maximización punitivista), o por las mejores garantías al criminalizado, para que ninguna persona quede sin que se le asegure la plenitud de sus derechos (maximización garantista).

2.2. Principios de derecho penal, parte especial

En lo relativo a las normas de derecho penal especial, como es sabido, el ER tipifica –de momento– tres delitos básicos; a saber: genocidio (arts. 5, •Nº 1, letra a• y 6); crímenes de lesa humanidad (arts. 5, –Nº 1, letra b– y 7); y crímenes de guerra (arts. 5,

²⁹ Cfr. “La implementación del Estatuto de Roma en el Uruguay”, en el sitio web de la Comisión Andina de Juristas (<http://www.observatoriodpi.org/ver-articulo.php?id=18>).

–Nº 1, letra c– y 8); sin desmedro de aquellos ilícitos que se relacionan con su propio sistema de administración de justicia³⁰.

Procurando realizar en este plexo normativo el principio de legalidad (arts. 22-23), soslayado por el Acuerdo de Londres que habilitó a las potencias vencedoras en la SGM a materializar los juicios de Nuremberg y Tokio, el ER –tal como lo aclara Zavala Baquerizo– “se apresura, en los artículos posteriores [al nº 5], no sólo a describir todas y cada una de las conductas que deben ser comprendidas dentro de cada uno de los delitos más graves [es decir, a codificarlos en debida forma], sino que, además, fija los llamados ‘Elementos de los Crímenes’, conforme lo establece el art. 9, ER, que ‘ayudarán a la Corte a interpretar y a aplicar los artículos 6, 7 y 8 en forma compatible con el Estatuto’. Esto es, que dichos ‘elementos’ son normas interpretativas que deberán considerarse parte integrante del Estatuto”³¹.

2.2.1. El crimen de agresión

En lo concerniente al crimen de agresión (art. 5, Nº 1, letra d), aunque forma parte de la competencia de la Corte, hasta tanto no se defina su contenido preciso carece de vigencia (art. 5, Nº 2), lo que significa que estamos frente a un “stand by” (al menos, hasta el 1º de julio de 2009, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 121 y 123)³², del que no será fácil salir, salvo que exista decidida voluntad

³⁰ Según la enunciación del art. 70, ellos son: prestar falso testimonio, Nº 1, letra a; presentar, a sabiendas de que lo son, pruebas falsas o falsificadas, Nº 1, letra b; corromper o tomar represalias contra los testigos u obstruir e interferir en sus testimonios, Nº 1, letra c; trabar, intimidar o corromper a un funcionario de la CPI para que incumpla sus deberes o lo haga de manera indebida, Nº 1, letra d; tomar represalias contra un funcionario de la Corte, en razón de su cargo, Nº 1, letra e; pedir o aceptar soborno en calidad de funcionario de la CPI y en relación con sus funciones oficiales, Nº 1, letra f.

³¹ Cfr. “El artículo 25...”, p. 8.

³² El delito de agresión, en síntesis, fue incluido en el ER a reserva de una posterior definición. Recién podrá entrar en vigor, en el mejor de los casos, siete años después de la vigencia del Estatuto (de allí, la fecha preindicada), pero siempre y cuando se apruebe la enmienda por la mayoría calificada exigible para la Asamblea de los Estados Partes (AEP).

política de los Estados Partes para poner fin a esta situación vergonzante y paradójica, si se tiene en cuenta -como también se dijo *supra*- que ya en las sentencias de posguerra hubo condenas por este injusto internacional, al que el *Drafting Committee* se refiriera aseverando que constituye crimen de agresión el "uso de fuerzas armadas por un Estado contra la integridad territorial, o la independencia política de otro Estado, o de cualquier otra manera contraria a la Carta de las Naciones Unidas".

2.2.2. El genocidio

En primer lugar, examinado desde una perspectiva sociológica, Daniel Feierstein ha podido categorizar diversas etapas por las que, en general, atraviesan los procesos y prácticas sociales genocidas (etimológicamente, "gen" es el prefijo griego que indica la comunión de características genéticas, la raza; y "cidio" el sufijo latino que significa matar, exterminar), considerando al genocidio como un modo de aniquilamiento de un grupo de población como tal (acorde a la Resolución 96/1 de la Asamblea General de la ONU, del 11 de diciembre de 1946). Esos momentos son, según el autor consultado, los siguientes: a) la construcción de la otredad negativa; b) el hostigamiento; c) el aislamiento; d) las políticas de debilitamiento sistemático; e) el aniquilamiento material; y f) la realización simbólica de las prácticas sociales genocidas³³.

Bajo esos parámetros, "una práctica social genocida es tanto aquella que tiende y/o colabora en el desarrollo del genocidio, como aquella que lo realiza simbólicamente a través de modelos de representación o narración de dicha experiencia. Esta idea permite concebir al genocidio como un proceso, el cual se inicia mucho antes del aniquilamiento y concluye mucho después, aun cuando las ideas de inicio y conclusión sean relativas para una

³³ Cfr. *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007, pp 215-239.

práctica social, aun cuando no logre desarrollar todos los momentos de su propia periodización"³⁴.

Ahora bien; desde el punto de vista estrictamente jurídico, el crimen de genocidio se configura como ilícito internacional a partir de la Convención de Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1948. Además, como quedara expuesto antes, ahí ya estaba el embrión de un tribunal supranacional estable para su juzgamiento, y ésta fue la razón por la que los Estados Unidos de América demoró tanto tiempo en ratificar esa Convención, es decir, su constante aversión a la CPI no es un problema que se inició con la administración Bush (h), como algunos creen, lo que sucede es que los norteamericanos -no obstante la aprobación de Bill Clinton al ER, cuando ya estaba más afuera que adentro de la Casa Blanca- tienen intereses permanentes, acorde a su propia naturaleza de potencia con vocación hegemónica e imperial, que ya en 1948 tuvo fundadas reservas para ratificar la Convención de Naciones Unidas contra el Genocidio; por eso mismo se explican sus reservas, primero, y su obstinado boicot después de la sanción del ER, tema sobre el que volveré en el acápite siguiente.

El genocidio es definido en el art. 6 como aquel que se comete con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso "como tal", e incluye los siguientes actos: a) la matanza de sus miembros; b) la lesión grave a la integridad física o mental de sus integrantes; c) el sometimiento deliberado del sector a condiciones de existencia que acarreen su destrucción física, total o parcial; d) las medidas destinadas a impedir la procreación dentro del grupo; y e) el traslado forzoso de los niños de esa comunidad a otra.

Si bien la ciencia jurídica no ha podido lograr, todavía, verdaderos consensos en lo relativo al significado y extensión de esta ilicitud, tal como lo relevara Hernán L. Folgueiro al reproducir muchas de las definiciones doctrinarias que han pretendido precisar, en fórmulas más o menos delimitadoras, el concepto de genocidio (entre otras, expuso las discordantes

³⁴ *Ib.*, p. 46.

acepciones del vocablo que prohíjan Frank Chalk y Kurt Jonassohn, Israel W. Charney, Helen Fein, Steven Katz, Jacques Sémelin, Daniel Feierstein y Mark Levene), “los redactores del Estatuto de Roma optaron por conservar la misma definición del delito de genocidio que la prevista por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Esta decisión es políticamente comprensible. Cuando se estaba debatiendo principalmente la constitución de una corte penal internacional de carácter permanente, la discusión sobre el alcance del delito de genocidio, por el alto grado de divergencias que su definición provoca en el seno de la comunidad internacional, podría haber puesto en riesgo el objetivo principal de las reuniones, esto es, la propia constitución del Tribunal Penal Internacional...”.

Sin embargo, Folgueiro añade enseguida que “más allá de estas consideraciones, es necesario destacar que la incapacidad de la comunidad internacional para redefinir, luego de más de cincuenta años un concepto obsoleto, debe ser vista como un síntoma negativo... Actualmente, sólo están protegidos por el Estatuto los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos. Por lo tanto, la tortura y asesinato de un grupo de homosexuales como tal, de un grupo de disidentes políticos o de un grupo de personas de bajos recursos económicos no puede ser considerado genocidio de acuerdo con los alcances del Estatuto... Es de esperar que en un futuro, siguiendo el procedimiento previsto por el propio Estatuto se tipifique el crimen de genocidio teniendo en cuenta los casos que no fueron tomados en consideración cuando se redactó la Convención, para que quede protegido por la norma de genocidio ‘todo grupo de individuos sujeto a persecución’...”³⁵.

En ese mismo sentido, precisamente, la ley uruguaya de implementación del ER criminaliza el delito de un modo más

³⁵ De ese modo, lo desarrolló en el capítulo “El crimen de genocidio. Análisis del art. 6º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en Filipini, Leonardo G.; Folgueiro, Hernán L.; Parenti, Pablo F., *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 180-182.

abarcativo que en el tratado, cuya legislación interna pretende adecuar, incorporando como hipotéticos sujetos pasivos de genocidio (además del “grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”, del art. 6) al sector “político, sindical o a un grupo con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud” (art. 16, ley 18.026).

Comentando tal preceptiva, Diego Camaño Viera acertadamente objeta la laxitud del enunciado legal, por considerar que “si bien el ER constituye un ‘piso mínimo’ a partir del cual los Estados tienen libertad de establecer tipificaciones más amplias, lo cierto es que varias de las inclusiones son tan indeterminadas que plantean dudas desde el punto de vista del principio de legalidad. En efecto, la pertenencia a un grupo nacional, étnico, racial o religioso implica una permanencia del individuo en el grupo... Sin embargo, la ley 18.026 incluye grupos no contemplados en el ER, con la dificultad de que la pertenencia a tales grupos es indeterminada y variable. Un ejemplo es la pertenencia a un partido o sindicato, que no es inmutable sino por el contrario, producto de opciones que pueden cambiar con el correr del tiempo, en función de distintas coyunturas políticas o laborales. Más indeterminada aún es la referencia a otros grupos, pautados por la orientación sexual o de edad. En el caso del grupo ‘cultural o social’ es aún más difícil ensayar una definición, y por tanto determinar criterios de pertenencia. Todo ello hace que la tipificación del genocidio en la ley de implementación sea bastante débil desde el punto de vista del principio de legalidad penal”³⁶.

2.2.3. *Los delitos de lesa humanidad*

A su vez, el art. 7º se refiere a los crímenes de lesa humanidad, entendiendo por tales a aquellos que se perpetran como parte de un ataque generalizado o sistemático –y a sabiendas– contra una población civil, esto es: asesinato (Nº 1); exterminio (Nº 2); esclavitud (Nº 3);

³⁶ Cfr. “La implementación...”, en la página web de de la Comisión Andina de Juristas (<http://www.observatoriodpi.org/ver-articulo.php?id=18>).

vidad (Nº 3); deportación (Nº 4); encarcelamiento en violación a las normas cardinales del derecho internacional (Nº 5); tortura (Nº 6); violación y demás ultrajes sexuales (Nº 7); persecución de un grupo por causas políticas, raciales, étnicas, culturales, religiosas y de género (Nº 8); la desaparición forzada de personas (Nº 9); apartheid (Nº 10); y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (Nº 11), con lo cual toda la descripción típica queda riesgosamente abierta al criterio del intérprete, en inevitable fricción con el principio de legalidad.

En efecto, cada vez que la ley penal emplea la expresión “otros similares” franquea el uso de la analogía, a través de un catálogo amplio de posibilidades para el juzgador. A partir de Feuerbach, sobre todo, los penalistas recibimos un valioso legado conforme al cual el adjetivo “otros” nos genera un razonable resquemor, con lo cual la cultura penal moderna y las buenas intenciones del derecho punitivo internacional pueden tener aquí un punto de rozamiento³⁷, pues esa fórmula constituye, sin dudas, un punto objetable y enseguida se verá cómo, lamentablemente, reaparece en el último de los tres delitos de competencia de la Corte³⁸.

Al analizar minuciosamente esta tipificación, comenzando por sus antecedentes en la segunda posguerra, siguiendo –luego– su constante evolución en la última mitad del siglo XX, Pablo F. Parenti sostuvo que “la definición incluida en el Estatuto de Roma recoge el desarrollo que el derecho internacional exhibió a partir de la Segunda Guerra Mundial... Desde

³⁷ Al referirse al contemporáneo fenómeno de la supranacionalización del derecho penal, Bacigalupo afirma que “la vaguedad de ciertos conceptos, vistos desde la óptica penalista, no desaparece con su codificación” (cfr. *Hacia...*, p. 577).

³⁸ En idéntico sentido se expresa Gramajo, al afirmar que “... en lo que se refiere a los crímenes de lesa humanidad, debe señalarse que el Estatuto de Roma no ha logrado definir con toda claridad la categoría residual de ‘otros actos inhumanos’, con el agregado de ‘similar gravedad o carácter’, puesto que no es posible con ello determinar la conducta punible, abriendo paso a la aplicación de normas penales por analogía. Ello presentará problemas interpretativos desde el punto de vista constitucional” (cfr. ob. cit., p. 175).

su origen como categoría asociada a la criminalidad de guerra ha recorrido un largo camino hasta llegar a la definición incluida en el Estatuto de Roma... Como es sabido, la categoría de los ‘crímenes contra la humanidad’ fue incorporada a la Carta del Tribunal Militar Internacional que integra el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945... [Ello] respondió a la intención de no restringir la actuación del tribunal sólo a aquellos hechos que configuraban crímenes de guerra en sentido estricto... [pues] el propósito de las potencias vencedoras incluía el juzgamiento de conductas en contra de civiles que no estaban comprendidas en esta definición tradicional de los crímenes de guerra...”.

Acaso “pueda criticarse la falta de una aclaración expresa respecto de qué tipo de organizaciones, además del Estado, pueden aportar el elemento político (‘policy element’) necesario para la existencia de un ‘ataque’. Ello deja subsistente el riesgo de que se realicen interpretaciones que desvirtúen el sentido de los crímenes contra la humanidad e intenten transformarlos en una herramienta penal contra el ‘crimen organizado’ en lugar de mantener su función de prohibir conductas ejecutadas, impulsadas o toleradas por el poder político... (aunque de todas formas la definición del ER) “es acorde a los últimos desarrollos del derecho penal internacional y que su consagración en dicho instrumento permite considerar superadas algunas discusiones sobre los rasgos característicos de la figura...”³⁹.

Un problema interpretativo adicional pasa por la correcta demarcación de si un ilícito, aun cuando haya sido cometido con la mayor barbarie, puede ser categorizado –sin más exigencias que ese extremo salvajismo– como de lesa humanidad.

Convocada a pronunciarse sobre tan compleja temática, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al compartir y hacer propio el dictamen del Procurador General Dr. Esteban Righi, en definitiva dejó expresamente establecido que “los crímenes de

³⁹ Así, en el segmento “Crímenes contra la humanidad. Origen y evolución de la figura, y análisis de sus elementos centrales en el Estatuto de Roma”, en AAVV, *Los crímenes contra la humanidad...*, ob. cit., pp. 11 y 67.

lesa humanidad, al igual que los delitos contra las personas, implican ambos la lesión de derechos fundamentales de los seres humanos. La distinción tiene su punto de partida en que los crímenes de lesa humanidad no lesionan sólo a la víctima que ve cercenados por el delito sus derechos básicos, sino que también implican una lesión a toda la humanidad como conjunto. Esta es la característica que fundamenta, entre otras cosas, la jurisdicción universal de este tipo de crímenes. El autor comete un crimen contra toda la humanidad, no sólo contra su víctima directa...⁴⁰

Más todavía; para precisar cuál es la esencia del bien jurídico protegido que subyace en la tipificación de este injusto internacional, con cita de David Luban, se adujo que "los crímenes de lesa humanidad representan la amenaza más grave: se trata de casos en los que la política se ha vuelto cancerosa o perversa. El ser humano no puede vivir sin una organización política, pero la constitución de un orden institucional crea el riesgo y la amenaza permanente de que éste se vuelva en contra del hombre... Los casos de crímenes de lesa humanidad son justamente la realización de la peor de esas amenazas, la de la organización política atacando masivamente a quienes debía cobijar". "Humanidad", por lo tanto, en este contexto, se refiere a la característica universal de ser un "animal político" y la caracterización de estos ataques como crímenes de lesa humanidad cumple la función de señalar el interés común, compartido por el género humano, en que las organizaciones políticas no se conviertan en ese tipo de maquinaria perversa. El criterio de distinción entonces radicaría no en la naturaleza de cada acto individual (es decir, por ejemplo, cada homicidio) sino en su pertenencia a un contexto específico: "El alto grado de depravación, por sí mismo, no distingue a los crímenes de lesa humanidad de los hechos más crueles que los sistemas locales criminalizan. Más bien, lo que distingue a los crímenes de lesa humanidad radica en que son atrocidades cometidas por los gobiernos u organizaciones cuasi-gubernamentales

⁴⁰ Cfr. CSJN, en los autos "Derecho, René Jesús" (D. 1682. XL., dict. del Proc. Gral. del 1º de noviembre de 2006, y sent. del 11 de julio de 2007).

en contra de grupos civiles que están bajo su jurisdicción y control... Con ello aparece dada una característica general que proporciona un primer acercamiento para dilucidar si determinado delito es también un crimen de lesa humanidad. Se podría configurar ese criterio como un test general bajo la pregunta de si el hecho que se pretende poner a prueba puede ser considerado el producto de un ejercicio despótico y depravado del poder gubernamental...⁴¹

En compendio, cabe recordar que acerca de los bienes jurídicos afectados por los crímenes contra la humanidad (o crímenes de lesa humanidad) el TPIY, en el caso "Erdemovic", sostuvo que "los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima" (ver "The Prosecutor v. Drazen Erdemovic", sent. del 29 de noviembre de 1996, parágrafo 28)⁴².

2.2.4. Los crímenes de guerra

Por último, en lo relativo a los crímenes de guerra (art. 8), éstos se refieren tanto a los conflictos internacionales como a los de

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Tal como lo expusiera la Sala I de la Cámara Federal (causa 33.714, caratulada "Videla, Jorge Rafael", sent. del 23 de mayo de 2002), en el proceso abierto a raíz del tenebroso "Plan Cóndor", con el que se designa a la relación delictiva establecida entre gobiernos de distintos países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay), con el objeto de compartir información y cooperar en la persecución ilícita -incluyendo secuestros, torturas, desaparición forzada de personas y homicidios- de opositores a las dictaduras militares del cono sur, en la década de los '70.

orden interno, y mientras que de aquéllos se describe una por demás extensa nómina de tipicidades, que superan la treintena, de estos últimos se prevé la mitad⁴³. Los primeros, básicamente, consisten en las infracciones graves a los Convenios de Ginebra (del 12/08/1949)⁴⁴, así como en “otras” violaciones, igualmente importantes, de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, dentro del marco del derecho internacional, vocablo entrecomillado que, reitero, no cierra debidamente el tipo penal, al menos, como lo exige una irrestricta aplicación del principio de legalidad. También son de la competencia de la CPI los crímenes cometidos en conflictos armados internos; a saber: los ilícitos ejecutados contra las personas que no participan en forma directa en las hostilidades y “otras” violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados no internacionales, dentro del marco del derecho internacional.

En especial, acerca de la responsabilidad penal de jefes de estado o de gobierno por crímenes de guerra (y por otros anexos), tras la clamorosa decepción que produjo el incumplimiento del Tratado de Versalles, los primeros a los que se pudo procesar fueron el ex premier nipón Hideki Tojo, a partir de 1946, dentro de los juicios de Tokio y a consecuencia de haber dirigido las cuentas operaciones militares de su país durante la SGM hasta 1944, quien resultara condenado a morir en la horca (ejecución que tuvo lugar en diciembre de 1948), y el ex presidente yugoslavo Slobodan Milosevic, por orden del TPIY y como derivación de la “Guerra de los Balcanes”, aunque éste ni siquiera llegó a oír la sentencia al haber fallecido en marzo de 2006, estando detenido en una prisión de La Haya. Muy distinto fue el proceso seguido a Saddam Hussein, al que me referiré luego. Eso sí, sería esperable que, en lo sucesivo, con la institucionalización de la CPI, tales juicios consigan ensanchar efectividad y aseguramiento de los estándares iushumanitarios exigibles en materia de garantías forenses.

2.2.5. *Excursus: el caso “Montoneros”*

A propósito del grave atentado cometido el 2 de julio de 1976 en el edificio de la calle Moreno 1431 de la ciudad de Buenos Aires, a la sazón sede de la Superintendencia de Seguridad Federal de la Policía Federal Argentina, cuando el estallido de un artefacto explosivo provocó gran cantidad de muertos y heridos, así como la destrucción de parte de ese inmueble, ataque que le fuera atribui-

orden interno, y mientras que de aquéllos se describe una por demás extensa nómina de tipicidades, que superan la treintena, de estos últimos se prevé la mitad⁴³. Los primeros, básicamente, consisten en las infracciones graves a los Convenios de Ginebra (del 12/08/1949)⁴⁴, así como en “otras” violaciones, igualmente importantes, de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, dentro del marco del derecho internacional, vocablo entrecomillado que, reitero, no cierra debidamente el tipo penal, al menos, como lo exige una irrestricta aplicación del principio de legalidad. También son de la competencia de la CPI los crímenes cometidos en conflictos armados internos; a saber: los ilícitos ejecutados contra las personas que no participan en forma directa en las hostilidades y “otras” violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados no internacionales, dentro del marco del derecho internacional.

Acotadamente puede sostenerse que bajo el rótulo común de crímenes de guerra queda comprendida una amplia gama de conductas delictivas que, por lo general, implican una violación de las protecciones e inmunidades establecidas por las normas convencionales dictadas en favor de las víctimas de las guerras, integradas, en definitiva, por las infracciones graves del derecho

⁴³ Pablo A. Ramella hizo una nítida diferenciación entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Así, según expuso, “los primeros se refieren a los excesos cometidos por los beligerantes en perjuicio de las personas o de los bienes y que no están enderezados a la conducción de la guerra; y que los segundos son los crímenes que pueden cometerse durante una guerra, pero no necesariamente en ella, y que por su atrocidad conmueven más íntimamente a los sentimientos entrañables del hombre” (cfr. *Crímenes contra la humanidad*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 21).

⁴⁴ Entre otras ilicitudes, destacan el homicidio intencional; la tortura o los tratos inhumanos; los experimentos biológicos; el causar deliberadamente grandes sufrimientos; los atentados graves contra la integridad física o la salud; la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala; el forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas del enemigo; el privar intencionalmente a un prisionero de guerra o a una persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones de los Convenios; la deportación o el traslado ilegal; la detención ilegal de una persona protegida; y la toma de rehenes.

do a la organización insurgente “Montoneros”, se substanció un proceso penal en el que Mario Eduardo Firmenich –por entonces, cabecilla del grupo armado que un año antes había resuelto su pase a la clandestinidad, continuando la construcción de su proyecto revolucionario por la vía militar– fue imputado junto a otros encumbrados miembros de la cúpula del mismo (a saber: José María Salgado y Rodolfo Walsh, ambos ya fallecidos, Marcelo Kurlat, Horacio Verbitsky, Laura Silvia Sofovich, Miguel Ángel Lauletta, Norberto Habegger y Lila Victoria Pastoriza). En la causa los acusadores privados, ejerciendo la asistencia y representación jurídica de las víctimas, les imputaron delitos contra la humanidad, crímenes de guerra y terrorismo. Sin embargo, esa demanda penal no prosperó y el caso fue sobreesido, en primera y segunda instancia.

Respecto de los delitos de lesa humanidad, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal (a través de su Sala 1ª, integrada por los jueces Gabriel Cavallo, Eduardo Farah y Eduardo Freiler), en su sentencia definitiva del 21 de diciembre de 2007, resolvió: “En suma, el término organización, si no se vincula con el Estado, debe referirse a un ente –autoridad– que ejerza una dominación política análoga... Ni siquiera en la versión que ofrece la querrela la agrupación ‘Montoneros’ constituyó una organización entendida en esos términos, por lo que es equivocado sostener que los delitos a ella atribuidos constituyen crímenes contra la humanidad. Sin duda, el error radica en confundir la pretensión de acceder al poder político, que caracteriza a toda agrupación política –violenta o no–, con el ejercicio del poder político, de dominio sobre una población civil determinada, con el alcance descripto en los párrafos que preceden...”.

A su vez, acerca de los crímenes de guerra, sostuvo: “Por crimen de guerra entendemos toda violación a una regla de derecho humanitario cuya punibilidad surja directamente de dicho derecho. El concepto se extiende no sólo a conflictos armados internacionales sino también a conflictos armados internos, pero siempre que estos últimos alcancen la duración e intensidad requeridas para ello. De modo que no toda violación vinculada a conflictos armados constituye un crimen guerra, ni tampoco toda situación

de violencia armada representa un conflicto armado (Werle, ob. cit., p. 424)... En cierta medida la pauta a tener en cuenta para comprender la categoría de crímenes contra la humanidad se repite aquí, si se parte de que deben estar comprometidos los intereses de la comunidad internacional, y que para que esto suceda el conflicto armado debe ser comparable con un conflicto interestatal, por lo que tampoco puede prescindirse de un determinado elemento contextual. Sólo en ese caso se justifica la superación del plano doméstico y la aplicación del derecho penal internacional. Así se deriva de la interpretación del art. 8.2 d) y f) del Estatuto de Roma, donde –más allá de la aclaración de que las ‘tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos’ no constituyen conflictos armados– se especifica que el conflicto debe darse ‘entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos’... Como señala Werle ‘puede sostenerse que el derecho internacional humanitario y en particular el derecho internacional bélico intervienen sólo cuando un conflicto interno del Estado, en razón de la organización de las partes –que conlleva mayores fuerzas de combate y la posibilidad de dirigir a los combatientes– es comparable con un conflicto interestatal, independientemente de la participación de tropas estatales en el conflicto. Con ello se explica también la ya mencionada elevada intensidad que debe presentar un conflicto interno del Estado. Mientras en un conflicto interestatal, en el que se enfrentan normalmente dos ejércitos, existe ya ‘con el primer disparo’ el peligro de una escalada de consecuencias imprevisibles, erupciones aisladas de violencia en conflictos internos de los Estados no son, en cambio, capaces de hacer peligrar la paz mundial’ (Werle, ob. cit., p. 454). Dicho esto, es pertinente recordar que esta Cámara Federal, en la sentencia recaída en la conocida como causa 13 –también rememorada por la querrela–, consideró probado como un dato relevante para construir el reproche hacia la actividad delictiva de los altos mandos de la última dictadura militar, que ‘durante el año 1975 las bandas subversivas fueron derrotadas en todas las acciones de envergadura emprendidas’ y su capacidad operativa había sido drásticamente disminuida (cfr. *La*

sentencia, imprenta HCN, t. I, p. 76). También se declaró en esa ocasión que los grupos disidentes ‘no se habían adueñado de parte alguna del territorio nacional; no habían obtenido el reconocimiento de beligerancia interior o exterior; no resultaban desembozadamente apoyados por alguna potencia extranjera’ (cfr. ob. cit., t. II, p. 744). De allí cabe concluir, que el atentado tampoco constituyó un crimen de guerra, como categoría integrante del derecho penal internacional...”.

En fin, en lo atinente al delito de terrorismo, los jueces consideraron que: “En esta materia es donde mayor confusión exhibe la pretensión de la querrela que no duda en calificar de terrorista el atentado, aun cuando tenga que recurrir a la definición del ‘Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo’ (2000 –ley 26.024 del 19/4/05–), ni tampoco en concebirlo como parte del derecho penal internacional, ya sea dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad o dentro de los crímenes de guerra, o bien dentro de ambas. Ya exteriorizamos nuestra precaución frente a lo que puede ser atribuido al dinamismo y evolución de los conceptos dentro del derecho penal internacional. También, al referirnos al Estatuto de Roma, dejamos en claro la diferencia entre reconocer y crear, en el entendimiento de que por sobre la reafirmación y precisión que aportan los convenios internacionales, la punición e imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra –también los crímenes contra la paz–, fueron consagradas con mucha anterioridad por el derecho internacional consuetudinario asumiendo la categoría de *ius cogens*. Ello nos sirvió para darle un marco definido a ambas clases de crímenes... Sobre este basamento no es posible pasar por alto, tal como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ‘el concepto de terrorismo ha sido sumamente difuso y ampliamente discutido, al punto que ni siquiera se logró un consenso en el Estatuto de Roma, donde no fue posible lograr una definición, pese a la unánime condena’, y que ‘tampoco en el sistema regional americano la Convención Interamericana contra el Terrorismo adoptada en Barbados el 3 de junio de 2002 (ratificada por ley 26.023) logró

un consenso sobre su tipificación ni sobre su consideración como crimen de lesa humanidad’. En base a ello, se concluyó que ‘mal puede considerarse la vigencia de un derecho internacional consuetudinario consagradorio de la tipicidad e imprescriptibilidad de delitos sobre cuya definición no se ha logrado acuerdo entre los estados hasta el presente’ (Fallos 328:1268, del voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni). Efectivamente, es sabido que en la discusiones previas al Estatuto un grupo de crímenes integrado principalmente por los crímenes de terrorismo, el tráfico de drogas y las violaciones a la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado –*treaty crimes*, en contraposición con los *core crimes*– fueron materia de controversia en cuanto a si debían ser incluidos o no. En particular, si bien hubo un consenso claro a favor de la no inclusión, las principales razones sostenidas en contra de la pretensión de algunos Estados de abarcar al terrorismo y al tráfico de drogas fue el carácter diferente de estos crímenes, el peligro de sobresaturar la Corte con casos relativamente menos importantes y la capacidad de los Estados de afrontar con eficacia estos crímenes a través de acuerdos de cooperación internacional (v. Von Henel, H. y Robinson, D., “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results*, Edited by Roy S. Lee, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston). Por estos motivos, tampoco la calificación del atentado ocurrido en el año 1976 como terrorista, más allá de la enorme carga negativa de esa denominación, permite hacer a un lado las normas internas en materia de prescripción de la acción penal...”.

Si bien en los fragmentos transcritos del fallo se hacen reiteradas referencias al ER y a la CPI las mismas son, en general, para negar que esa (y otras) formaciones especiales que se desarrollaron desde la clandestinidad, aunque sin tener vinculaciones con el ejercicio de los poderes públicos del Estado, y/o con actividades ilícitas desarrolladas con la complicidad de éstos; máxime cuando no contaban con un dominio de parcelas territoriales

o con zonas de ocupación. Distinto sería el caso, por ejemplo, de los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL), cuya creación fuera expresamente consentida –si no auspiciada– por José Barriónuevo, primer ministro del Interior de Felipe González, y por Rafael Vera, ex secretario de estado para la Seguridad, con los cuales se pretendió combatir al extremismo vasco de ETA, recurriendo –ya en una fase avanzada de la restauración democrática española– al uso de una renovada modalidad de terrorismo de estado, mediante un sistema de represión ilegal que, en algunos aspectos, se podría emparentar a grupos paramilitares latinoamericanos como la Alianza Anticomunista Argentina (Triple A), comandada, entre otros, por el otrora ministro de Bienestar Social del gobierno peronista, José López Rega, que operó en nuestro país –con mayor grado de desenfreno– desde mediados de 1974 y hasta comienzos de 1976⁴⁵.

Con todo lo cual, en síntesis, queda patentizado que estos graves delitos internacionales, como los que se le adjudicaran a la organización “Montoneros”, deben quedar dogmáticamente configurados como delitos especiales que, en su estructura típica, requieren particulares cualidades de autor.

3. Principios de derecho procesal penal sobre los que se apunta la el funcionamiento de la CPI

En cuanto a los fundamentos jurídicos y las reglamentaciones procesales, se prevén tres etapas: la instrucción (arts. 53-61), el juicio (arts. 62-76) y el procedimiento recursivo (arts. 81-85).

⁴⁵ En diciembre de 2006, el juez federal Norberto Oyarbide declaró “crímenes de lesa humanidad imprescriptibles” a los delitos cometidos por la AAA, durante el gobierno de Isabel Perón, pues si bien la conformación de estos comandos parapoliciales se estableció aún antes del regreso de Perón –al parecer, bajo conocimiento de éste–, su apogeo terrorista tuvo lugar en el período que siguió a su muerte, el 1º de junio de 1974. Se consideró, así, que su primera acción pública fue la “Masacre de Ezeiza”, perpetrada el mismo día en que regresaba definitivamente al país el Gral. Juan Domingo Perón (es decir, el 20 de junio de 1973), cuando desde el palco tiraron contra miles de personas indefensas, provocando centenares de muertes y heridos.

3.1. En la etapa investigativa

En la investigación se aplican, en general, criterios donde es posible advertir la impronta del modelo anglosajón (*common law*), en tanto el Fiscal instruye la causa, aunque lo hace previa autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte, aspecto que ha sido cuestionado ya que implica una severa restricción al proceder del “Prosecutor”, quien debería poder actuar con mayor independencia, por lo menos en esta fase embrionaria. Luego, las medidas coercitivas –es decir, orden de detención, con contralor periódico, o de comparecencia– sólo las dicta la SCP (art. 58), siempre a solicitud del Fiscal, como sucede de ordinario en cualquier sistema acusatorio, a condición de que exista motivo razonable para creer que se cometió un delito de la competencia de la CPI (fundamento material), y si es necesario para asegurar el avance de la investigación o la presencia del imputado en el juicio (peligrosidad en términos procesales), incluso cuando se trata de impedir que el crimen internacional se siga cometiendo o que se cometa uno conexo.

Mención aparte corresponde al pálido rol asignado a las “víctimas de atrocidades”, según el sintagma contenido en el Preámbulo del ER; pues las mismas carecen de un derecho específico para accionar, acudiendo por sí, ante la Fiscalía, vale decir, dando inicio formal a la investigación mediante denuncia, entre otras atribuciones que le permitirían recuperar el papel de parte litigante, lo que hubiera sido de toda justicia para reinstalar al afectado por el delito en el sitial jurídico del que jamás debió ser despojado. De todos modos, se les reconoce la potestad de hacerlo, por vía oblicua, a través de las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales, e incluso aportando información confiable al Fiscal, quien evaluará su veracidad y suficiencia, procediendo a resultados de ese examen preliminar (art. 15, N° 1 y 2, en función del art. 13, letra c). Así, aunque de modo imperfecto e indirecto, quedaron entreabiertas las puertas de acceso a la justicia de los sujetos pasivos, en los ilícitos internacionales que conforman la competencia de la CPI, con arreglo a la generalizada

tendencia actual a restituir a las víctimas el ámbito de actuación que las concepciones tributarias del derecho penal y procesal penal "estatalizado" les cercenara, al apropiarse del conflicto subyacente con el victimario.

Se prescribe, asimismo, una audiencia de confirmación de cargos, al final de la instrucción preparatoria, ante la SCP (art. 61), donde el Fiscal debe exponer todos los elementos cargos con los que cuenta para pasar al estadio siguiente: a) si esas piezas convictivas son suficientes, la Sala confirma los cargos y se pasa al juicio; b) de lo contrario, el acusador puede pedir un tiempo adicional para ampliar y mejorar la pesquisa, aunque esta atribución habilita, a mi parecer, una modalidad de persecución penal indefinida, lo que genera –desde la perspectiva de los derechos humanos del justiciable, que no deben ser sacrificados en aras de la eficacia investigativa– un punto de ostensible tensión; c) en fin, tras levantar la audiencia mentada el Fiscal deberá presentar nuevas pruebas, o modificar los cargos originarios, con lo cual, insisto, cuenta con más de una oportunidad de poder ir contra la misma persona y por idéntico suceso criminoso, esto es, en sí, motivo de objeción para el razonable ejercicio de la *potentia puniendi* (de esa manera, desde el paradigma de un derecho procesal penal garantizador), pues, en tal hipótesis, todo parecería indicarnos que el imputado tiene derecho al sobreseimiento.

3.2. En la etapa de juicio

Durante el juicio, el carácter adversarial del proceso se acentúa de forma manifiesta; en efecto, se trata de una contienda partiva, donde los derechos que se le asignan al acusado se corresponden, en términos generales, con las clásicas cláusulas de garantía que se establecen en los tratados iushumanitarios; estos son: la presunción de inocencia, la carga de la prueba que pesa sobre el Fiscal, la regla *in dubio pro reo*, el derecho a un juicio público, justo y sin dilaciones indebidas, el derecho de defensa que incluye la información completa sobre los cargos y su prueba con tiempo suficiente como para preparar sus descargos, la posibilidad de

presenciar la audiencia y contar con asistencia jurídica privada u oficial, ofreciendo la prueba exculpatoria e interrogando a los testigos de la acusación, el derecho al silencio sin que éste implique presunción desfavorable y disponer de un intérprete, entre otros (arts. 66-67).

El tribunal de juicio no es otro que la Sala de Primera Instancia, con jueces imparciales que no intervinieron en la etapa instructoria y que tienen el deber de presenciar todo el desarrollo del pleito y asistir a las deliberaciones secretas, pudiendo fundar su fallo sólo en las pruebas producidas y discutidas en la audiencia, lo que constituye otro rasgo esencial del sistema acusatorio, toda vez que no pueden ir más allá de los hechos y circunstancias descriptos por el acusador (*ne procedat iudex ex officio*).

Algo más en lo concerniente al desarrollo del debate y, sobre todo, al desempeño de la víctima durante este supremo acto procesal, de carácter totalizador. En principio, se le imponen a la SPI las obligaciones de asegurar que el mismo sea justo, expedito y se tramite con pleno respeto a los derechos del acusado, pero debiendo tomar en cuenta, al propio tiempo, la protección del afectado por el delito y la de los testigos (art. 64, N° 2).

Bovino y Wortman Jofré critican ese dispositivo estatutario por estimar que "se trata de una regla general que, sin embargo, no menciona la exigencia de respetar plenamente los derechos de la víctima, sino el deber de tener "en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos". En este sentido, resulta claro que el mandato tiende a proteger los intereses en el éxito del juicio antes que los derechos de víctimas y testigos"⁴⁶.

En forma particularizada, al referirse a las atribuciones durante la realización de la contienda procesal de los sujetos pasivos de las "atrocidades", aludidas en el Preámbulo, el ER prescribe que la Corte autorizará que en su transcurso "se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieran afectados sus intereses personales"; mas siempre y cuando no sig-

⁴⁶ Cfr. "La víctima ante el procedimiento de la Corte Penal Internacional", en *Nueva Doctrina Penal* (NDP, 2004/B), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 699.

nifiquen un menoscabo a los derechos del acusado, ni se afecte la normal sustanciación de un debate justo e imparcial (art. 68, N° 3).

Aun así, comparto la reprobación de los autores recién citados, al concluir que “el Estatuto no parece garantizar a la víctima derecho alguno de intervención durante el juicio y, en todo caso, sólo dispone (de) la ‘posibilidad’ de presentar ‘opiniones y observaciones’, no a requerir medidas concretas”⁴⁷. Las adicionales Reglas de Procedimiento y Prueba que, como es sabido, son infraestatutarias, colman esa laguna al establecer –entre otras facultades de los ofendidos por el delito en juzgamiento– la de “presentar por escrito interrogatorios dirigidos a testigos, peritos o acusados, que pueden ser realizados por los representantes de la víctima o por la propia Sala” (art. 91, RPP).

Con luces y sombras, es cierto, no puede dejar de destacarse que el ER implica un considerable avance en el reconocimiento de la legitimación activa de las víctimas, en este tipo de procesos, respecto de sus símiles (v. gr., el TPIY y el TPIR); además, se abre ahora una vía directa de reclamación por los daños y perjuicios que les fueran irrogados, a propósito de los crímenes internacionales (art. 75).

Por último, la sentencia deberá adoptarse –de ser posible– por consenso, dándose a conocer por escrito la exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y sus conclusiones; si se tratase de un veredicto condenatorio, la SPI puede fijar la pena que estime corresponder conforme a derecho, o diferir su determinación, lo que la doctrina procesal conoce como cesura de juicio (arts. 74 y 76).

3.3. En la etapa impugnativa

En el período impugnativo actúa la Sala de Apelaciones que, mediante un sistema de recursos internos⁴⁸, es el órgano que tie-

⁴⁷ Ob. cit., p. 700.

⁴⁸ Pastor censura, con acierto, este sistema y sostiene que se debieron prever mecanismos de revisión exterior –por ejemplo, ante el Comité de DD.HH. de la

ne a su cargo el reexamen de la sentencia definitiva (así como de algunas otras decisiones previas), a través de dos vías: a) la apelación contra el fallo condenatorio o absolutorio, referido a vicios en el procedimiento –incluidas las anomalías del propio pronunciamiento–, a errores en la apreciación de los hechos y en la aplicación del derecho, y a la cuantía sancionatoria, esto es, en tanto traduzca desproporción entre la magnitud del crimen y la de la pena (arts. 81-82); y b) la revisión –sólo *benefitio rei*–, reservado para casos en los que por nuevas pruebas, antes desconocidas o no disponibles, por la falsedad de las pruebas decisivas y/o por prevaricación o grave inconducta de los jueces de la Corte, pueda llegarse a una conclusión diversa de la que diera lugar al dispositivo condenatorio (art. 84).

4. De las penas y su ejecución

4.1. El sistema punitivo

Referente a las penas imposibles, el ER diferencia las principales, es decir, la reclusión perpetua o temporal (cuyo máximo se prefijó en 30 años), de las accesorias, o sea, multa y decomiso (art. 77); además, en las sanciones divisibles por razón del tiempo, el tribunal las dosificará según la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (art. 78).

Permítaseme una nueva digresión, en este caso, vinculada a la perpetuidad de las penas de encierro en los delitos de lesa humanidad. En la condena a reclusión perpetua que le fuera impuesta a Miguel Alfredo Etchecolatz, de 77 años, por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata, se incluye un párrafo final en el que se consigna, a modo de epitafio, que

ONU, el TEDH o la CIDH–, pues “un poder penal especial y excepcional como el interestatal, que despierta incluso más reservas técnicas que los sistemas penales nacionales, con mucha más razón debería estar sometido a estos controles internacionales para cumplir con el requisito indispensable en la cultura penalista actual de que toda decisión penal, para ser de una calidad jurídica aceptable, brinde al afectado la posibilidad de buscar el amparo final de sus derechos en un ámbito externo al sistema que lo condenó...” (ob. cit., p. 149).

"Etchecolatz cometió delitos atroces y la atrocidad no tiene edad. Un criminal de esa envergadura, no puede pasar un sólo día de lo que le reste de su vida, fuera de la cárcel" (del voto del juez Carlos Rozanski, al que adhirieran los Dres. Norberto Lorenzo y Horacio Isaurralde, en la causa 2251/06, sentencia del 26 de setiembre de 2006).

Sin dejar de reconocer la importancia moral, jurídica y política del fallo, pues recayó sobre uno de los íconos del terrorismo de estado en la Argentina, luego del asalto militar al poder del 24 de marzo de 1976, donde ejerció funciones como miembro de la plana mayor de la Policía de la Provincia de Buenos Aires –a la sazón, a cargo del Gral. Ramón Camps–, desde la estratégica Dirección General de Investigaciones, no es posible obviar, sin embargo, como señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar, que "la prisión perpetua, en el código argentino no es tal, pues goza de la libertad condicional a los veinte años, y antes de esta posibilidad del régimen de salidas transitorias y de semilibertad previstos en la ley 24.660, que pueden obtenerse a los quince años... no es inconstitucional en sí, dado que no es perpetua en sentido estricto, sino relativamente indeterminada, pero determinable, pues tiene un tiempo límite si el condenado cumple con los recaudos de la libertad condicional"⁴⁹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán aceptó, condicionadamente, la validez de la pena de prisión perpetua para el delito de homicidio agravado (§ 211 del StGB), al resolver que: "El examen de la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua a la luz del artículo 1.2 y del principio del estado de derecho muestra que la ejecución humanitaria de la pena de prisión perpetua, sólo es posible cuando al interno se le otorga la oportunidad –que pueda ser alcanzada en forma concreta y realista– de recuperar su libertad en algún momento posterior; el Estado golpea en el corazón mismo de la dignidad humana, cuando trata al interno sin tener

⁴⁹ Ob. cit., pp. 945-946.

en cuenta el desarrollo de su personalidad y le quita toda esperanza de recuperar, en algún momento, su libertad"⁵⁰.

Entonces, a pesar del carácter nominalmente perpetuo de la reclusión impuesta a Etchecolatz, que fue culpabilizado en juicio por los ilícitos que se tipificaran como homicidios calificados, privaciones ilegales de la libertad y tormentos, en concurso real entre sí ("delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del genocidio que tuvo lugar en la República Argentina entre los años 1976 y 1983", como se hace constar, literalmente, en la parte dispositiva del decisorio), y no obstante la excesiva predicción de los sentenciantes de que alguien como él "no puede pasar un sólo día de lo que le reste de su vida, fuera de la cárcel" (textual), es necesario afirmar que en la legislación nacional existen fronteras a esa intemporalidad, así como eficaces alternativas que viabilizan salidas anteriores, cuando las condiciones personales del condenado ponen de manifiesto la inconveniencia del encierro carcelario, luego de cumplidas las indispensables porciones de la pena (v. gr., CP, art. 13).

En nuestro país, al dictarse la Ley de Implementación del ER (ley 26.200)⁵¹, en el título segundo relativo a las penas imponibles, se incluye una disposición según la cual: "Toda vez que el Estatuto de Roma hace referencia a 'reclusión' como una especie de pena, debe entenderse 'prisión'..." (art. 7). Esta norma está inescindiblemente enlazada con el criterio dimanante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del caso "Méndez, Nancy Noemí" (M. 447, XXXIX, sent. del 22/02/2005), donde el Alto Tribunal, por mayoría, consideró que "la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24.660 de ejecución penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva

⁵⁰ Cfr. HENDLER, Edmundo S. y GULLCO, Hernán V., *Casos de derecho penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 175.

⁵¹ Ley sancionada por el Congreso de la Nación el 13/12/2006, promulgada de hecho por el Poder Ejecutivo el 05/01/2007, y publicada en el Boletín Oficial del 09/01/2007.

debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión”.

4.2. La ejecución penitenciaria

A su vez, existen normas precisas sobre la ejecución carcelaria (arts. 103 y ss.), en las que se establecen que las penas privativas de la libertad se cumplirán en un Estado, elegido por la propia Corte, de una nómina de aquellos que estén dispuestos a (y en condiciones de) recibir a los condenados; al seleccionarlo deberá tener en cuenta tanto criterios generales como particulares, a saber: 1) la distribución equitativa de los penados; 2) la localización en un lugar que respete los estándares internacionales, en materia de prisionización; y 3) la opinión y nacionalidad del reo. Supletoriamente, se cumplirá en el establecimiento carcelario que designe la nación anfitriona (los Países Bajos). Asimismo, la ejecución quedará sujeta a la periódica supervisión de la CPI, debiéndose regir por la legislación interna del Estado receptor y, además, adecuar a las convenciones supranacionales sobre el tratamiento de reclusos

TERCERA PARTE

LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL, A FUTURO

CAPÍTULO VII

LAS DUDAS SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, A PARTIR DEL PERTINAZ BOICOT DE LOS EE.UU.

El 17 de julio de 1998, la comunidad internacional dio un paso trascendente con miras a poner fin a la impunidad de la que, históricamente, han gozado (y aún siguen gozando) los autores de delitos tan devastadores para el género humano como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra (al igual que el de agresión, todavía pendiente de ser incluido), al aprobar el ER¹, por el que se instituye la CPI.

Al margen de la innegable importancia que revisten las campañas por la ratificación universal del tratado romano², la efectiva vigencia del mismo se encuentra gravemente amenazada por la desafiante y agresiva actitud asumida por los Estados Unidos de América.

Esa situación ha sido clara y concisamente descrita por Zavala Baquerizo, al alertar acerca de los serios peligros que se ciernen sobre este imperfecto modelo de justicia penal uni-

¹ A la fecha ratificado por 104 de los 192 Estados reconocidos por la ONU; el último fue la República de Chad, que lo hizo el 1º de noviembre de 2006.

² Por estos tiempos, los esfuerzos en favor de la ratificación del ER están orientados, de modo prioritario, a lograr las adhesiones de Chile y Nepal.