

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



38

Justicia y Seguridad
Julio-Diciembre 2003



AGENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2004, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 30,00. El precio del número suelto es de US\$ 15,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Dirigir todas las órdenes de suscripción a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones pueden escribir a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Índice

Presentación.....	7
--------------------------	----------

Roberto Cuéllar

Aplicación del derecho internacional en el derecho interno: casos de América Latina

Derecho internacional de los derechos humanos y Tribunal Constitucional: un repaso al caso boliviano.....	13
---	----

Guido Ibagüen Burgos

Fundamentos, objetivos y proyecciones de la Corte Penal Internacional.....	67
--	----

Mariano R. La Rosa

Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales de la República Argentina.....	111
--	-----

Carlos R. Constenla

Seguridad, justicia y política en los países latinoamericanos

El fenómeno delictivo en Buenos Aires: seguridad ciudadana y rol de la policía.....	153
---	-----

Elena Laura Mariani

El Ecuador frente al Plan Colombia. Inseguridad en la frontera colombo-ecuatoriana.....	199
---	-----

Lorena Isabel Sánchez

La represión del delito y su funcionalidad con el
paradigma económico, político y social.....251
Horacio Esber

Seguridad ciudadana en el hemisferio.....289
Marta Altolaquirre Larraondo

**Seguridad y derechos humanos de grupos en
condición de vulnerabilidad**

Tortura e segurança pública no brasil.....313
Marcia Canario de Oliveira Gomes

Tráfico de mulheres, crianças e adolescentes
para fins de exploração sexual comercial e a
segurança social.....349
Welinton Pereira da Silva

La dimensión política de la responsabilidad penal
de los adolescentes en América Latina: notas para la
construcción de una modesta utopía.....421
Emilio García Méndez

Justicia y seguridad: su relevancia para la
protección internacional de los refugiados.....447
Juan Carlos Murillo González

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 38 de su Revista IIDH, correspondiente al segundo semestre de 2003. Se trata de una edición monográfica dedicada al tema *Justicia y seguridad*, eje temático del XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, llevado a cabo en San José, Costa Rica, del 23 de junio al 4 de julio de 2003. Como anunciáramos en el número anterior, el correspondiente al segundo semestre de cada año recogerá las ponencias de algunos de los docentes, así como trabajos de investigación de varias personas participantes en este curso anual -preparados para optar por el Certificado Académico correspondiente al XXI Curso-, como lo hemos hecho en números monográficos anteriores (No. 32-33, Acceso a la justicia; No. 34-35, Participación política; No. 36, Educación en derechos humanos).

A partir de la evaluación del escenario actual latinoamericano, dentro del contexto de globalización, y los retos actuales a los derechos humanos, el IIDH ha formulado una estrategia institucional que propone focalizar la acción institucional en aquellos derechos y conjuntos de derechos en los que puede realizar aportes más sustanciosos y que, además, considera prioritarios. Uno de estos campos de derechos es el relativo al acceso a la justicia y dentro de ese marco, el de la seguridad ciudadana.

Ciertamente el Instituto ha venido desarrollando diversas actividades en torno a esta temática, entre otras, las impulsadas dentro del *Proyecto derechos humanos, seguridad ciudadana y sociedad civil* (1996-1999). Asimismo, desde hace varios años ofrece oportunidades de capacitación para miembros de la fuerza pública en varios países. Actualmente ejecuta un nuevo proyecto dentro del Programa de Fuerzas Armadas del Departamento de Instituciones Públicas.

Otro proyecto en curso de ejecución atiende el tema de políticas públicas de seguridad; como parte de este proyecto se llevó a cabo el *Taller sobre seguridad ciudadana* realizado el 21 y 22 de Junio del 2003. Además, el IIDH mantiene una sección especializada sobre el tema en su sitio web: *Seguridad y derechos humanos* (<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/seguridad/>).

Hemos dividido este número de la Revista IIDH en tres partes: la aplicación del derecho internacional en el derecho interno en América Latina; seguridad, justicia y política en los países latinoamericanos; y, seguridad y derechos de grupos en condición de vulnerabilidad. En la primera parte hemos incluido tres artículos, de Guido Ibargüen, boliviano, Mariano La Rosa y Carlos Constenla, argentinos, participantes del XXI Curso. El primero nos ofrece una revisión del caso boliviano con relación al derecho internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el Tribunal Constitucional, repaso analítico y crítico que hace con el fin de determinar si la vinculación entre aquellos permite una mejor protección de los derechos humanos en su país. La Rosa presenta una investigación que realizó con el objeto de determinar la importancia y trascendencia de la Corte Penal Internacional en la represión de actos que, en forma más grave y desmesurada, atentan contra los derechos fundamentales de la humanidad. Constenla desarrolla el tema de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales argentinos.

La segunda parte incluye cuatro artículos sobre el tema general de seguridad, justicia y política en América Latina. Los dos primeros tratan de casos particulares: la participante argentina del Curso, Elena Mariani, analiza el fenómeno delictivo en Buenos Aires; Lorena Sánchez, ecuatoriana, nos habla de la inseguridad en la frontera ecuatoriano-colombiana, en el marco del Plan Colombia. Los otros dos tratan el tema desde una perspectiva más general: Horacio Esber, argentino, nos invita con su ensayo sobre la represión del delito y su funcionalidad a reflexionar sobre temas claves del problema de seguridad hemisférico; de Marta Altolaquirre Larraondo, guatemalteca, ex Presidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicamos su ponencia sobre seguridad ciudadana en el hemisferio americano.

Por último, publicamos en la tercera parte cuatro artículos, relativos al tema de la seguridad en el caso de grupos en condición de vul-

nerabilidad. Los dos primeros sobre el caso brasilero: Marcia Canario de Oliveira desarrolla el tema de la tortura y la seguridad pública en Brasil; Welinton Pereira da Silva analiza el tráfico de mujeres, niños y adolescentes y su relación con la seguridad social. Con el aporte de dos ponentes se cierran la tercera parte y la edición: de Emilio García Méndez, Profesor asociado de criminología (Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires), publicamos la ponencia que ofreció en el marco del XXI Curso sobre la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina. Juan Carlos Murillo, Encargado de Capacitación en Protección de la Unidad Legal Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), nos invita a reflexionar sobre la relevancia de la justicia y la seguridad para la protección internacional de los refugiados, tema sobre el que habló en el marco de la Cátedra Nansen que ACNUR ofrece anualmente en el Interdisciplinario del IIDH.

Los invitamos a conocer los alcances de este tema, central para la vida de todas las personas que habitamos este hemisferio, mediante los aportes e interesantes perspectivas de los autores y autoras, agradeciendo a Byron Barillas (Guatemala) por su participación en la edición de este número. Dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH, aprovechando la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, con cuyos aportes y contribuciones es posible la labor del IIDH.

Roberto Cuéllar M.

Director Ejecutivo

**Aplicación del derecho internacional
en el derecho interno:
casos de América Latina**

Fundamentos, objetivos y proyecciones de la Corte Penal Internacional

*Mariano R. La Rosa**

I. Introducción: objetivos de la investigación

La presente investigación tiene por objetivo efectuar un acercamiento a la importancia y trascendencia de la Corte Penal Internacional en la represión de actos que, en forma más grave y desmesurada, atentan contra los derechos fundamentales de la humanidad.

De tal forma cabe adelantar que a través de la Corte contamos en la actualidad con una organización a nivel mundial que con estabilidad, independencia de criterio y sobre la base de tipos penales y reglas procesales predeterminadas, puede entender y decidir en casos de violaciones masivas de derechos humanos; conformando así un sistema normativo y jurisdiccional legalista y garantista que puede investigar sucesos de gran trascendencia y determinar, con todas las garantías que debe contener un proceso penal, la culpabilidad de los responsables; conformando así una importantísima instancia de protección de los derechos fundamentales no solo en sentido individual, sino también a nivel de los Estados que cuentan con la obligación de respetar dichas normas y adecuar su ordenamiento interno a sus principios y directivas.

II. Antecedentes: desde el derecho penal internacional a la Corte Penal Internacional

Los más remotos antecedentes de un derecho penal de vigencia internacional nos sitúan en la ciudad de Nápoles durante el año 1268, cuando Conradin Von Hohenstafen fue condenado a muerte por haber desencadenado una guerra injusta.

Pero, en forma más precisa, la historia de la búsqueda de mecanismos de jurisdicción penal internacional que tenga capacidad para

* Participante en el XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Abogado, Magister en Derecho Penal.

juzgar hechos de significativa importancia para la comunidad internacional puede remontarse a 1872, cuando Gustav Moynier, uno de los fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja, propuso la creación de una corte permanente en respuesta a los crímenes de la guerra franco-prusiana, la que nunca se llevó a cabo en la práctica. Posteriormente podemos encontrar intentos prácticos de creación de jurisdicciones penales internacionales en el Tratado de Versalles de 1919 con el que se pone fin a la primera guerra mundial¹. El mismo establecía que el Kaiser Guillermo II de Alemania debía ser juzgado por haber cometido “*ofensas supremas contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los Tratados*” (art. 227). A ese fin se propuso crear un tribunal penal internacional; tentativa que no fue muy lejos pues el país donde el Emperador se había refugiado rechazó la demanda de extradición sosteniendo que su caso no estaba contemplado en ningún tratado o convención previa. Las iniciativas posteriores, en el período entre guerras, quedaron confinadas a propuestas académicas sin aplicación práctica².

El próximo hito más importante nos remonta al año 1945 donde, tras las evidencias encontradas tras la segunda guerra mundial, las potencias vencedoras acordaron la creación de una instancia judicial específicamente destinada a procesar y castigar dichos sucesos; de tal forma las potencias vencedoras firmaron en la ciudad de Londres, el 8 de agosto de 1945 el acuerdo para el procesamiento y el castigo de los grandes criminales de guerra del eje europeo; por el cual se crearon los tribunales internacionales para juzgar a los altos dirigentes políticos y militares de Japón y Alemania. La ley nro. 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania, constituyó el Tribunal de Nuremberg y mediante la proclama del Comandante Supremo de las

¹ Anello, Carolina Susana. *Corte Penal Internacional*, Edit. Universidad, Argentina, 2003, pág. 20. En el art. 227 de dicho tratado, se establece que el ex Kaiser Guillermo I debía ser sometido a pública acusación ante un tribunal conformado por jueces pertenecientes a las principales potencias por “*ofensas supremas contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados*”. Este intento fracasó por que las autoridades de los Países Bajos negaron su extradición. Asimismo en los arts. 228 a 230 de el mencionado tratado, se disponía que el gobierno alemán debía entregar en manos de las potencias aliadas a todos los individuos acusados de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de guerra. Finalmente, los acusados fueron juzgados por los tribunales alemanes y recibieron castigos leves.

² Willalpando, Waldo. “Los ecos de Nuremberg: la Corte Penal Internacional”, en: *La Ley, Suplemento de Actualidad*, Buenos Aires, 11/9/01, pág. 1.

Potencias Aliadas se creó en la ciudad de Tokio el 19 de Enero de 1946 el Tribunal Militar para el Lejano Oriente.

Sin embargo estos Tribunales fueron objeto de numerosas críticas, como que eran una manifestación de la justicia de los vencedores, que vulneraba el principio de legalidad (por falta de leyes penales internacionales preexistentes), que la tipicidad de las conductas reprimidas no se expresaba en términos determinados y en forma precisa; que violentaba la irretroactividad de las leyes penales (puesto que se aplicaron normas dictadas *ex post facto*), así como que violaban el principio de juez natural, puesto que los tribunales fueron constituidos al efecto de juzgar esa concreta situación y fueron conformados con posterioridad a los hechos.

Tal cuestionamiento encontraba fundamento en que en esa época los llamados crímenes contra la humanidad no contaban con un marco legislativo positivo pero la obligación de los Estados para castigarlos, independientemente de su recepción normativa, se encontraba recogida por el derecho consuetudinario internacional. Por lo tanto, dicha definición surge como una creación de la Carta Orgánica del Tribunal de Nuremberg, que los consideraba como: “el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación o la comisión de otros actos inhumanos contra la población civil, antes o durante la guerra o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos”. El Tribunal Militar fundó así su jurisdicción señalando que el establecimiento de la Carta Orgánica era el ejercicio de los soberanos poderes legislativos de los Estados ante los cuales se rindió incondicionalmente el Reich alemán y que el derecho indisputable de estos países para legislar en los territorios ocupados había sido reconocido en el mundo civilizado³.

De esta forma, dicho Tribunal rechazó el haber transgredido el principio del *nulla crimen nulla poena sine lege* y de la aplicación de leyes *ex post facto*, puesto que se entendió que no podía existir duda alguna que los acusados estaban actuando en violación al derecho intencional por lo cual no era necesario que sea el producto de una ley, dado que su contenido no es estático. Tampoco la ausencia en el mundo de un cuerpo gubernamental autorizado para erigir reglas

³ Zuppi Albeto, Luis. “La prohibición ‘*ex post facto*’ y los crímenes contra la humanidad”, ED, Buenos Aires, 26/1/89, pág.1.

sustantivas de derecho internacional ha impedido el desarrollo progresivo de dicho derecho. La circunstancia que dota a los principios de la conducta internacional con la dignidad y autoridad de la ley, es su aceptación general como tal por las naciones civilizadas, las cuales manifiestan esta aceptación por medio de tratados internacionales, convenciones, textos doctrinarios de autoridad, las prácticas y las decisiones judiciales. Se destaca así la naturaleza del *common law* de los referidos Tribunales para no vincularse a una norma escrita y se requirió como pauta para zanjar el principio de legalidad el probar que el acusado supo o debió haber sabido que él era culpable de participar en un movimiento organizado de injusticia y persecución que ofendía brutalmente el sentido moral del ser humano, así como que conocía que sería sujeto al castigo si era atrapado.

Se llega así a considerar que “Los delitos *ius gentium* no tienen ni puede tener contornos precisos. Su listado y su tipología es forzosamente mutable, en función de las realidades y de los cambios operados en la conciencia jurídica prevaleciente”⁴, dado que sus perpetradores son considerados enemigos del género humano, puesto que “Algunas ofensas pueden ser punidas bajo la ley internacional por cualquier país del mundo pues quienes participan en los exterminios en masa aduciendo razones de raza o religión ‘son enemigos de la raza humana’ (Caso Fedorenko, Estados Unidos de América), al tiempo que afectan indistintamente a todos los Estados en su carácter de miembros de la comunidad internacional, de allí el interés en su represión”⁵.

De esta forma, podemos aseverar que la Carta de la ONU, dictada en la ciudad de San Francisco el 26 de Junio de 1945, y la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, constituyeron un hito por el cual la soberanía externa de los Estados deja de tener una libertad absoluta y no puede ampararse en la impunidad, quedando subordinada jurídicamente a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos⁶.

⁴ Sagües, Néstor. “Los delitos contra el derecho de gentes en la Constitución argentina”, *El Derecho*, t. 146, Buenos Aires, p. 937.

⁵ En estos casos se afirma que los ilícitos tipificados en el ordenamiento penal interno no alcanzarían a captar en su sustancia y en forma completa la dimensión de un ilícito contra la humanidad, de allí que se acuda al ordenamiento internacional que contempla dichos crímenes.

⁶ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías – La ley del más débil.*, Edit. Trotta, Madrid, 1999, pág. 144. Agrega el autor que desde dicho momento es cuando pue-

Es así que la consagración de los derechos humanos a través de la Declaración de 1948 y a través de los sucesivos pactos internacionales, hace que estos derechos sean no sólo constitucionales, sino también supraestatales, y se conviertan en límites no sólo internos, sino también externos a la potestad de los Estados.

Por otra parte, resta agregar que el art. 6° del Estatuto de Nuremberg introdujo una clasificación tripartita de crímenes por los cuales serían juzgados los responsables: 1) *Crímenes contra la Paz*, que incluía la planificación iniciación o realización, preparación de una guerra de agresión o de una guerra en violación a tratados, acuerdos o compromisos internacionales; 2) *Crímenes de Guerra*, conformados por la violación de las leyes o costumbres de guerra y 3) *Crímenes de Lesa Humanidad*, que comprendía el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos. También en el primer grupo se incluía el Crimen de Agresión que ha merecido un amplio debate vinculado al concepto de guerra justa y guerra injusta. El segundo apartado contiene las principales normas de lo que hasta entonces constituía el llamado Derecho Internacional Humanitario, promovido especialmente por el Comité Internacional de la Cruz Roja y que se refiere a las limitaciones de los actos de guerra y la protección de personas ajenas o víctimas del conflicto. Por último, el tercer punto constituye el primer ensayo jurídico internacional en el campo todavía abierto de los crímenes de *lesa humanidad*.

Al respecto es interesante destacar que la concepción de los ilícitos fue variando, puesto que luego de la masacre de armenios en Turquía en 1915, fue acuñada por primera vez la expresión *crímenes contra la humanidad*. Con posterioridad la denominación de estos crímenes ha variado: “ofensas supremas contra la moral internacional” (según el Tratado de Versalles), “crímenes contra el derecho internacional” (en Nuremberg), “violaciones graves contra el derecho internacional humanitario” (Tribunales de la ex Yugoslavia y Ruanda), “crímenes contra la paz y seguridad internacionales” (según la Comisión de Derecho Internacional de la ONU)⁷.

de hablarse de derecho internacional y de los diferentes derechos estatales como un ordenamiento único.

⁷ Villalpando, Waldo. “Los ecos de Nuremberg: la Corte Penal Internacional”, en: *La Ley, Suplemento de Actualidad*, 11/9/01, Buenos Aires, pág.1.

Prosiguiendo con el devenir histórico, con posterioridad a los mencionados órganos jurisdiccionales y bajo los auspicios de la ONU, se sucedieron numerosos intentos de conformar un estatuto de derecho penal internacional de carácter permanente, que defina en forma precisa el alcance y contenido de los crímenes que debían ser competencia de un tribunal supranacional. Sobre estas bases, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas llegó a aprobar en los años cincuenta un proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, pero la falta de acuerdo entre los Estados respecto de ciertas materias sensibles -como por ejemplo la definición del crimen de agresión- impidió que tales iniciativas pudieran consolidarse⁸.

También como antecedente relevante puede citarse a la primer Guerra del Golfo, puesto que originó expresiones a favor de la creación de una Corte internacional de justicia entre los jefes de las grandes potencias. En 1991 la entonces Primer Ministro inglesa y el entonces Presidente de los Estados Unidos se propusieron juzgar internacionalmente a Saddam Hussein. Cuando el gobierno de Bagdad inmediatamente finalizada la guerra atacó a las minorías kurdas del norte de Irak, fue el Ministro de Relaciones Exteriores de Alemania, Hans Dietrich Genscher quien propuso a la Cumbre Europea de Luxemburgo, el 15 de Abril de 1991, procesar al líder iraquí ante una Corte internacional considerándole “personalmente responsable de genocidio y crímenes de guerra”. La Cumbre aceptó su propuesta y se dirigió al Secretario General de la ONU para requerir su intervención la que, ante la falta de insistencia de las grandes potencias, quedó sin resolución⁹.

Pero fueron los graves sucesos acaecidos en la ex Yugoslavia (1991) y en Ruanda (1994), los que provocaron la necesidad de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creara tribunales específicos para juzgar dichos actos. Ello generó nuevamente conciencia de la necesidad de contar con tribunales permanentes, independientes y estables; así como también de legislarse en torno a los delitos más aberrantes cuya comisión afecta a la humanidad en su conjunto.

⁸ Lorenzo Copello, Patricia. “Hacia la Corte Penal Internacional”, en: *Revista de Derecho Penal*, tomo 2001-1, pág. 224.

⁹ Villalpando Waldo, “*Los ecos de Nuremberg...*”, pág. 1.

No obstante, cabe destacar que Estos tribunales se constituyeron en el marco del Capítulo VII de la Carta de la ONU, en momentos en que el Consejo de Seguridad determinó que la situación de ambos países constituía una amenaza para la paz y seguridad internacional; por lo cual la Organización de las Naciones Unidas legitimó los principios jurídicos aplicables por dichos tribunales y confirmó los principios de derecho internacional recogidos en tales procesos; advirtiéndose que esta forma de hacer justicia resultó legitimada por la falta de elementos mediante los cuales pudiera juzgarse y castigarse a los responsables de los, quizás, más cruentos hechos que ha tenido que soportar la humanidad; y de allí que se comenzara a plantear la necesidad de contar con instrumentos de justicia permanente a nivel internacional, ya que la constitución de tribunales *ad hoc* no se compadecía con un orden mundial regido por reglas claras, precisas e imparciales.

Fue recién en 1994 que la Comisión de Derecho internacional finalizó la tarea que se le había encomendado y recomendó a la Asamblea General de la ONU convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios para que examinase su proyecto. En diciembre de 1995 la Asamblea General creó un Comité Preparatorio mediante resolución 50/46, que se reunió seis veces desde 1996 a 1998, tras las cuales se decidió celebrar en 1998 una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios¹⁰ para dar forma definitiva y adoptar una convención sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional, la que tuvo lugar del 15 de Junio al 17 de Julio de 1998, en la que participaron delegaciones de 160 países, 17 organizaciones intergubernamentales, 14 organismos especializados y 124 organizaciones no gubernamentales¹¹, donde finalmente se aprobó (con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones) el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Debido a que varias cuestiones quedaron sin definición, además fue creada la Comisión Preparatoria que confeccionó las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos del Crimen.

El Estatuto de la Corte dispuso en su art. 126 que entraría en vigor cuando al menos 60 Estados expresasen su consentimiento en obligarse por el tratado. El 11 de abril de 2002 ya contaba con 60 ratificaciones, por lo que el 1 de Julio de 2002 ha entrado en vigor.

¹⁰ Que fue acordada por la resolución de la ONU 51/207 del 17/12/96.

¹¹ Anello, Carolina Susana. *Corte Penal Internacional...*, pág. 28.

III. Los Fundamentos de la Corte Penal Internacional

1. El rol de las Naciones Unidas en el Estatuto de la Corte

Sin duda tenemos que remitirnos a las finalidades tenidas en cuenta al momento de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, puesto que la Corte Penal Internacional guarda íntima conexión con dicho organismo en tanto fue promovida su creación en su seno y aprobado el Estatuto por su directa acción.

En tal sentido si vemos los objetivos tenidos en cuenta por la Carta de las Naciones Unidas, podemos aseverar que los principios recogidos por el Estatuto se encuentran en consonancia con los mismos ya que se condicen con la aplicación de una justicia internacional que tienda a reprimir sucesos que puedan llegar a atentar contra la humanidad, puesto que -como lo dice la introducción a la Carta- tal misión se asienta en “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y [...] condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”, principios que en el artículo primero se manifiestan en el propósito de “Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”.

De esta forma, y más específicamente durante la última década del siglo XX, todos los esfuerzos de los Estados dentro y fuera de las Naciones Unidas se concentraron en establecer tan pronto como fuera posible una jurisdicción penal internacional permanente. Su misión sería poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más serios entre aquellos punibles directamente por el derecho internacional. El establecimiento de semejante modelo de aplicación directa, para investigar y perseguir tales crímenes, viene a cumplir con el propósito de garantizar una mejor protección de los valores e inte-

reses más altos de la comunidad internacional como un todo al ser complementaria a la jurisdicción penal nacional¹².

Tal presupuesto surgía desde el IX congreso de la ONU sobre prevención y sanción del delito de genocidio, momento en el cual se entendió que existen condiciones mundiales que si bien en épocas anteriores resultaban toleradas, actualmente ello no ocurre puesto que existe una tendencia mundial hacia la sucesión democrática de los gobiernos por conducto electoral, el derecho internacional y la opinión pública están reaccionando con intolerancia cada vez mayor ante la violencia política. Por tanto, las disposiciones de los tratados excluyen del beneficio de la excepción los atentados con bombas, los asesinatos y otras formas de violencia, reconociendo así el hecho de que las justificaciones que en otro momento quizás hubieran sido disculpado la violencia política no existe ya entre sociedades democráticas en las cuales el cambio político se puede obtener por medios pacíficos¹³.

Por ello podemos asegurar que la Corte encuentra su fundamento en el concierto de voluntades de las Naciones libres en tanto coinciden en la necesidad de contar con un mecanismo de salvaguarda y prevención de ataques a los derechos humanos a gran escala, con la finalidad de asegurar la paz, el orden y la recta convivencia a nivel internacional.

2. El marco normativo del Derecho Penal Internacional

Podemos entender al Derecho Penal Internacional como al conjunto de disposiciones emanadas de la Comunidad Internacional dictadas con el fin de tutelar sus intereses fundamentales, y que cumple la función de penalizar las infracciones cuya represión interesa al mundo civilizado.

El mismo posee la misión de protección de bienes jurídicos, pero de entre ellos los bienes más importantes frente a las formas más gra-

¹² Triffterer, Otto. "Domésticos de ratificación e implementación", en: *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post Roma*, Kai Ambos, Coordinador, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 15.

¹³ Biombo, Horacio Daniel. *Tratado de la Extradición*, Depalma, Tomo 1, Buenos Aires, Argentina, 1997, pág. 405, en referencia a las excepciones a la extradición por la gravedad intrínseca del delito.

ves de agresión, es decir, que en su misión no consiste en la tutela de la totalidad del orden internacional, sino que solo cabe acudir a él cuando sea absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica, es decir que también en el ámbito internacional constituye la *ultima ratio* del derecho penal.

En consecuencia, los sucesos que son receptados por esta rama del derecho punitivo, dejan de ser crímenes de derecho común para convertirse en manifestaciones que ofenden la universalidad del sentimiento humano y turba profundamente las relaciones internacionales, siendo en consecuencia inaceptables por la comunidad internacional, que no puede conformarse en un sujeto pasivo ante violaciones de derechos fundamentales que ponen en peligro la paz y la seguridad de la humanidad.

Es por ello que el orden social internacional hace referencia a la humanidad en su conjunto y a aquellos bienes que son patrimonio de la humanidad, necesarios para su subsistencia como especie y para su desarrollo. Lo que legitima la intervención por la fuerza del derecho es la creación y mantenimiento de un determinado sistema social en beneficio de los individuos que lo integran. De esta manera, el individuo se convierte en la referencia central en la definición del concepto de bien jurídico, también en el orden internacional¹⁴ el que no puede ser desconocido en el plano interno, máxime en nuestro caso en donde una norma constitucional ampara la cuestión.

Una definición del derecho penal internacional sustantivo debe partir, entonces, de la idea de que su función es -como la del derecho penal interno- la protección de bienes jurídicos. Pero esta afirmación es insuficiente puesto que la protección de bienes jurídicos es una función que asumen todos los sectores del ordenamiento. El derecho penal protege, de los bienes jurídicos cuya suma constituye el orden social creado y protegido por el derecho, aquéllos bienes vitales más importantes frente a las formas más graves de agresión; por ello el derecho penal tiene carácter fragmentario. Del mismo modo, el derecho penal internacional protege, de los bienes vitales que constituyen el orden internacional, aquellos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves¹⁵.

¹⁴ Gil Gil, Alicia. “*Derecho Penal Internacional*”, Tecnos, Madrid, España, 1999, pág. 34.

¹⁵ Gil Gil, Alicia. *Derecho Penal Internacional*, pág. 28. Asevera la autora que no puede sostenerse que el derecho penal internacional sea aquel que sanciona la lesión al derecho internacional; puesto que no es su misión la tutela de la totali-

Pero este derecho internacional penal fue ejecutado, si acaso, por un largo tiempo sólo a través de un modelo indirecto: la jurisdicción penal nacional. De allí que su parte especial, que contiene las definiciones de los crímenes punibles directamente según el derecho internacional, fuera más importante que la codificación de una parte general. Aún cuando ciertas manifestaciones del comportamiento humano eran definidas como crímenes punibles directamente según el derecho internacional, por ejemplo en las cuatro Convenciones de Ginebra, las regulaciones sobre principios generales fueron dejadas casi por completo al nivel nacional o derivadas de principios generales bien aceptados por el derecho internacional. Actualmente estas soluciones temporarias parecen no ser más adecuadas¹⁶. El fin último era establecer ambos niveles del derecho internacional penal en el Estatuto lo más detalladamente posible e influir en la codificación interna de cada Estado, lo cual implica la posibilidad de armonizar las legislaciones nacionales con los estándares internacionales.

3. Las razones fundamentales del Estatuto

La necesidad de reprimir y prevenir actos que en forma generalizada atenten contra los derechos fundamentales, puede ser vista como la motivación fundamental para la creación de todo el sistema jurídico de carácter permanente y con competencia mundial que implica la Corte Penal Internacional.

Pero si ahondamos un poco más en las razones jurídicas que trasuntan a este ordenamiento podemos advertir que existía también la necesidad de dejar perfectamente establecidas las condiciones bajo las cuales las naciones deben desenvolverse, no solo entre sí sino también en su orden interno; puesto que a esta altura del desarrollo de los derechos humanos no podían ser admitidos sucesos que contraríen en forma masiva a la dignidad y la integridad humana; ya que se conforman en sucesos que trascienden la individualidad de un caso puntual y aislado acaecidos en un país en particular, para afectar e interesar a toda la humanidad puesto que no resulta razonable admitir atentados de esta índole y por omisión (o si se quiere por una suerte de comisión por omisión) ser desatendidos por el concierto de las Naciones.

dad del orden internacional sino que sólo cabe acudir a él cuando sea absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica.

¹⁶ Triffterer, Otto. "Domésticos de ratificación e implementación...", pág. 28.

Es que los crímenes que en forma más grave lesionan a los derechos fundamentales de la humanidad son los que dejan huellas en toda la comunidad internacional en donde la impunidad resulta insostenible, a punto tal que en toda sociedad civilizada no puede permitirse la falta de castigo de sucesos de dicha naturaleza, por lo cual resultaba ineludible la adopción de mecanismos legítimos, positivos y previos que prevengan estas situaciones y que ante su irremediable comisión sean debidamente investigados y sancionados; por lo cual se conforma una delegación excepcional de la soberanía en virtud del interés internacional de prevención y represión de tales actos, donde el orden mundial no puede quedar impasible frente a los mismos.

De tal forma, no resulta extraño que las disposiciones del Estatuto reflejen en gran parte una codificación de las normas que el derecho consuetudinario ya había consagrado como obligaciones internacionales de los Estados pero, en gran parte, constituyen un desarrollo progresivo de las normas hasta hoy vigentes¹⁷.

Advertimos entonces que se precisaban herramientas concretas para hechos que resultan significativos a nivel universal, que afecta a toda la comunidad de las Naciones y que no pueden ser investigados ni sancionados por los ordenamientos nacionales individuales, sino que precisan de un marco mucho más amplio, independiente y equitativo que las leyes de los lugares de comisión, que muchas veces no abarcan toda la dimensión del problema y cuando no la voluntad política lo sobrepasa.

Es que las violaciones masivas de derechos humanos suponen el mal absoluto o lo que Kant denominó el “*mal radical*”. Son ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado¹⁸; de aquí que las

¹⁷ Gramajo, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Edit. Abaco, Argentina, 2003, pág. 176. A modo de ejemplo, puede señalarse el delito de embarazo forzado o, en cierta medida, la desaparición forzada de personas, que no estaban contenidos como categorías independientes en los principios de Nuremberg.

¹⁸ Nino, Carlos S. *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*, Edit. Paidós, Buenos Aires, 1997, pág. 8. Agrega el autor que si alguien, enfrentando a Adolf Hitler, le hubiera dicho que lo que hizo fue incorrecto, hubiera sonado casi risible. “Incorrecto” parece un adjetivo demasiado débil para calificar acciones que conscientemente provocaron la muerte de más de veinte millones de personas y sufrimientos inimaginables a muchos más. Otras palabras de condena moral como “atroz” o “aberrante” expresan meramente nuestra repulsa moral en forma más intensa, pero no brindan mayor cla-

herramientas con que deban enfrentarse a semejantes sucesos implique contar con medios de acción, investigación y decisión mucho más específicos e idóneos que los normalmente aplicables a situaciones delictivas contenidas en parámetros de cierta normalidad.

Como ejemplo de la necesidad de prevenir hechos de semejante intensidad, puede citarse al documento de la ONU sobre preguntas y respuestas respecto del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que pone de manifiesto que en la última mitad del Siglo XX se han presentado más de 250 conflictos en el mundo; han perdido la vida más de 86 millones de civiles, principalmente mujeres y niños, y a más de 170 millones de personas se les han violado sus derechos, su dignidad y su propiedad. La mayor parte de las víctimas son relegadas al olvido y son muy pocas las personas responsables que han respondido por estos hechos ante la justicia¹⁹.

Otro principio de ineludible resguardo tenido a consideración en la conformación de la Corte es el principio de la paz, el cual resulta imperativo para el concierto de las naciones (Carta de la ONU art. 2) que convierte la soberanía de los Estados en una soberanía limitada; y los derechos fundamentales se han convertido en derechos supraestatales, cuya tutela debería quedar garantizada jurisdiccionalmente en el ámbito internacional frente a los Estados mismos²⁰.

De allí que Kofi Annan, Secretario de las Naciones Unidas, en la ceremonia de apertura para la firma del tratado de Roma, celebrada el 18 de Julio de 1988 en el Campidoglio, recordó palabras de Marco Tulio Cicerón, quien afirmó en su tiempo que cuando hablan las armas la ley debe permanecer muda, anhelando que como resultado de la histórica tarea emprendida, tal descorazonadora afirmación dejara de tener vigencia, no sólo porque la Corte actuará efectivamente erradicando la impunidad, sino porque ha sido edificada sobre los principios básicos del derecho penal y ya no puede ser atacada como ocurrió en Nuremberg y Tokio con el mote de ser la justicia del vencedor²¹.

ridad a su contenido descriptivo. Así, nuestro discurso moral parece alcanzar su límite externo cuando intenta manejar hechos de esta naturaleza.

¹⁹ Anello, Carolina Susana. *Corte Penal Internacional...*, pág. 19, con cita de Naciones Unidas: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Preguntas y Respuestas, DPI/2016, octubre de 1998, pág. 2.

²⁰ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías...*, pág. 146.

²¹ Fierro, Guillermo J. "Un Largo Camino. -La aprobación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional por la ley 25.390", *Jurisprudencia Argentina*, 2001-1, pág. 1282. Agrega el autor que el Secretario de la ONU también

Se denota entonces que el orden internacional no se limita a regir las relaciones entre Estados, más bien se trata de un orden social superior al de cada Estado en particular, consistente exclusivamente en una comunidad de Estados, en un orden transnacional y universal; puesto que el Estado, en último término, no es sino un instrumento al servicio del individuo y de la sociedad, una forma de organización racional para garantizar los bienes jurídicos. La doctrina internacionalista más reciente apunta, entonces, en la definición del derecho internacional público a la doble dimensión del orden internacional: por un lado la Comunidad internacional compuesta por Estados soberanos y por otro la Comunidad internacional como grupo social universal con intereses fundamentales propios.

De tal forma, el orden social internacional hace referencia a la humanidad en su conjunto, a aquellos bienes que son patrimonio de la humanidad, necesarios para su subsistencia como especie y para su desarrollo. Lo que legitima la intervención por la fuerza del derecho es la creación y mantenimiento de un determinado sistema social en beneficio de los individuos que lo integran²².

Puede destacarse, entonces, la notable progresión y evolución del derecho internacional público en el ámbito penal dado que se advierte que los principios de Nuremberg han ganado terreno en este ámbito hasta positivizarse efectivamente; siendo pertinente mencionar que estos postulados consisten básicamente en: a) los individuos son responsables penalmente por violaciones de leyes internacionales cuando desempeñen funciones de gobierno; b) esta responsabilidad es independiente a la del Estado que debe compensar por los ilícitos, mediante el reconocimiento de daños y perjuicios; c) el individuo responde aunque cumpla órdenes superiores; d) no importa si el hecho ilícito imputado tiene o no sanción en su país y; e) todo imputado tiene derecho a un juicio justo y a su defensa²³.

manifestó que el establecimiento de la Corte era un regalo de esperanza para las futuras generaciones y en ese mismo evento la firma del Estatuto fue considerada como un valioso hito en el campo del derecho internacional y un potencial punto de viraje en las relaciones internacionales.

²² Gil Gil, Alicia. *Derecho Penal Internacional...*, pág. 34. De esta manera el individuo se convierte en la referencia central en la definición del concepto de bien jurídico, también en el orden internacional.

²³ De las Carreras, Alfredo M. "La jurisdicción penal universal y el principio de territorialidad desde la perspectiva del derecho constitucional argentino", en: *El Derecho, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal*, 28/10/01, pág. 5.

4. La necesidad de conformar tipos penales

Originariamente en el esquema concebido por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, el Estatuto de la Corte Penal Internacional no estaba concebido como un instrumento que contuviera las definiciones de los delitos sino como una norma adjetiva al derecho sustancial, que estaría contenido en el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. De ahí que el proyecto de la Comisión no contaba más que con una lista de delitos, sin la pertinente descripción de las conductas punibles y las correspondientes penas. El problema se planteó cuando en 1994 ante la creación de los tribunales de Ruanda y Yugoslavia y el creciente interés de la comunidad internacional por establecer definitivamente una jurisdicción penal internacional permanente hizo cambiar este criterio dejando lugar a la codificación de cada tipo penal en particular como finalmente sucedió²⁴.

Por ello la necesidad de la recepción positiva de delitos de *lesa humanidad* se vio compelida frente a un derecho internacional humanitario cada vez más desenvuelto y ambicioso, que legitima, en muchos casos juzgar por un Estado delitos contra el derecho de gentes perpetrados fuera de sus límites.

En tal sentido, si bien era unánimemente reconocido que actos de envergadura y trascendencia como son los delitos contra el derecho de gentes no podían quedar al margen de juzgamiento y prosecución; tampoco resultaba legítimo admitirse que dicha posibilidad reposara en un criterio de ilicitud tan amplio, vago y equívoco como es la remisión a la costumbre internacional y la genérica protección de los derechos básicos de la humanidad, los que continuamente se van enriqueciendo y extendiendo en razón a la elaboración doctrinaria de sus postulados.

Por ello si bien es fácilmente comprensible cuando un acto violenta la dignidad y esencia del hombre, pero tan genérica cuestión si no es tipificada podría llegar a abrir las puertas para la utilización extensiva y analógica de tales principios; por lo cual en salvaguarda de unos (derechos humanos fundamentales) y otros (seguridad jurídica) podría considerarse que una mejor solución al tema transita por la vía de plasmar en normas claras los criterios de ilicitud a fin de que sean definidos los caracteres básicos de dichas figuras, para que de algún

²⁴ Gramajo, Juan Manuel. "El Estatuto de la Corte Penal Internacional", *El Derecho, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal*, 28/10/01, pág. 9.

modo se produzca la actuación de la norma mediante la única vía admisible en un estado de derecho, o sea con respeto al principio de legalidad en sede penal.

Es que el castigo debe basarse en el consentimiento del autor en vulnerar una norma jurídica que le indica un cierto accionar, y de esta manera evitar la crítica de que los que son castigados son usados como medios para el beneficio de otros²⁵.

No podríamos buscar entonces en el plano internacional la fuente de punición de actos ilícitos en la costumbre ya que “Si el derecho internacional penal no puede en el estado presente llegar al relativo progreso que ha logrado en lo interno incluso países que no pueden blasonar de alta cultura, es que no se halla todavía en el estado de constituir un verdadero derecho y será mejor aguardar otras épocas en que haya conseguido un grado de mayor desarrollo. Sería por demás desmoralizador que un derecho que se pretende supraestatal, fuera de calidades inferiores y de mayor primitivismo que el legislado en los Estados que han de subordinarse a ese Superestado. Más bien que un organismo superior sería una infra-entidad desde todos los puntos de vista, excepción hecha del de la fuerza”²⁶.

Ello concuerda además con la exigencia en la conformación de los tipos penales, puesto que a la luz del principio *nulla poena sine lege*, resulta peligroso para la seguridad jurídica y la convivencia internacional que se entienda que el *jus cogens* puede tipificar delitos²⁷.

Por lo tanto, habremos de considerar que Estados comprometidos en sostener valores protegidos legalmente y el imperio de la ley, prefieren decisiones claras y rápidas de modo tal de poder protegerse y proteger a sus subordinados adecuadamente contra la transmisión de la línea divisoria entre lo correcto y lo incorrecto, especialmente en derecho internacional humanitario²⁸.

²⁵ Nino, Carlos S. *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*, Edit. Paidós, Buenos Aires, 1997, pág. 249. El autor afirma que la remisión al derecho natural se expone frecuentemente como una solución para este vacío legal. Pero este tradicional recurso supone una epistemología moral elitista, porque implica que la reflexión individual dará como resultado un balance óptimo entre diferentes valores morales.

²⁶ Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal*, Edit. Losada, 5ª edición, Argentina, Tomo II 1992, pág. 1276.

²⁷ Colautti, Carlos E. “Los principios generales del derecho internacional y su aplicación en el derecho interno”, *La Ley*, 31 de Mayo de 2001, pág.1.

²⁸ Triffterer, Otto. “Domésticos de ratificación e implementación...”, pág. 20.

5. La obligación de adecuar el Estatuto a la legislación interna de cada Estado

La competencia de la Corte se habilita en caso de que el país competente para juzgar delitos tipificados en el estatuto no cuente con la legislación adecuada para castigar hechos de tal naturaleza. Carecería de sentido que un crimen previsto en el estatuto -y reconocido como un grave atentado a los derechos humanos por la comunidad internacional- pudiese quedar impune por no encontrarse tipificado en la legislación penal interna del Estado implicado. En tal caso, esa laguna de punibilidad constituirá argumento suficiente para trasladar la capacidad de procesamiento a la Corte. En definitiva se trata de caso en que el Estado no puede llevar a cabo el juicio²⁹.

Estamos entonces dentro de un proceso de mutua interrelación entre el derecho internacional y el derecho penal. este último, que hasta mediados del siglo XX era materia exclusiva de las leyes de los Estados, es ahora afectado por la mundialización que además del derecho, alcanza a casi todas las áreas del quehacer humano³⁰.

Podemos admitir así que las cláusulas del Estatuto irradian su fuerza normativa a todos los Estados parte, puesto que esta obligación refleja la necesidad para cada país que solo actúe el mismo en forma supletoria a la legislación interna, quedando en franca deuda con la comunidad internacional si, acaecido un hecho incluido en sus normas, no puede ser juzgado en el territorio en que fue perpetrado. Por otra parte, si una Nación se ha suscrito a este orden internacional es por que básicamente comparte las razones axiológicas, políticas y jurídicas que otorgan competencia a la Corte por lo cual, controvertir tales presupuestos con la omisión de juzgamiento o la no adopción de legislación acorde a estos hechos, es una manifiesto incumplimiento de su voluntad manifestada en la adhesión a un orden penal de carácter mundial.

En la misma dirección, se ha considerado como un logro el hecho de que no sea posible expresar reservas contra el Estatuto (art. 120). Así se evitó un conflicto en relación con reservas admisibles en el marco del derecho internacional y se quitó a los Estados escépticos

²⁹ Laurenzo Copello, Patricia. “*Hacia la Corte Penal Internacional*”...”, pág. 229.

³⁰ Villalpando Waldo, “Los ecos de Nuremberg...”, pág.1.

con respecto a la Corte un importante instrumento para sustraerse a sus obligaciones³¹.

IV. La estructura del Estatuto a la Corte Penal Internacional

Como fue concebido, se advierte que la naturaleza del estatuto es el de un tratado internacional, así como las prescripciones relativas a la cooperación internacional y asistencia judicial, destinadas a garantizar el desarrollo adecuado de la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de su competencia, con lo cual le concede marcada trascendencia en el ámbito del derecho internacional público³². Se ha considerado en dicho sentido, que por medio de un tratado multilateral se lograría de forma más idónea una institución internacional independiente, confiriéndole a la Corte la legitimidad, autoridad y eficacia necesarias para sancionar los crímenes internacionalmente cometidos, que asegurasen a la vez unas mínimas garantías procesales a los inculpados³³.

Pero desde los primeros intentos de establecer una jurisdicción penal internacional puede apreciarse la existencia de una cierta tensión entre las aproximaciones “*penalistas*” y las “*internacionalistas*”. Para los primeros, era fundamental que una jurisdicción penal internacional recogiera los principios del derecho penal y procesal consagrados por los órdenes jurídicos internos (*nulla poena sine lege; onus probandi incubit actoris, in dubio pro reo*, etc.). Para los segundos, el éxito de la jurisdicción internacional se basaba sobre su rapidez y sobre la efectividad³⁴.

También es destacable el esfuerzo por hacer compatibles, en un único texto penal, las pautas provenientes de los sistemas continental europeo y anglosajón requería en este sentido un alto grado de

³¹ Ambos, Kai. *La Nueva Justicia Penal Internacional*, Fundación Myrna MACK, Guatemala, 2003, pág. 65. Si fueran posibles las reservas un Estado podría, por ejemplo, negar la entrega de un ciudadano debido a disposiciones constitucionales. Si eso sucediera, la Corte estaría condenada a no poder intervenir, ya que en el caso de los sospechosos se trata normalmente de ciudadanos del propio país y cuando no con participación en el mismo gobierno.

³² Lorenzo Copello, Patricia. “Hacia la Corte Penal Internacional...”, pág. 226.

³³ Anello, Carolina Susana. *Corte Penal Internacional...*, pág. 41.

³⁴ Gramajo, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Edit. Abaco, Buenos Aires, 2003, pág. 177.

pragmatismo, capaz de prescindir de excesivas finuras dogmáticas para dar preferencia a las soluciones prácticas y fáciles de consensuar. De ahí el necesario relativismo lógico-jurídico con el que ha de evaluarse el sistema de responsabilidad penal configurado en el Estatuto de Roma³⁵.

Pero más allá de aquellas dudas iniciales, puede entenderse que el estatuto es un sistema de aplicación directa del derecho penal internacional, puesto que en un solo cuerpo jurídico se sientan sus bases de aplicación, como un sistema completo (pero no hermético) de normas de contenido tanto material como formal.

1. Competencia

La competencia de la Corte Penal Internacional (prevista para casos acaecidos únicamente después de la entrada en vigencia del Estatuto) es, según el Preámbulo, complementaria de las jurisdicciones nacionales³⁶; ya que se concreta en el conocimiento de aquellos casos en los que el Estado con jurisdicción para resolver el crimen correspondiente no pueda llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento, no quiera hacerlo o esgrima la apariencia de la realización de una investigación y proceso.

Es conveniente destacar entonces, que existe una prioridad de competencia para la justicia penal nacional y no para la internacional, como en los casos de los Tribunales para Yugoslavia y Ruanda³⁷. Un documento de clarificación emitido por las Naciones Unidas estableció que “La Corte Penal Internacional no reemplazará sino que complementará la jurisdicción nacional. Los tribunales nacionales continuarán teniendo prioridad para investigar y procesar los crímenes dentro de su jurisdicción”³⁸.

Por tal motivo, las normas relativas a la admisibilidad de la jurisdicción constituyen un delicado equilibrio entre la preservación de la soberanía del Estado y la eficacia de la acción de la Corte³⁹. Sin em-

³⁵ Lorenzo Copello, Patricia. “*Hacia la Corte Penal Internacional...*”, pág. 236.

³⁶ “Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

³⁷ Ambos, Kai. *La Nueva Justicia Penal Internacional...*, pág. 63.

³⁸ UN, International Criminal Court (some questions and answers), octubre 1998, citado por Villalpando, Waldo. “Los ecos de Nuremberg...”.

³⁹ Gramajo, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional...*, pág. 179.

bargo en casos en que procede, la competencia de la Corte es automática toda vez que los Estados al ratificar el estatuto la están aceptando *ipso facto*, sin necesidad de otras manifestaciones de consentimiento.

El reconocimiento de la jurisdicción nacional presupone, entonces, que la esencia del Estatuto pueda ser ejecutada en el Estado respectivo y que especialmente los crímenes allí definidos pueden y deberían ser perseguidos primariamente ante los tribunales nacionales. Así, la implementación de todas las disposiciones pertinentes, de derecho sustancial y procesal, es igualmente una condición para cumplir los propósitos del Estatuto⁴⁰.

De tal forma, es elocuente que todos los Estados se encuentran obligados a investigar y perseguir los crímenes tipificados en el Estatuto; por lo que la estructura de la Corte y su jurisdicción se basan sobre el presupuesto de que los Estados parte ejercerán su *ius puniendi* sobre estos crímenes. En tal sentido, la Corte toma intervención para aquellos casos en que no se quiera juzgar o no se pueda en razón a que la capacidad de una nación se halla desbordada o no resulta idónea para tal cometido. Por lo tanto, la Corte no ejerce una jurisdicción a través del *ius puniendi* doméstico transferido a ella por los Estados Parte. Más bien ejerce el *ius puniendi* inherente a la comunidad de las naciones en su conjunto, que existe en forma paralela e independientemente del nivel doméstico. Este poder se deriva del derecho internacional penal como parte del orden legal de la comunidad de las naciones. Como tal, tiene un mecanismo de ejecución propio⁴¹.

Entonces, la obligación de prevenir y reprimir los delitos más graves contra el derecho internacional queda siempre a cargo del Estado, como titular primario del derecho a la jurisdicción, derivado de su soberanía interna. Sin embargo el incumplimiento de dicha obligación internacional no traerá aparejada exclusivamente la responsabilidad internacional del Estado, sino también la activación de la jurisprudencia de la Corte, desplazando a los tribunales nacionales. En este sentido, el principio de complementariedad viene a reforzar la

⁴⁰ Triffterer, Otto. "Domésticos de ratificación e implementación"..., pág. 17. El significado de la implementación y cómo puede funcionar en el ámbito de los distintos sistemas legales puede sólo ser decidido sobre la base individual, Estado por Estado.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 37.

obligación a cargo de cada uno de los Estados de juzgar y, en su caso, sancionar los delitos contra la humanidad, posibilitando su efectivo cumplimiento⁴².

La Corte carece pues de competencia originaria incluso en los crímenes establecidos en el propio Estatuto, adquiriéndola sólo de modo subsidiario cuando el Estado competente no cuenta con un sistema de administración de justicia adecuado; posibilidad que se encuentra directamente relacionada con la naturaleza de los delitos comprendidos en el Estatuto, una de cuyas peculiaridades más significativas se asocia a la presencia de una política o plan de agresión masiva o sistemática contra la población civil que difícilmente puede entenderse sin la connivencia o, al menos, la tolerancia de quienes ejercen el poder⁴³, siendo que el art. 17 autoriza la intervención de la Corte ante dichas falencias al igual que el art. 20 no reconoce la calidad de cosa juzgada en tales condiciones.

Con relación a la materia que puede entender la Corte, su jurisdicción se limita a entender en los crímenes “más graves y de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” (art. 5º) y en concreto a los crímenes de genocidio, *lesa humanidad*, de guerra y de agresión; dejando abierta la puerta para la inclusión de más supuestos de hecho ilícitos (art. 22.3); puesto que la elaboración de dicho tema es de constante actualidad y es enriquecida por la dogmática en forma permanente, en donde, no obstante, debemos recalcar que su previa tipificación debe ser condición necesaria para su recta punibilidad.

La competencia también puede ser irrogada a un Estado que no es parte del estatuto pero que acepte la intervención de la Corte para la investigación y juzgamiento de hechos individualizados (art. 12) mediante declaración expresa de consentimiento.

Excepcionalmente, también cabe la posibilidad de intervención directa de la Corte, aún contra la voluntad del Estado involucrado, a solicitud del Consejo de Seguridad de la ONU (según el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas) cuando tal actuación resulte vital para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

⁴² Gramajo, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional...*, pág. 181.

⁴³ Laurenzo Copello, Patricia. “Hacia la Corte Penal Internacional...”, pág. 228.

Pero en casos en que no puedan salvarse las dificultades de competencia, resta la posibilidad de que el Consejo de Seguridad de la ONU ponga en manos de la Corte una determinada situación según lo dispone el art. 13. B.

Asimismo el sospechoso y los Estados afectados pueden impugnar la competencia de la Corte y la admisión de un determinado proceso y exigir su transferencia a la justicia nacional.

También se ha reglado que el Consejo de Seguridad de la ONU puede suspender la iniciación del juicio por hasta 12 meses, renovables por otro período idéntico (art. 16).

Recapitulando, podemos asegurar entonces que el Estatuto prevé un sistema de tres niveles (art. 12)⁴⁴: 1) En el primero rige que con la adhesión al tratado todo Estado acepta automáticamente la competencia de la Corte (competencia automática). Por el art. 114 un Estado parte puede excluir la competencia de los crímenes de guerra por un período de 7 años. 2) En un segundo nivel debe verificarse si en un caso concreto se cumplen los requisitos específicos que fundamentan la competencia de la CPI, según la cual es competente cuando el Estado del lugar de los hechos, el sospechoso, la víctima o el lugar de detención (en forma alternativa, no acumulativa) es Estado parte o acepta (*ad hoc*) la competencia de la Corte en el caso en concreto⁴⁵. 3) A un tercer nivel se ubica finalmente la posibilidad de que el Estado de los hechos o del sospechoso acepte *ad hoc* la competencia de la Corte; regulación que da a la opinión pública internacional un eficiente instrumento para presionar a Estados envueltos en casos particularmente graves a aceptar la competencia de la Corte.

Asimismo resta aclarar que el estatuto atribuye a la Corte personalidad jurídica internacional, es decir la capacidad para ser titular de derecho y obligaciones a nivel internacional y de poder ejercitar la reclamación internacional para el desempeño de sus funciones y pa-

⁴⁴ Ambos, Kai. *La Nueva Justicia Penal Internacional...*, pág. 60.

⁴⁵ Ello implica, según Ambos, que la mayoría de las guerras civiles y conflictos internos actuales no caen en la competencia de la Corte, ya que en esos casos el Estado del lugar de los hechos es siempre idéntico con el Estado sospechoso y éste evitará siempre, en el caso de un conflicto interno, adherir al estatuto. De acuerdo con esta regla, la CPI podría haber juzgado al dictador camboyano Pol Pot por el genocidio a la población sólo en el caso de que Camboya hubiera sido Estado parte o hubiera reconocido *ad hoc* la competencia de la Corte.

ra la realización de sus propósitos (art. 4.1). De tal forma es que puede concluir acuerdos tanto con la ONU como con diferentes Estados ya sean o no parte del mismo.

2. Disposiciones materiales

La tercer parte del Estatuto se titula “*De los principios generales del Derecho Penal*” y contiene los presupuestos materiales sobre los que se asienta la responsabilidad individual por los crímenes que se tipifican, lo cual sienta la dirección dogmática y axiológica que toma el estatuto.

Asimismo, tales directivas deben ser complementados con los Elementos del crimen, cuya función es la de añadir mayores precisiones como complemento para interpretar y aplicar las figuras delictivas.

Entre las disposiciones materiales más importantes, cabe destacar en primer lugar al principio de legalidad (art. 22.1), lo cual supone un paso adelante en la búsqueda de la auténtica seguridad jurídica dentro del derecho penal internacional, pues se opta por restringir el catálogo de hechos punibles a los estrictos cauces del texto del tratado, sin admitirse otras fuentes de creación de delitos tales como la costumbre internacional o los principios generales del derecho⁴⁶.

Este principio resulta una innegable conquista puesto que en el ámbito del derecho penal la idea de seguridad jurídica se vincula especialmente con la fijación del contenido de cada tipo penal en leyes escritas, estrictas y previas al hecho que se juzga. Por ende si damos a la palabra ley el sentido de norma preestablecida a la acción que se juzga delictiva, es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que hoy pueda o no acordarse; sino que asume el carácter de un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda hoy ser calificada como jurídica y no como puro régimen de fuerza⁴⁷.

El principio de reserva implica así la exclusión del derecho consuetudinario. Esto significa que por esa vía no puede crearse ningún nuevo tipo penal ni ninguna agravación punitiva (*nullum crimen sine lege scripta*). De este modo, la reserva legal se halla más rotundamente formalizada en el derecho penal (en virtud de detentar la más

⁴⁶ Laurenzo Copello, Patricia. “Hacia la Corte Penal Internacional...”, pág. 233.

⁴⁷ Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Edit. TEA, Argentina, 1994, Tomo I, pág. 136.

intensa afectación a los derechos individuales que en otras ramas del ordenamiento) que en cualquier otro ámbito jurídico. La razón de la marginación del derecho consuetudinario radica entonces en una simple cuestión de seguridad jurídica.

Como crítica concerniente a esta cuestión, puede señalarse que no existe una concreta determinación de las escalas penales para cada delito en particular, sino que se legisló en forma general, es decir que las penas se contemplaron independientemente de cada delito en particular; en tanto hubiera sido preferible que se determine en cada caso la sanción aplicable, pues un apego mucho más estricto al principio de legalidad importa que no solo las circunstancias del hecho se hallen estrictamente legisladas sino que también sus consecuencias jurídicas lo sean.

En consonancia con lo expuesto, el art. 23 establece el principio *nulla poena sine lege*, por el cual la culpabilidad del individuo solo podrá ser decretada de acuerdo a los delitos instituidos por el Estatuto; con lo cual se asegura la posibilidad de la sujeción estricta a sus parámetros punitivos.

Otro fundamento esencial está dado por la prohibición de analogía y de la interpretación extensiva en contra del reo (art. 22.2) Se entiende por analogía la transferencia de una regulación legal existente en un tipo penal, a un caso individual semejante pero no reglado estrictamente por la ley. Pero de manera opuesta a la interpretación, la aplicación por analogía abandona el ámbito demarcado por el precepto jurídico, al someter a la regla jurídica también ciertos hechos de la vida ubicados fuera de dicho ámbito, por ser similares en sentido (paralelos) con el hecho tenido en vista por el precepto jurídico. De tal forma, la analogía es en sí más lável e insegura que la interpretación, que se mantiene dentro del marco establecido por el precepto jurídico, y por ende es fuente de mayores peligros que ésta; el derecho penal, por ello, no confiere a la analogía sino una eficacia unilateralmente delimitada⁴⁸ de no ser utilizado en perjuicio del individuo sometido a juzgamiento.

Al respecto puede señalarse una grave falencia dentro de la estructura del Estatuto, la que se encuentra en el art. 7° en cuanto al tratar las particularidades de los crímenes de *lesa humanidad*, introdu-

⁴⁸ Maurach-Gössel-Zipf. *Derecho Penal, Parte General*, Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, Tomo I, 1994, pág 160.

ce en el inciso “k” que puede conformar esta figura legal “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente graves sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”, extremos que deben ser interpretado en el contexto del tipo penal en que se encuentra inmerso y no pueden ser extendidos por analogía a otros sucesos que se alejen del núcleo de la acción reprimida. En tal caso incluso puede alegarse que no es posible con ello determinar la conducta punible, abriendo paso a la aplicación de normas penales por analogía⁴⁹.

Asimismo el Estatuto en su art. 24 contempla la irretroactividad de sus normas punitivas, lo cual no implica impunidad en el juzgamiento de actos aberrantes (puesto que pueden ser juzgados por el principio de jurisdicción universal), sino la incompetencia de la Corte para entender en casos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia. Cabe poner de resalto que dicha prohibición de retroactividad implica además la imposibilidad de creación y ampliación de normas fundamentadoras de la punibilidad, así como que tampoco puedan modificarse en forma agravante la pena y no pueden introducirse nuevas consecuencias jurídicas para un acto ya producido.

También cabe destacar la recepción del principio *non bis in ídem* (art. 20), no obstante reconocer la limitación de respetar únicamente al arribo en legítima forma de la cosa juzgada, con la finalidad de evitar que tras una parodia de juicio se procure la impunidad de ciertos individuos a través del consentimiento del poder político.

Si bien esta garantía se la formula como la prohibición de someter al inculpado absuelto o condenado por sentencia firme a un nuevo juicio o a una nueva pena por los mismos hechos, también podría enunciárselo diciendo que ninguna persona puede ser perseguida (y por cierto tampoco juzgada ni penada) más de una vez en forma sucesiva, ni tener contemporáneamente pendiente más de una persecución penal con relación al mismo hecho delictivo. Este límite al poder penal consiste, entonces, en que su ejercicio en un caso concreto so puede procurar *sólo una vez*⁵⁰. Es decir que no sólo la garantía del *non bis in ídem* significa que nadie puede ser condenado por el mis-

⁴⁹ Gramajo, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional...*, pág. 175.

⁵⁰ Cafferata Nores, José I. *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Ed. del Puerto, 2000, pág. 100, agregando que la garantía se mantiene aún a la luz del surgimiento de nuevas e incontestables pruebas de cargo (nota 216).

mo hecho delictivo por el que ya fue sobreseído o absuelto, ni tampoco ver agravada, por una nueva condena otra anteriormente impuesta por su comisión; sino que implica a su vez que el individuo no sea siquiera expuesto al riesgo de que cualquiera de estas hipótesis ocurra mediante una nueva persecución penal.

Por otro lado, este compendio normativo expresamente dispone la responsabilidad limitada a las personas naturales, haciéndolas individualmente responsables por los crímenes contenidos (art. 25), no contemplándose la punibilidad de grupos u órganos colectivos ni al Estado interviniente (art. 25.4), relación que se rige por el derecho internacional público y es independiente de la responsabilidad de los individuos.

Este principio se reconoce como un efecto de los tribunales de Nuremberg, dado que hasta entonces sólo los Estados eran reconocidos como sujetos de derecho internacional y, en consecuencia, responsables por la comisión de ilícitos internacionales. A la obligación del Estado causante le correspondía una suerte de derecho subjetivo del Estado perjudicado; sin embargo en dicho tribunal concretamente se estableció: “Los crímenes contra el derecho internacional se cometen por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a las personas que cometen tales crímenes se pueden hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional”⁵¹.

Con relación al estadio del *iter criminis* a partir del cual un hecho resulta punible se ha contemplado que lo se a partir del comienzo de ejecución, lo cual da lugar a la tentativa; excepto en caso de desistimiento que acaece con la concurrencia de dos requisitos en forma conjunta, que el crimen no se consume y que el autor renuncie íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. Como excepción a ello, en el delito de genocidio se penaliza en forma independiente la instigación directa y pública a su comisión (art. 25.3.e), con lo cual el adelantamiento de la punibilidad obedece a la necesidad de prevenir por todos los medios este tipo de acciones.

Con respecto a la participación criminal, se prevé la autoría única, la coautoría y la autoría mediata (art. 25.3), con relación a la participación -en sentido estricto-, se prevé la inducción la complicidad y el encubrimiento, que en realidad pudo ser establecido como un ilí-

⁵¹ Villalpando, Waldo. “Los ecos de Nuremberg...”, con cita del Proceso de Nuremberg, Noviembre de 1945-Octubre 1946, Jugement t. I, pp. 234-235.

cito independiente y no como una forma de participación. La letra “d” incluye a quien por cualquier medio contribuya a la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tenga una finalidad común; lo cual parece indicar que se trató de incluir una suerte de conspiración para cometer alguno de los referidos delitos. También se establece la responsabilidad por omisión de los superiores jerárquicos por la conducta de sus subordinados (art. 28), por falta del ejercicio del deber de contralor, la cual se entiende dolosa.

En tal sentido se advierte una falencia en la mayor responsabilidad de los jefes militares que la de los civiles, en tanto no es imprescindible que el superior militar hubiese tenido efectivo conocimiento de la conducta ilícita de sus subordinados, sino que hubiera debido saberlo; con lo cual se atenta contra el principio de culpabilidad al establecer una suerte de presunción de la misma y fijar así un *standard* de responsabilidad por la sola calidad de militar; lo que sería también incongruente con la totalidad del estatuto que reprime los hechos más graves de trascendencia para la comunidad internacional (art. 5.1), con lo cual este parámetro de carácter eminentemente culposo no se condice con la entidad y gravedad de una conducta subjetivamente dolosa y dirigida a cometer serias atrocidades.

En la misma dirección se prevé la responsabilidad universal e igualitaria, no sometida a restricción derivada del cargo oficial que pudiese ocupar el autor; con lo cual deviene inútil la invocación de cualquier inmunidad funcional y que puede, en virtud del principio de complementariedad abrir la instancia de la Corte (art. 27).

Con relación al aspecto subjetivo de la conducta punible, el Estatuto contempla la intencionalidad del actuar del sujeto inculpatado; la cual abarca no sólo al autor que obra con el fin de conseguir el resultado típico (dolo directo), sino también a aquel que, sin proponerse tal efecto lesivo, lo prevé como consecuencia segura (dolo de consecuencias necesarias) o posible de su acción (dolo eventual)⁵²; pero descarta la comisión de tales supuestos por culpa, con lo cual se advierte que en última instancia debe haberse obrado con el propósito de cometer un acto aberrante y con el conocimiento de su producción efectiva, futura o eventual.

⁵² Lorenzo Copello Patricia, “Hacia la Corte Penal Internacional...”, pág. 243.

Como contrapartida se prevé la exclusión de responsabilidades por error de hecho o de derecho que haga desaparecer la mencionada intencionalidad o que hubiere mediado ignorancia o errónea representación de los elementos típicos; no contemplando aquellos casos en donde el yerro recayere sobre si los hechos resultan competencia de la Corte, pues tal pauta se relaciona con el tribunal que debe intervenir y no sobre la falta de conocimiento involuntaria de la punibilidad del acto.

Otro elemento de gran importancia es que la acción penal por tales actos resulta imprescriptible según el artículo 29; lo que implica adherir a la tesis vigente en el derecho internacional de que estos sucesos no pueden resultar oscurecidos ni olvidados por el solo transcurso del tiempo debido a su trascendente importancia para toda la humanidad.

También se prevén eximentes de responsabilidad que comienzan con el desarrollo de las causales de inculpabilidad, mediante las cuales el autor no hubiere podido comprender la criminalidad de su acto; así como también el haber actuado por legítima defensa, por estado de necesidad o bajo coacción irresistible. De la misma manera, esta enumeración no cierra las puertas a otras causales de exclusión de la responsabilidad previstos en los países con competencia originaria para el juzgamiento o por otras no expresamente legisladas.

Cabe resaltar que el estado de necesidad se encuentra circunscrito a la concurrencia de una amenaza inminente para la vida o para algún aspecto esencial de la integridad corporal del autor o de un tercero. En lo relativo a la ponderación de intereses, no parece imprescindible que, desde el punto de vista objetivo, el mal causado resulte igual o inferior al evitado, bastando, en apariencia, con que esa proporcionalidad concorra en la mente del autor. Así se infiere del texto legal en tanto exige únicamente que el sujeto “no tuviera la intención de causar un daño mayor al que se proponía evitar”. Este traslado al ámbito subjetivo de una exigencia normalmente unida a las circunstancias fácticas del estado de necesidad alejaría la eximente del plano de lo injusto para acercarla a una fundamentación centrada en la ausencia de culpabilidad⁵³.

⁵³ *Ibíd.*, pág. 245. Las referencias del texto a un estado de coacción provocado por la amenaza del mal apuntan en este mismo sentido, dando lugar a una configuración del estado de necesidad centrada en los impulsos subjetivos antes que en una ponderación racional y objetiva de los intereses en juego.

También es de destacar que la Corte no entiende en aquellos casos en que se encuentren involucrados en delitos menores de 18 años, al momento de la comisión del crimen (art. 26); puesto que requieren de un trato diferenciado acorde con su especial situación.

Otra importante restricción a la punibilidad es el haber actuado bajo órdenes de superiores o bajo determinadas disposiciones legales (según el art. 33), las cuales no pueden ser invocadas en abstracto, sino que únicamente son válidas como freno a la incriminación si la orden no fuera manifiestamente antijurídica, hubiere obligación a cumplirla o si hubo desconocimiento de la ilicitud por parte del autor; no obstante estar restringida esta causal en caso de órdenes de cometer genocidio o crímenes de *lesa humanidad* puesto que en sí mismas son manifiestamente ilícitas.

Se ha considerado especialmente que el fin de la impunidad debe ser alcanzado por igual sin distinción alguna basada en los cargos oficiales (art. 27). Este esclarecimiento es de una tremenda importancia práctica, porque los autores actuando en tal capacidad son, como la experiencia lo ha demostrado, el grupo más importante al que deben estar dirigidas las medidas de prevención y de represión disponibles de acuerdo con el Estatuto de Roma. Los miembros de este grupo con bastante frecuencia cometen o participan en la comisión de semejantes crímenes abusando de sus poderes en estructuras jerárquicas, a veces por tolerancia silenciosa: como tal comportamiento con bastante frecuencia tiene un efecto multiplicador, tiene que ser encarado en forma individual para prevenir los crímenes mencionados en el Estatuto y de este modo hacer que la jurisdicción penal internacional sea lo más efectiva posible⁵⁴.

Asimismo es indudable que a mayor responsabilidad jerárquica en la conducción de un determinado suceso, el mismo es mayormente atribuible a nivel de la culpabilidad, dado que quien se encuentra en mayor grado cercano al poder no puede desentenderse de motivarse en las normas represivas ni desentenderse de su cumplimiento.

⁵⁴ Triffterer, Otto. “*Domésticos de ratificación e implementación...*”, pág. 16. El autor aclara que tan pronto concluida la guerra de los Balcanes (1912/1913) la Carnegie Endowment for International Peace llegó a la conclusión, luego de investigar las causas y las atrocidades de esas guerras, de que sólo hubiera sido necesaria una palabra de aquéllos en el poder y todo el conflicto beligerante al igual que las atrocidades cometidas hubieran cesado de inmediato.

3. Los elementos del crimen

Según el art. 9 del Estatuto, los elementos del crimen (adoptados en la 5ª sesión de la Comisión Preparatoria) deben ayudar a la Corte en la interpretación y aplicación de los arts. 6 al 8, es decir al núcleo de crímenes tipificados; constituyendo una fuente jurídica secundaria frente a los crímenes del Estatuto y encontrándose sometidos a la interpretación por parte de la Corte.

Sucintamente puede decirse que la introducción general a los elementos del crimen prevé la siguiente configuración: en primer lugar se exponen los comportamientos, resultados y circunstancias típicas; a continuación, si es necesario, presupuestos subjetivos especiales de la responsabilidad (*mental element*) y, por último los llamados elementos o circunstancias contextuales (*contextual circumstances*)⁵⁵. También contemplan otra introducción particular para cada uno de los tres tipos de crímenes (genocidio, lesa humanidad y de guerra) y los elementos propiamente dichos de cada uno de los tipos. Asimismo, establecen pautas rectoras para el análisis de cada figura, consistente en la conducta, las consecuencias, las circunstancias, los especiales elementos intencionales y el contexto.

Por ello, los elementos del crimen constituyen instrumentos no vinculantes, de carácter auxiliar y complementarios, que se encuentran subordinados enteramente al Estatuto⁵⁶.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta lo normado por el art. 21, en cuanto establece un orden de aplicación de las normas en el ámbito de la Corte, que pone en primer lugar al Estatuto y luego a los Elementos del Crimen, sentando de esta forma en términos bien claros que estos últimos están subordinados a los primeros y no pueden contradecirlos.

⁵⁵ Ambos, Kai. “Elementos del crimen; así como Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional”, en: *La Nueva Justicia Penal Supranacional...*, pág. 50.

⁵⁶ Fernández Valoni, José Luis. “Hacia el efectivo establecimiento de la Corte Penal Internacional”, *El Derecho, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal*, 28/10/01.

4. Delitos tipificados

4.1 El Genocidio

Según el Estatuto el genocidio consiste en la realización de actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso⁵⁷.

Cabe destacar que esta figura resulta ser el paradigma de los delitos contra la humanidad, dadas las perniciosas consecuencias que tuvo que padecer el género humano, pues surge luego de la segunda guerra mundial, habiendo sido precisado su sentido en el llamado Estatuto de Londres del 8 de agosto de 1945, por el que se constituyó el Tribunal de Nuremberg. De las tres clases de crímenes que allí se determinan (crímenes de guerra, crímenes contra la paz y los delitos contra la humanidad) los aquí tratados son los que aparecen con denominación inédita hasta entonces; si bien son tan antiguos como la humanidad misma, su concepción jurídica es, sin embargo nueva, puesto que supone un estado de civilización capaz de reconocer leyes de humanidad, los derechos del hombre o del ser humano como tal, el respeto al individuo y a las colectividades humanas aunque fuesen enemigos⁵⁸.

Es Th. Würtenberger que en los trabajos escritos en homenaje a Radbruch se ocupa de la “*humanidad como valor jurídico-penal*” y analiza la ley número 10, dictada por el Consejo Aliado de Control, residente en Berlín, que se denomina ley “*sobre los crímenes contra la humanidad*”, al tiempo que resalta que lo bestial, lo cruel, es antípoda de lo humanitario y, a veces, constituye el objeto del derecho. Asimismo el citado autor estudia las acepciones del concepto de “*humanidad*” y se fija en el significado de la dignidad del hombre como valor particular de la persona, concluyendo efectivamente que la dignidad de la persona humana debe incluirse entre los bienes protegidos por el derecho penal junto a la vida, la libertad, el honor, etc.

⁵⁷ Más precisamente el art. 6º dispone: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘genocidio’ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimientto intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

⁵⁸ Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal...*, pág. 1174.

Incluso alega que aquélla supera a estos bienes y es de naturaleza distinta. En suma, para Würtenberger sólo pueden calificarse crímenes contra la humanidad aquellos delitos que no sólo violan los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino los que al mismo tiempo suponen negación de la personalidad moral del hombre; siendo que el menosprecio de la dignidad humana se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al hombre como una cosa⁵⁹.

Es así que su rasgo particular surge de que requieren premeditación y planificación en la destrucción de un grupo humano y que se valen de recursos tecnológicos y no escatiman medios de realización, subrayando la tendencia subjetiva que se manifiesta en el mundo exterior. Tal elemento se encuentra comprendido en la definición ofrecida por el art. II de la Convención de 1948, cuando señala: “*con la intención de destruir total o parcialmente*”. Y es en este punto en donde el crimen de genocidio adquiere una particularidad esencial con relación a los crímenes contra la humanidad; ya que estos últimos no suponen necesariamente infracciones o persecuciones contra los grupos e incluye a los grupos políticos. Tal como señala Yvesternon (1995:43) “si el criminal actúa con el objetivo de suprimir a su víctima en razón de su raza, de su religión o de sus convicciones políticas, sin otra intención, es un crimen contra la humanidad. Si tiene intención de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en todo o en parte, es un genocidio. La diferencia reside, esencialmente, en la particularidad de la intención criminal. El genocidio es, pues, un caso agravado de crimen contra la humanidad, merced a la intención reforzada que le caracteriza”⁶⁰.

Al modo de ver de Jiménez de Asúa, no cabe duda que el genocidio, aunque tenga la intención interna trascendente de destruir un grupo nacional, racial o religioso por serlo como tal, no deja por eso de ser un delito contra la Humanidad, aclarando que éste no es un concepto específico sino una noción genérica, pluralista, de la cual el genocidio forma principalísima parte⁶¹.

⁵⁹ *Ibíd.*, pág. 1178.

⁶⁰ Lozada, Martín. “El crimen de genocidio, un análisis en ocasión de su 50° aniversario”, *Ad-Hoc, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 9, Buenos Aires, 1999, pág. 189 y stes.

⁶¹ Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal...*, pág. 1174.

Pero, ante lo escueto de su primera formulación, hacía falta su elaboración dogmática entre cuyos antecedentes más relevantes puede citarse a la Séptima Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, reunida en Bruselas en los días 10 y 11 de Julio de 1947, en donde se adoptó por unanimidad el siguiente texto: “Considerando que, en espera de una legislación que erija en infracción contra la humanidad, todo ataque a los derechos fundamentales de la persona humana, especialmente el derecho a la vida, a la salud e integridad corporal y a la libertad, es preciso, desde ahora mismo, asegurar la represión del homicidio y de todos los actos capaces de llegar a la supresión de la vida humana, cometidos contra individuos o grupos humanos en razón de su raza, de su nacionalidad, de su origen o de sus opiniones; que esta represión debe organizarse en el terreno internacional y garantizarse por una jurisdicción internacional, cuando los culpables sean gobernantes, órganos o protegidos del Estado, y cuando carezca de represión en el Derecho penal nacional”. Se recomendó, por ende, erigir en infracción *sui generis* de derecho común, e incluir en el Código Penal Internacional y en todos los Códigos represivos nacionales, de por lo menos, una disposición referente a los hechos previstos en el siguiente texto: “Constituye un crimen contra la humanidad y debe ser reprimido como asesinato, todo homicidio o acto capaz de acarrear la muerte, cometido en tiempo de guerra como en el de paz, contra individuos o grupos humanos, en razón de su raza, de su nacionalidad, de su religión o de sus opiniones”. La Conferencia expresó además la intención de que los Estados repriman la propaganda tendiente a la comisión de delitos contra la Humanidad⁶².

Asimismo, conforme a las lecciones impartidas por la historia, los responsables de llevar adelante los medios de comisión genocidas se esfuerzan en procurar una suerte de legitimación ideológica con las cuales dar a sus actos el carácter de imperativos y necesarios. Por ello, tal como lo señala Leo Kuper, se deshumaniza a las futuras víctimas identificándolas con alguna imagen terrible -que varía según la sociedad y el conflicto situacional-, negándoles su *status* humano y relegándolas a un nivel animal o al de un mero objeto. Dicha operación en el imaginario social acarrea, como consecuencia, el cese de toda inhibición respecto a su sometimiento y victimización; los que a partir de ese momento se consumirán con mayor facilidad y menor

⁶² *Ibíd.*, pág. 1178.

grado de resistencia. Este proceso significa la consagración del mecanismo por el cual se construye a la víctima en razón de su presunta “*culpabilidad de origen*”, esto es, un reproche basado tanto en su nacionalidad, como en su etnia de origen, su raza, o bien por el credo al que adhiere. Los miembros del grupo-víctima se someten no por lo que han hecho, sino por lo que el victimario -y sus fantasmas subjetivos- perciben que son⁶³.

Al respecto, contamos con el texto de la Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en donde se da una precisa definición de esta figura que es acorde a la del Estatuto: Art. II.- “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal. En tal sentido, se observa que las distintas modalidades de comisión de este ilícito se encontrarían perfectamente abarcadas por el art. 6º del Estatuto.

4.2 Crímenes de *lesa humanidad*

Esta categoría de delitos tendría un carácter residual, en el sentido de que se trata de graves atentados a la vida o la integridad de las personas que no cuentan con el elemento subjetivo propio del genocidio (intención de exterminar) y tampoco están relacionados necesariamente con un conflicto armado. La competencia de la Corte en estos casos está supeditada a que sean cometidos con carácter sistemático o generalizados, descartándose la posibilidad de que tenga competencia para actos aislados. Entre esta categoría de delitos se incluye el exterminio, la desaparición forzada de personas y el apartheid⁶⁴.

4.3 Crímenes de guerra

Esta clase de actos tipificados se refieren específicamente a supuestos de conflictos armados en donde una de las partes actúe al margen de las leyes y convenciones aplicables (como la de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 que se cita expresamente) y comete hechos que forman parte de un plan o política a gran escala; con lo cual se advierte que la cuestión traspasa el hecho individual para conformar un ataque sistemático y planificado al contrincante.

⁶³ Lozada, Martín. “El crimen de genocidio...”, pág. 189 y sstes.

⁶⁴ Gramajo, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional...*

4.4 Agresión

Si bien el Estatuto no lo consagró en oportunidad de sentar las bases de la Corte, existe una definición internacional de esta conducta aprobada por la ONU, según la cual “La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas” (Resolución 3314 del 14/12/74)⁶⁵; no obstante lo cual en el Estatuto no se logró el consenso necesario como para precisarlo.

Sin embargo las propuestas sobre el crimen de agresión deberán ser presentadas a la Asamblea de Estados Partes no antes de siete años luego de la fecha de entrada en vigor del Estatuto.

V. Reglas procesales. Garantías individuales

En el nivel en que se encuentra instituida la Corte Penal Internacional no puede dejarse de lado su función de protección de los derechos fundamentales, puesto que resulta ser un elemento esenciales del ordenamiento objetivo internacional y de cada comunidad en particular; de acuerdo a su misión fundamental de proteger el orden jurídico y la paz social.

De tal forma, cabe tener en cuenta que las garantías individuales poseen una doble naturaleza, por un lado son derechos subjetivos de los individuos que al mismo tiempo garantizan un *status* jurídico o libertad en un ámbito de existencia y por otro lado son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional e internacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica. Los derechos fundamentales se presentan así como un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente considerados⁶⁶.

En este entendimiento y ante la voluntad política que significa la implementación de la Corte Penal Internacional, en el sentido de asegurar la cooperación de las Naciones en la lucha contra determinadas formas de criminalidad, la protección de los derechos humanos de quienes se ven involucrados en estos temas no es un extremo des-

⁶⁵ Villalpando, Waldo. “Los ecos de Nuremberg...”.

⁶⁶ Gil Gil, Alicia. *Derecho Penal Internacional...*, pág. 31.

deñable y su aseguramiento surge entonces como necesario; con lo cual no solo la relación debe ser entendida a nivel de Estados, sino que se incorpora al individuo como sujeto independiente en el derecho internacional y nacional generando así un triángulo de relaciones jurídicas⁶⁷.

Es que el modelo garantista del Estado constitucional de derecho como sistema jerarquizado de normas que condicionan la validez de las normas inferiores para la coherencia con las superiores, y con principios axiológicos establecidas en ellas, tienen valor para cualquier clase de ordenamiento⁶⁸ sea a nivel interior o internacional; por lo cual un acabado sistema normativo como el que presentamos, no puede ser contradictorio con todos los principios de larga elaboración con que cuentan los derechos humanos, en cuanto el centro de atención debe estar puesto sobre la persona humana (tanto imputado como víctima) por sobre consideraciones de política internacional u otros intereses extraños al objeto de protección.

Por ello, estatuto de la CPI no puede escapar a lo que es la elaboración de DDHH en todos los Pactos Internacionales dictados al respecto, puesto que la no contradicción con los mismos implica reconocer un orden preexistente y que condiciona su funcionamiento e interpretación.

La primer garantía que debe regir al respecto es la de la Independencia del tribunal, puesto que se encuentra consustanciado con la esencia de la función jurisdiccional, tanto que la palabra “*Juez*” no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de “*imparcial*”⁶⁹. De tal modo: el adjetivo “*imparcial*” integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto de

⁶⁷ Kayaran, Mónica P. “Extradición y Derechos Humanos”, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 9*, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 333. La autora hace referencia al caso “*Soering*” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (decisión del 7/7/89, Serie A, vol 161), donde por primera vez se reconoce el vínculo explícito que debe existir entre los procesos de extradición y los derechos humanos.

⁶⁸ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías...*, pág. 152. De esta forma el autor presenta su perspectiva de una efectiva limitación de la soberanía de los Estados mediante el establecimiento de garantías jurisdiccionales contra la violación de la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior.

⁶⁹ En la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “*imparcialidad*” significa falta de prejuicios o de parcialidad. García, Luis M. “La noción de tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El caso ‘Zenzerovich’: una oportunidad perdida”, *La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal*, 26/10/99, Buenos Aires, pág. 18.

“Juez”, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan sólo a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública, el cargo requiere. Este sustantivo refiere directamente por su origen etimológico a aquél que no es parte en un asunto que debe decidir, esto es, que lo ataca sin interés personal alguno. El concepto refiere, semánticamente, a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales debe decidir⁷⁰. La especificidad de esta garantía consiste en que ella opera como una meta-garantía, es decir, como presupuesto de operación de las demás garantías del debido proceso; por lo cual las circunstancias que afectan el principio de imparcialidad tienen la particularidad de reducir significativamente las posibilidades de realización de los demás principios propios del concepto de debido proceso. Sin cumplir la exigencia de imparcialidad judicial se reducen drásticamente las probabilidades de obtener el respeto efectivo de los demás aspectos del debido proceso⁷¹.

Pero en este punto nos encontramos con un escollo que puede significar serias injerencias en la función de administrar justicia, y que está contenido en la excepción del art. 16, que dispone la facultad del Consejo de Seguridad de la ONU de suspender la investigación o enjuiciamiento de un hecho que se encuentre en curso ante su solicitud, por el término de doce meses renovables por igual período. Con lo cual dicha prerrogativa no alcanza mucho a entenderse sino desde una puerta que se deja abierta a cualquier consideración de conveniencia política sobre temas de jurisdicción de la Corte.

Por otra parte pueden señalarse recepción de las clásicas garantías formales de todo procedimiento, como ser la presunción de inocencia (art. 66), donde la demostración de culpabilidad debe efectuarse más allá de toda duda razonable, lo que denota que la sentencia de condena debe ser adoptada por el arribo a la certeza absoluta de la responsabilidad de un sujeto determinado sobre las bases de pruebas fehaciente y legítimamente comprobadas.

⁷⁰ Maier, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*, Edit. del Puerto, Buenos Aires, Argentina, Tomo I, 1996, pág. 738.

⁷¹ Bovino, Alberto. “El Encarcelamiento Preventivo en los Tratados de Derechos Humanos”, en: *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Edit. Del Puerto, Argentina, 1997, pág. 434.

En el mismo sentido, el art. 55.1 dispone que nadie puede ser compelido a declarar contra sí mismo, ni se puede privar de la libertad en forma arbitraria; garantías de clásica formulación que en este cuerpo se hacen presente.

En términos generales, resta agregar que el proceso se desarrolla sobre las bases de un modelo acusatorio puro, lo cual tiende a asegurar la independencia de sus jueces y la no formación de prejuicios sobre los hechos bajo juzgamiento ni su compromiso con la recolección de pruebas. En consonancia con lo expuesto, el Estatuto prevé una Fiscalía “fuerte” (art. 15) que puede actuar de oficio sobre la base de información confiable de toda fuente y que debe someterse sólo a la verificación legal de una Cámara pre-juicio; evitándose así el peligro de una politización de la Fiscalía por parte de instancias de control político⁷².

Las reglas de procedimiento y prueba

De la misma forme que con los elementos del crimen, las reglas de procedimiento y prueba guiarán la actividad investigativa por lo cual necesariamente deben ser compatibles con el Estatuto y tienen carácter subsidiario con respecto al mismo (art. 51.4.5); constituyendo una concretización y un desarrollo de las disposiciones sobre competencia, organización judicial y procedimientos contenidos en el Estatuto⁷³.

VI. Los fines de la pena

El art. 78.1 relaciona la imposición de las penas con la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, lo cual señala la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el ilícito y la reacción punitiva adoptada, que debe basarse en esa relación y no en motivos ejemplificadores o meramente retributivos⁷⁴.

⁷² Ambos, Kai. *La Nueva Justicia Penal Internacional...*, pág. 64.

⁷³ Ambos, Kai. “Elementos del crimen...”, pág. 55.

⁷⁴ Desde este punto de vista se ha señalado que es difícilmente comprensible que la pena de reclusión perpetua, sólo justificable desde un punto de vista estrictamente retributivo, pueda tener cabida en un cuerpo legal llamado a preservar la idea de dignidad de las personas y el respeto a los derechos básicos de la personalidad. Lorenzo Copello, Patricia. “Hacia la Corte Penal Internacional...”, pág. 252.

Igualmente se prevé la revisión de la condena una vez cumplidas las dos terceras partes de la pena o 25 años si la misma fuere perpetua (art. 110.3), con lo cual aquí la prevención especial se hace efectiva para analizar la situación de la persona condenada en el específico caso en concreto; con la evidente finalidad de no imponer sanciones inhumanas e inconvenientes desde el punto de vista del propio condenado.

De tal forma, es menester demostrar que un sistema de justicia universal no es guiado por la pura retribución o venganza; es decir, que la aplicación racional del derecho penal puede ser mucho más respetuosa de la dignidad humana que los hechos que dan lugar a su intervención.

VII. Relación con la jurisdicción universal

La Corte Penal Internacional tiene la elevada misión de intervenir en todos aquellos casos en que se encuentren involucrados derechos esenciales de la humanidad y que constituyan delitos de índole transnacional, pero tal aspiración no puede quedar sin satisfacción puesto que allí radica la esencia del orden mundial bajo una convivencia en paz y armonía.

Por lo tanto, y ante la imposibilidad de acción de la Corte, ya sea por motivos formales (por ejemplo que una Nación involucrada no haya adherido al Estatuto) o de competencia; hechos de semejante índole no pueden quedar al margen de investigación y juzgamiento; puesto que en el orden mundial se daría el peligroso contrasentido de que el férreo consenso manifestado en este cuerpo normativo quedara arbitrariamente desconocido y sin posibilidad de resolución.

Tal principio surge de la obligación en el plano internacional de todas las naciones, en razón a que los principios generales del derecho internacional no pueden ser afectados por las disposiciones del derecho interno, puesto que al declararse que los derechos humanos básicos son parte integrante del derecho consuetudinario internacional se está afirmando también la responsabilidad internacional de los Estados por las lesiones a dichos derechos que le sean atribuibles. Este carácter irrevocable de los derechos humanos básicos los eleva a la categoría de *ius cogens*, en el sentido del art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, como normas que no

admiten acuerdo en contrario y los coloca en el primer lugar jerárquico entre las fuentes del derecho internacional, puesto que no resulta admisible frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor.

Cabe agregar que los actuales principios concernientes a la aplicación de la jurisdicción penal son: el *territorial*, por el cual la ley penal es aplicada exclusivamente a los hechos cometidos en el territorio de una nación; el principio *real* (o de defensa), por el que la ley penal extiende sus efectos fuera del ámbito del Estado en donde rige, fundamentado en la defensa del interés nacional vulnerado (cuando tiene consecuencias directas para el mismo); el principio de *personalidad*, en donde la ley represiva sigue a su nacional dondequiera que se encuentre; el principio *universal*, donde un Estado se arroga jurisdicción para juzgar y condenar en su territorio al autor de un ilícito perpetrado fuera del mismo pero que por su propia naturaleza incumbe a toda la comunidad internacional.-

A estos cuatro principios jurisdiccionales se le suma otro que nace del actual desarrollo del derecho internacional público y que se ha dado en llamar “*internacional*”, consistente en la existencia de delitos tipificados en normas internacionales cuya característica es proteger derechos fundamentales del individuo, correspondiendo su juzgamiento a tribunales penales internacionales como la Corte Penal Internacional⁷⁵.

Por lo tanto, y a fin de asegurar la realización de la justicia, existe una tendencia a la competencia penal universal de todos los Estados para juzgar delitos contra el derecho de gentes, en base al principio de “*juzgar o dejar juzgar*” (*judicare aut dedere*), a fin de garantizar que estos crímenes no queden impunes y sean sometidos a un debido proceso. No obstante no contarse, en tales casos, con normas positivas que tipifiquen conductas, igualmente se asegura que se configuran los delitos aunque no fuesen formalmente incriminados en donde se cometieron (art. I b de la Convención Sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad) y que su catálogo se incrementa con el desarrollo de las sociedades y demanda una acción internacional más intensa para reprimir figuras delictivas aberrantes, cuya figura más característica es el genocidio.

⁷⁵ De las Carreras, Alfredo M. “La jurisdicción penal universal y el principio de territorialidad desde la perspectiva del derecho constitucional argentino”, *El Derecho, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, 28/10/01, pág. 5.

En esta dirección, uno de los fallos más distintivos es el de la Cámara Primera del Tribunal Penal Internacional para al ex Yugoslavia en el caso Furundzija que sostuvo: “Este fundamento jurídico de la competencia universal de los Estados en materia de tortura confirma y refuerza (el principio de) que la intervención de otras jurisdicciones surge del carácter por esencia universal del crimen. Estimamos que los crímenes internacionales, en tanto son universalmente condenados sea cual sea el lugar en donde se hayan cometido, da derecho a que cada Estado pueda perseguir y castigar sus autores”⁷⁶.

VIII. Conclusión: proyecciones de este nuevo orden jurídico

De las consideraciones vertidas, pueden destacarse que el Estatuto es el resultado del consenso internacional acerca de que ciertas conductas, por su concreta y directa afectación a los derechos humanos, generen la necesidad de su incriminación. Ello da cuenta de la íntima conexión de tales hechos con el respeto a la humanidad en su conjunto y que no es posible su progreso sin reprobar sucesos de semejante naturaleza.

Asimismo se revela la necesidad de un orden jurídico internacional que otorgue reglas claras, precisas y preexistentes; a fin de permitir el enjuiciamiento de los responsables sin hacer extensiva tal declaración con relación a los Países que se ven involucrados, a fin de proteger y evitar la proliferación de sucesos semejantes en el seno de las Naciones civilizadas del mundo. Sin embargo, los efectos preventivos que pueda llegar a tener el Estatuto, sin bien no pueden ser probados empíricamente tan fácilmente, importa admitir que el conocimiento acerca de la punibilidad y la definición de la conducta alcanzada por el concepto de ciertos crímenes es generalmente considerada como una de las medidas de mayor prevención⁷⁷.

De tal modo se advierte la necesidad de asegurar mediante un marco represivo la convivencia pacífica y civilizada entre los Estados, y que no quede impune ningún hecho de significativa relevancia y de directa afectación a la integridad de la humanidad.

⁷⁶ Caso citado por Villalpando, Waldo. “Los ecos de Nuremberg...”, pág.1.

⁷⁷ Triffterer, Otto. “Domésticos de ratificación e implementación...”, pág. 21.

También es destacable la íntima relación existente entre las disposiciones del Estatuto con el derecho interno de cada Nación, puesto que el primero ilumina al derecho de cada Estado y sienta las bases para una incriminación uniforme bajo los mismos criterios de prosecución y de punibilidad; la cual se refuerza a través de la obligación que asume cada País de adecuar su ordenamiento interno, lo cual significa que tarde o temprano tiene que cumplir con sus presupuestos.

De allí que, pese a la naturaleza internacional de este conjunto normativo, encuentre directa incidencia en los ordenamientos domésticos. Si bien la competencia de la Corte es de naturaleza subsidiaria, se advierte cada vez más que los intereses de las naciones en particular se relativizan en procura de salvaguardar el interés universal, a fin de conferir eficacia a la jurisdicción internacional. Tal presupuesto se deriva del hecho de que sucesos como los tipificados en el Estatuto generalmente se cometen con la directa participación de un Estado o con la explícita o encubierta anuencia de los órganos de poder político.

Además, el alcance con que el Estatuto trata los hechos que considera punibles arroja una atención mundial sobre tales crímenes directamente según el derecho internacional al igual que sobre la posibilidad de perseguir a los órganos estatales y otros oficiales por abuso de poder dirigido a la comisión de estos crímenes. Esta idea fundamental del derecho internacional penal nunca antes había alcanzado tal publicidad y compromiso. Se advierte que el mismo es tan grande, que aún en la creencia de que crímenes alcanzados por la jurisdicción de la Corte no serán cometidos por sus nacionales y en su territorio, los Estados tienen que enfrentar el hecho de que pueden convertirse en Estado de refugio de autores extranjeros de tales crímenes y de que van a ser requeridos para cooperar plenamente con la Corte. A ello se suma que los Estados parte tienen que ejercer su jurisdicción doméstica en lo que concierne a esos crímenes independientemente del lugar en donde fueron cometidos o de la nacionalidad del autor o de la víctima, según el principio de universalidad⁷⁸.

De tal forma, ahora se sientan las reglas fundamentales que tienden a evitar la impunidad con la mera invocación de un vacío nor-

⁷⁸ *Ibíd.*, pág. 19. Además la Corte tiene el trabajo de controlar indirectamente a aquéllos en el poder y, de ser necesario, perseguirlos por abuso constitutivo de alguno de los crímenes más serios de trascendencia para la comunidad de las naciones.

mativo o a través de un presunto desconocimiento de normas obligatorias, amparándose en políticas de estado o en el cumplimiento de un deber o de obediencia debida.

Sin embargo, debe tenerse la precaución de guardar el recto equilibrio que debe existir en la prosecución de delitos grandilocuentes con las debidas garantías individuales; puesto que estas últimas, obtenidas a través de la profusa elaboración de derechos inalienables de la persona humana, no puede quedar al margen en virtud de ser patrimonio exclusivo de los individuos, por más que se discuta la comisión de sucesos de suma trascendencia.

Por último cabe destacar que las proyecciones de este nuevo ordenamiento resultan por demás prometedoras, ello si se adopta en forma generalizada y es unánimemente reconocido por todas las Naciones; puesto que solo de tal forma puede obrar como un elemento puesto al servicio del orden internacional y al debido resguardo de los derechos humanos, extremo en el cual deben alejarse consideraciones de exclusivo tenor político a fin de que pueda garantizarse un *status* legal a nivel mundial únicamente dedicado a evitar actos criminales de denodada magnitud y de perniciosa injerencia en toda la humanidad.

