

1 ● Introducción

La República Argentina fue uno de los países que impulsaron la creación de la Corte Penal Internacional (CPI). Reflejo de ello es la activa participación que tuvieron los representantes argentinos en los trabajos preparatorios del Estatuto, que concluyeron con la adopción del tratado en la Conferencia de Roma el 17 de julio de 1998.¹

Argentina firmó el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) el 8 de enero de 1999; a partir de allí, se inició un proceso interno de aprobación y ratificación que se desarrolló sin mayores obstáculos políticos ni jurídicos. El tratado fue aprobado por el Congreso de la Nación mediante la ley 25 390, sancionada el 30 de noviembre de 2000 y, unos meses después, el 8 de febrero de 2001, la República Argentina depositó el instrumento de ratificación, convirtiéndose de ese modo en uno de los primeros sesenta Estados en ratificar el Estatuto de Roma.²

¹ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI, Estatuto de Roma o Estatuto) puede encontrarse como documento UN Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998 (disponible en español en el sitio <http://www.un.org/spanish/law/icc/index.html>). Fue aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, celebrada en Roma (véase Acta final de la Conferencia, UN Doc. A/CONF.183/10). Entró en vigor el 1.º de julio del 2002.

² Sesenta era el número de Estados que debían depositar los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del ECPI en poder del Secretario General de las Naciones Unidas para que el tratado entrara en vigor (artículo 126).

En cuanto a la implementación del ECPI,³ cabe destacar que los trabajos tendientes a adecuar la legislación nacional comenzaron antes de que el ECPI fuera aprobado y ratificado. Para ello se creó una comisión interministerial integrada por funcionarios que habían participado en las negociaciones durante el proceso de establecimiento de la Corte y por especialistas en derecho penal. Esta comisión elaboró un proyecto de ley de implementación del ECPI que fue remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación el 8 de octubre de 2002. Comenzó entonces una serie de reuniones en el ámbito del Congreso en las que participaron legisladores, juristas y miembros de organizaciones no gubernamentales. Sin embargo, la demora en lograr un acuerdo condujo a que el proyecto enviado por la comisión interministerial perdiera estado parlamentario. Tiempo después se elaboraron otros proyectos en el ámbito de la legislatura nacional que desembocaron en la preparación de un proyecto único por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado, que fue aprobado por esa cámara el día 23 de junio del 2004. Actualmente el proyecto de ley se encuentra a estudio de la Cámara de Diputados.

En el presente informe se analizarán ciertas cuestiones constitucionales que pueden plantearse en relación con el ECPI, así como algunos aspectos vinculados a la adecuación normativa del sistema jurídico argentino.

2. Obstáculos para la ratificación o la implementación del ECPI

2.1. Cuestiones constitucionales

La República Argentina no cuenta en el orden nacional con un mecanismo de control judicial sobre la compatibilidad constitucional de las leyes o los tratados que opere con anterioridad a su aprobación o a su ratificación (control preventivo). El

³ La expresión *implementación* (del ECPI) es utilizada para aludir a la adecuación normativa que deben llevar a cabo los Estados a efectos de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones que surgen del Estatuto de Roma y el juzgamiento en sede nacional de las conductas constitutivas de los crímenes de competencia de la CPI (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra).

control de constitucionalidad a cargo del Poder Judicial sólo puede realizarse con posterioridad, en el momento en que la norma intente ser aplicada en el marco de un conflicto jurídico concreto. La falta de un mecanismo judicial de control constitucional previo a la ratificación de un tratado no implica que no exista ningún tipo de control, dado que éste debe ser llevado a cabo en primer término por los poderes del Estado que intervienen en su celebración, aprobación y ratificación, a los que compete velar por que los tratados internacionales que celebren sean conformes a los “principios de derecho público”⁴ establecidos en la Constitución nacional.⁵ En el caso del ECPI, el tratado fue firmado, aprobado y ratificado en un lapso relativamente breve sin mayores debates acerca de su constitucionalidad.

Teniendo en cuenta el sistema de control constitucional argentino, la posibilidad de que surjan planteos ante los órganos judiciales dependerá de la eventual impugnación de actos concretos que Argentina intente realizar en cumplimiento de las obligaciones que surgen del ECPI (por ejemplo, la entrega de una persona a la CPI).

A continuación se tratarán algunas de las cuestiones constitucionales que suelen discutirse en los diversos países como posibles obstáculos jurídicos para la ratificación del ECPI o para el cumplimiento de las obligaciones que surgen de ese tratado, haciendo especial referencia al caso argentino.

⁴ El artículo 27 de la Constitución nacional establece: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

⁵ En cuanto a la jerarquía normativa de los tratados internacionales, por regla, éstos se encuentran en un nivel inferior a la Constitución nacional (artículo 27) y superior a las leyes (artículo 75, inciso 22, de la CN). A su vez, existen ciertos tratados internacionales que, a partir de la reforma de 1994, poseen “jerarquía constitucional” (artículo 75, inciso, 22, de la CN). Finalmente, la Constitución nacional prevé la posibilidad de que el Congreso otorgue jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos mediante su aprobación por una mayoría de dos terceras partes de los votos de cada una de las dos Cámaras (artículo 75, inciso 22, de la CN). Hasta la fecha, se ha otorgado jerarquía constitucional a través de este mecanismo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 24 820, sancionada el 30 de abril de 1997) y a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ley 25.778, sancionada el 20 de agosto de 2003). La Constitución nacional, los tratados expresamente enumerados en el artículo 75, inciso 22, de la CN y aquellos que alcancen jerarquía constitucional a través del mecanismo mencionado, conforman lo que algunos autores denominan *bloque de constitucionalidad*. De acuerdo con esta descripción, el ECPI es jerárquicamente inferior a la CN —no es un tratado enumerado en el artículo 75, inciso 22, de la CN, ni se le ha otorgado jerarquía constitucional— y, por lo tanto, en caso de un eventual conflicto deberían prevalecer los principios constitucionales por sobre lo dispuesto en el ECPI. De este modo, podría suceder que el Poder Judicial, al ejercer el control concreto de constitucionalidad, se opusiera al cumplimiento de un acto basado en el ECPI con el fin de asegurar la supremacía constitucional. Sobre la posibilidad de que se le otorgue jerarquía constitucional al ECPI, véase *infra* en nota al pie. Luego se hará mención también a la posible incidencia del artículo 118 de la Constitución nacional, norma que se refiere a los delitos contra el *derecho de gentes* y que, en los últimos años, ha sido interpretada como cláusula de recepción de normas internacionales referidas al derecho penal internacional.

2.1.1. *El ECPI frente a la soberanía estatal*

En primer término, cabe considerar si la Constitución nacional impone algún obstáculo para la celebración de un tratado que, como el ECPI, establezca un tribunal penal internacional con competencia para juzgar hechos cometidos en territorio argentino o cuyos autores sean nacionales argentinos. En relación con esta cuestión suele plantearse si la creación de la Corte Penal Internacional y las facultades que se le otorgan pueden de algún modo afectar la *soberanía* de los Estados nacionales.

Sin perjuicio de las dificultades que presenta un concepto como el de *soberanía estatal* para la teoría jurídica, es posible reconocer a su respecto al menos dos ámbitos problemáticos. Por un lado, el punto relativo a la posible afectación de aquellos espacios que el derecho internacional reserva a cada Estado (ámbitos respecto de los cuales se afirma que los Estados son “soberanos”). Por otro, la cuestión de si para un Estado es posible asumir compromisos internacionales que importen la cesión de ciertas competencias estatales (esto es, el problema de si es posible ceder cierta porción de “soberanía”). El primer aspecto señalado plantea un problema de derecho internacional; el segundo, de derecho constitucional.

Es claro que, desde el punto de vista de las reglas del derecho internacional, no existe obstáculo alguno para que un conjunto de Estados acuerde la creación de un tribunal penal que pueda actuar en relación con hechos que ocurran dentro de sus territorios o respecto de hechos cometidos por sus nacionales. El consentimiento que expresa el Estado al obligarse despeja cualquier cuestionamiento que pueda intentarse sobre la base de una lesión a la soberanía estatal. El ECPI no supone, en este sentido, ninguna alteración de los términos tradicionales que regulan la relación entre los Estados.⁶

El segundo de los aspectos señalados (la “cesión de soberanía”) supone considerar si existe algún límite constitucional que impida al Estado celebrar un tratado que establezca un tribunal penal internacional con competencia para juzgar hechos ocurridos en su territorio o presuntamente cometidos por sus nacionales. No se observan en la Constitución argentina disposiciones que se opongan a ello. Puede inclu-

⁶ Más compleja es la posible actuación de la Corte Penal Internacional a instancias del Consejo de Seguridad respecto de Estados que no sean partes en el Estatuto. Sin embargo, este problema no se presenta en el caso de Argentina, que ha ratificado el ECPI.

so decirse que el texto constitucional es sumamente compatible con la creación de un tribunal internacional. En primer término, debe tenerse en cuenta que la CN ya reconoce la existencia de tribunales internacionales creados por tratados de derechos humanos a los que se les ha otorgado jerarquía constitucional.⁷ Asimismo, la Constitución prevé expresamente la posibilidad de celebrar tratados de integración “que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales” (artículo 75, inciso 24, CN).⁸ Finalmente, en el ámbito específico de los crímenes de derecho internacional la CN tiene una cláusula que se refiere expresamente a su persecución y muestra una particular amplitud en materia de jurisdicción. En efecto, la CN reconoce desde 1853 la jurisdicción extraterritorial de los tribunales argentinos para juzgar delitos contra el “derecho de gentes” (artículo 118).⁹ Si bien esta norma no alude a la creación de una jurisdicción penal internacional, refleja que la Constitución argentina, al menos en materia de crímenes definidos por el derecho internacional, parte de una idea sobre jurisdicción que supera los criterios tradicionales de territorialidad y nacionalidad. Por lo demás, es indudable que si la CN establece en esa norma —tal como se ha interpretado últimamente— la jurisdicción universal, que supone la competencia de los tribunales argentinos para juzgar hechos ocurridos en territorio de otros Estados, no puede sino reconocer recíprocamente la posibilidad de que otros Estados ejerzan su jurisdicción respecto de hechos que ocurran en territorio argentino.¹⁰ Con mayor razón debe admitir entonces la actuación de un tribunal penal internacional establecido por un tratado del cual es parte el Estado argentino.¹¹

Asimismo, no puede dejar de tenerse en cuenta que la jurisdicción de la CPI es subsidiaria de las jurisdicciones nacionales; por lo tanto, la ratificación del ECPI no

⁷ Entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El artículo 75, inciso 22, de la CN también incluye la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, tratado que menciona la posible actuación de una corte penal internacional (artículo 6), aunque no obliga a que los Estados reconozcan su jurisdicción.

⁸ Para la aprobación de estos tratados de integración la CN prevé un procedimiento diverso al del resto de los tratados. El ECPI no fue aprobado como *tratado de integración* sino de acuerdo con el régimen general.

⁹ El artículo 118 de la CN (artículo 102, antes de la reforma constitucional de 1994), ubicado en el capítulo relativo a las “Atribuciones del Poder Judicial”, dispone: “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

¹⁰ Cf. Carlos Colautti: “El artículo 118 de la Constitución nacional y la jurisdicción extraterritorial”, p. 110.

¹¹ Cf. Germán Bidart Campos: “La persecución penal universal de los delitos de lesa humanidad”, p. 1.

supone para los Estados un recorte de su jurisdicción penal nacional.¹² Por otra parte, la competencia que se atribuye a la CPI para determinar la admisibilidad de un caso por indisposición o incapacidad del Estado para administrar justicia tampoco parece cuestionable. La evaluación de esa falta de disposición o de capacidad no podría quedar a cargo del propio Estado. Esa atribución reconocida al tribunal internacional es una instancia de control externo similar a las que se establecen en diversos tratados de derechos humanos que, como se ha dicho, tienen jerarquía constitucional. Se trata precisamente de mecanismos que tienden a proteger a las personas frente a la imposibilidad de obtener respuestas adecuadas de los poderes públicos nacionales.¹³

No se observan, por tanto, obstáculos constitucionales para la creación y actuación de un tribunal penal internacional con competencia subsidiaria para juzgar conductas ocurridas en territorio argentino o cuyos autores sean nacionales argentinos.

2.1.2. *Compatibilidad del sistema penal del ECPI con derechos y garantías constitucionales*

Una vez determinado que es admisible constitucionalmente la creación de un tribunal penal internacional, corresponde analizar si el *sistema penal* establecido mediante el ECPI puede presentar incompatibilidades con derechos y garantías constitucionales.¹⁴

¹² El poder que conservan los Estados en materia de administración de justicia también se observa en las reglas de cooperación establecidas en el Estatuto. Como principio, queda a cargo de las autoridades nacionales la ejecución de las medidas de cooperación y sólo en ciertos casos —siempre que no se trate de medidas coercitivas— pueden ser llevadas a cabo directamente por el fiscal de la Corte (artículo 99.4 del ECPI).

¹³ La importancia del control externo al Estado que consagran ciertos tratados de derechos humanos ha sido destacada por Pastor en relación con las garantías procesales, al señalar: “el aspecto en el que los tratados enumerados por la Constitución sí representan, en cambio, una gran innovación, es el de los mecanismos de control. Es sabido que el Poder Judicial, especialmente el tribunal de última instancia, tiene la función trascendental de asegurar la supremacía de la Constitución. Esto representa, para el derecho procesal penal, que el Poder Judicial es el guardián de las garantías y derechos individuales [...] Sin embargo, esta función de control del respeto de los derechos individuales pierde efectividad cuando se trata de garantías judiciales, dado que, en este caso, el órgano limitado en su poder por la garantía y el órgano encargado de controlar el respeto por las garantías aparecen confundidos” (cf. Daniel Pastor: “El llamado ‘impacto’ de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal”, pp. 97-98). El autor citado, empero, se muestra crítico respecto del análisis que, según el ECPI, debe hacer la Corte sobre la actuación de los Estados, dado que advierte que el control de la Corte no consiste en evaluar su “disposición a actuar” sino su “disposición a condenar” (cf. Daniel Pastor: “El sistema penal internacional del Estatuto de Roma. Aproximaciones críticas”, p. 710).

¹⁴ Dentro del conjunto de derechos y garantías constitucionales deben entenderse comprendidos los que surgen del texto de la CN y los reconocidos en los diversos instrumentos de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la CN).

La posible incompatibilidad de las normas del ECPI con ciertos principios constitucionales en materia penal es uno de los aspectos que suele estar presente a la hora de evaluar eventuales problemas de constitucionalidad del ECPI. Un ejemplo claro de ello es el caso de Colombia, país que ha llevado a cabo una reforma constitucional a efectos de prevenir cualquier dificultad derivada del “tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución”.¹⁵

Teniendo en cuenta el sistema de control de constitucionalidad que rige en el orden nacional, la relevancia de la cuestión planteada puede manifestarse al momento en que el Estado argentino se enfrente concretamente ante un pedido de cooperación de la CPI. Si el sistema penal creado por el ECPI fuese incompatible con normas constitucionales, existiría el riesgo de que una impugnación exitosa ante los tribunales nacionales impidiera cumplir el deber de cooperación que se ha asumido al ratificar el ECPI. Por ejemplo, cabría la posibilidad de que una persona cuya entrega fuese solicitada por la CPI lograra demostrar que cierto derecho constitucional sería menoscabado en el proceso penal ante la CPI y, sobre esta base, evitara su entrega.¹⁶

Una pregunta que puede plantearse aquí es si el Estado que acepta la jurisdicción de la CPI debe garantizar a sus habitantes que los derechos constitucionales en materia penal serán respetados en el proceso penal que se lleve a cabo ante el tribunal penal internacional. La aceptación de la jurisdicción de la CPI por un Estado implica habilitar una jurisdicción penal que podrá juzgar conductas cometidas en su territorio o por sus nacionales. El punto por determinar es si los derechos constitucionales en materia penal que protegen a las personas frente a la actuación del poder punitivo también deben ser resguardados frente a la actuación de una instancia penal habilitada por el Estado a través de un tratado internacional.

¹⁵ La reforma autoriza al Estado colombiano a reconocer la jurisdicción de la CPI y a ratificar el ECPI. Asimismo, agrega: “La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución, tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada por éste” (artículo 93). Sobre la reforma colombiana, véase Alejandro Aponte: “Informe sobre Colombia”, pp. 201 ss.

¹⁶ Los problemas para el cumplimiento del deber de cooperación con la CPI podrían darse básicamente respecto de los pedidos de entrega de personas. Es importante destacar que el ECPI, al regular la obligación de entrega de personas a la CPI (artículos 89 ss.), no contempla un catálogo de causales para denegar la solicitud. Por lo tanto, en principio, los Estados asumen un deber incondicionado de proceder a la entrega. En cuanto a otras formas de cooperación, el ECPI sí reconoce un límite: que la ejecución de una medida de asistencia esté “prohibida en el Estado requerido por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general” (artículo 93.3 del ECPI). En ese caso, el ECPI prevé un mecanismo de consultas entre el Estado y la CPI para tratar de resolver la situación. Si no se lograra arribar a una solución “la Corte modificará la solicitud según sea necesario” (idem).

En el caso argentino, la CN no contiene ninguna disposición que específicamente se refiera a los derechos de las personas frente a la actuación de tribunales penales internacionales. La CN establece, por un lado, un conjunto de principios y garantías en materia penal y, por otro, un límite general en materia de tratados según el cual éstos deben estar “en conformidad con los principios de derecho público” consagrados en la CN (artículo 27). Parece lógico interpretar que el conjunto de principios y garantías en materia penal establecidos por la CN forman parte de aquellos “principios de derecho público” que deben ser observados por los tratados internacionales. Una interpretación distinta conduciría a que los derechos y garantías constitucionales que protegen a las personas frente al poder punitivo pudieran ser menoscabados por el Estado mediante la creación de una instancia penal internacional. En otras palabras, la CN toleraría que el Estado mediante un tratado pudiera eludir derechos y garantías sobre los que no puede avanzar con su ley penal, interpretación que no resulta razonable.¹⁷ Por lo tanto, debe partirse de la premisa de que, cuando el Estado argentino someta a las personas bajo su jurisdicción a la actuación de un tribunal penal establecido mediante un tratado (bilateral o multilateral), los derechos y garantías constitucionales en materia penal también actuarán como límite jurídico y, por lo tanto, como un límite para la cooperación con ese tribunal.

Lo dicho es aplicable al caso del ECPI en tanto la ratificación por el Estado argentino del tratado que crea la CPI tiene el efecto jurídico de habilitar una instancia penal que podrá actuar respecto de personas que son titulares de derechos constitucionales que consagran límites frente al poder punitivo. Si, como se ha afirmado, el Estado argentino no puede avanzar sobre esos derechos constitucionales mediante un tratado (artículo 27, CN) —como no puede hacerlo a través de la ley—, entonces esos derechos constitucionales actuarán como límite jurídico frente al ECPI y podrán ser hechos valer por sus titulares en caso de que la CPI solicite su entrega a la República Argentina. Se trata de límites constitucionales para el juzgamiento y la condena penal que pueden actuar como límites para la cooperación con la CPI.¹⁸

¹⁷ Carecería de sentido que la CN tolerara, por ejemplo, que el Estado argentino pudiera establecer un tribunal penal con un país limítrofe para juzgar hechos de contrabando con un menor nivel de garantías que el que necesariamente debería observar un tribunal nacional para juzgar esos mismos hechos. Respecto del desarrollo de aspectos penales en el ámbito del Mercosur y de los problemas que pueden generarse en materia de garantías penales, puede verse Alejandro Álvarez: *Justicia penal y espacio regional*.

¹⁸ Más adelante se analizará si teniendo en cuenta la *materia* que regula el ECPI (derecho penal internacional) podría admitirse un régimen jurídico diverso del que se establece para el derecho penal común (o nacional). Por otro lado, un diverso tratamiento en materia de derechos y garantías podría intentar fundarse en que, puesto que el derecho penal regulado en el ECPI

Ahora bien, es posible que este esquema de análisis no sea aplicable a todos los pedidos de entrega de personas por parte de la CPI. En particular, la situación podría plantearse en términos diversos cuando los pedidos de entrega se refieran a personas y hechos que no guarden vinculación con la jurisdicción que Argentina ha reconocido (o “cedido”) a la CPI. Esto es, en los casos en los que la actuación de la CPI no tenga como fundamento jurídico el reconocimiento de su jurisdicción por Argentina, sino un fundamento jurídico autónomo: el reconocimiento de su jurisdicción por otros Estados partes, la remisión de un asunto por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (artículo 13.*b* del ECPI) o la aceptación de su jurisdicción por Estados no partes en asuntos concretos (artículo 12.3 del ECPI). En estos casos, no habría lugar para que se planteara la cuestión de si el reconocimiento de la jurisdicción de la CPI por Argentina merece algún reparo constitucional. Este aspecto sería irrelevante dado que la CPI al efectuar el pedido no estaría fundándose en el reconocimiento de su jurisdicción realizado por Argentina al ratificar el ECPI, sino en un fundamento distinto. Es por ello que, en estos supuestos, los pedidos de entrega de personas por la CPI sólo involucrarían problemas específicos de cooperación de modo análogo a lo que sucede cuando la República Argentina recibe solicitudes de extradición formuladas por Estados. En efecto, si —por ejemplo— la CPI pidiera la entrega de una persona por un hecho ocurrido en el territorio de un Estado *X* que hubiese reconocido la jurisdicción de la CPI, en ese caso la actuación de la Corte no tendría como fundamento jurídico el reconocimiento jurisdiccional realizado por el Estado argentino al ratificar el ECPI, sino un fundamento autónomo: la CPI podría actuar en ese caso debido a que el Estado *X* lo habría consentido (y ello con total independencia de si Argentina ha reconocido la jurisdicción de la CPI).¹⁹ Por lo tanto, el caso no se

tiene ya un origen internacional (a diferencia del ejemplo de la nota anterior, que propone un caso de derecho penal nacional que un tratado *internacionaliza*), debe admitirse que —en ese ámbito internacional— rija conforme a sus reglas propias, con independencia de cómo el Estado lo aplique en su ámbito nacional (a través de sus tribunales nacionales). Esta postura, que llevaría a la admisión de un diverso tratamiento según que el derecho penal internacional fuese aplicado por un tribunal *internacional* o por uno *nacional*, podría ser sostenida con buenos argumentos jurídicos (especialmente, que pusieran énfasis en la distinción entre el orden público internacional y el orden público interno); sin embargo, esta postura difícilmente evitaría una contradicción, al menos desde el punto de vista valorativo. ¿Por qué el Estado podría aceptar que un tribunal internacional juzgara a sus habitantes de un modo que la Constitución le prohíbe a sus tribunales nacionales, incluso cuando juzgasen la misma materia —derecho penal internacional—? Esta contradicción es especialmente notoria en el caso de que el tribunal internacional fuera establecido por un tratado internacional (como el ECPI), es decir, con el consentimiento del Estado.

¹⁹ Está claro que, en el caso del ejemplo, carecería de relevancia la circunstancia de que Argentina hubiese reconocido la jurisdicción de la CPI para juzgar hechos ocurridos en su territorio o a personas de su nacionalidad (y, por lo tanto, también sería irrelevante que ese reconocimiento de la jurisdicción de la CPI por Argentina fuese cuestionable constitucionalmente). El supuesto se presenta, entonces, para Argentina, sólo bajo el aspecto de la cooperación con la CPI. Cabe destacar que la cooperación con la CPI puede ser solicitada a cualquier Estado, aun cuando no sea parte en el ECPI. Incluso la CPI puede celebrar acuerdos de cooperación con Estados no partes

diferenciaría en sustancia de un pedido de extradición que fuera formulado directamente por el Estado *X* a la República Argentina. Y, en principio, no habría razones para que Argentina, al decidir si entrega o no a la persona requerida, fuese más exigente —al evaluar posibles afectaciones a derechos fundamentales— con la CPI de lo que sería con el Estado *X*. En suma, si la analogía entre extradición y entrega fuese correcta en estos casos, los límites para la cooperación con la CPI que podrían entrar en juego serían los límites que rigen en materia de extradición para el resguardo de derechos fundamentales.

De este modo, podrían distinguirse dos situaciones. Por un lado, los casos en los que la CPI solicite la entrega de una persona ejerciendo la jurisdicción que ha sido reconocida por el Estado argentino. En estos supuestos, las personas requeridas podrían cuestionar el reconocimiento de la jurisdicción penal internacional por parte de Argentina sobre la base de que ese sistema penal afecta algún derecho constitucional que consagra un límite frente al poder punitivo. En este sentido, el argumento de que el sistema penal del ECPI lesionaría derechos y garantías constitucionales en materia penal podría ser utilizado para cuestionar el reconocimiento de la jurisdicción de la CPI y, en definitiva, para impedir la entrega. Por otro lado, cuando la solicitud de entrega se formule en el marco de situaciones ajenas a la jurisdicción que Argentina ha reconocido a la CPI, el caso guardaría similitud con un pedido de extradición y, entonces, los límites para la entrega serían semejantes a los límites para la extradición.²⁰

en el ECPI, es decir, con Estados que podrían estar dispuestos a asumir obligaciones de cooperación pero no a admitir la jurisdicción de la CPI. Reconocimiento de la jurisdicción de la CPI y obligación de cooperación con la CPI involucran, pues, relaciones diversas, aun cuando en el caso de los Estados partes ambas surjan del mismo instrumento (ECPI).

²⁰ Sin embargo, habría que evaluar hasta qué punto la analogía trazada entre casos de extradición a Estados y casos de entrega a la CPI puede alterarse por el hecho de que la CPI no es un tribunal de otro Estado sino un tribunal creado —entre otros— por el Estado argentino. Desde esta perspectiva, la entrega de una persona a la CPI podría ser vista como una especie de *autoentrega* y no, como sucede en los casos de extradición a Estados, como la entrega de una persona a una jurisdicción ajena. Una pregunta que cabría formularse es si la CPI ejercerá, en parte, la jurisdicción argentina y, en consecuencia, si algún límite constitucional referido al modo de administrar justicia penal puede aplicarse también al tribunal penal internacional integrado por Argentina. Esta cuestión no puede ser respondida aquí con seguridad. Sólo puede hacerse notar —como un elemento que podría tener incidencia en el análisis— que la jurisdicción de la CPI suele ser explicada de dos maneras diversas: según un modo de presentar a la CPI, la jurisdicción de este tribunal se nutre de las diversas jurisdicciones estatales que han concurrido a crearlo (a lo que habría que agregar el poder que el Consejo de Seguridad de la ONU deriva del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas); por el contrario, hay quienes observan a la CPI como un tribunal que ejerce un poder punitivo inherente a la comunidad internacional, es decir, un poder punitivo distinto del poder punitivo de cada Estado en particular. Esta última posición es sostenida por Triffterer cuando afirma: “[...] la Corte no ejerce una jurisdicción, a través del *ius puniendi* doméstico transferido a ella por los Estados partes. Más bien ejerce el *ius puniendi* inherente a la comunidad de naciones en su conjunto, que existe en forma paralela y —al menos en teoría— independientemente del nivel doméstico. Este poder se deriva del derecho internacional penal como parte del orden legal de la comunidad de naciones. Como tal tiene un mecanismo de ejecución propio. Este modelo de ejecución directa ha sido vigorizado cuando el Consejo de Seguridad estableció los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda. Es el mismo modelo de ejecución que ahora será vigorizado por los primeros 60 Estados

Una cuestión que aquí no podrá ser abordada es cuáles son exactamente los límites jurídicos que deben regir en materia de extradición para el resguardo de derechos fundamentales y si esos límites difieren de los que rigen en materia de juzgamiento y condena penal dentro del Estado que recibe la solicitud.²¹ Obviamente, si esos límites fueran idénticos, los casos que se han descrito deberían tener respuestas idénticas (toda afectación de un derecho constitucional en materia penal podría obstruir la extradición). Sin embargo, debe hacerse notar que habitualmente se entiende que el control que compete a los Estados que reciben una solicitud de extradición no consiste en un juicio acerca de si el Estado requirente garantiza todos y cada uno de los principios y garantías constitucionales en materia penal —y con el mismo alcance y derivaciones— que rigen en el ámbito nacional del país requerido.²² Si esta lógica se aplicara a los pedidos de entrega de la CPI, no necesariamente todos los límites para el juzgamiento y la condena que se reconocen en el nivel nacional serían obstáculos para la entrega de personas.

A continuación se mencionarán algunos puntos problemáticos del ECPI frente a principios constitucionales en materia penal y se analizará en qué medida ello podría dar lugar a dificultades para el cumplimiento de las obligaciones de cooperación con la CPI. Finalmente, se intentará plantear las alternativas que se presentan para el Estado argentino frente al panorama resultante.

partes. Ellos y todos los Estados que ulteriormente se sumen, sólo están de acuerdo en hacer uso de esa jurisdicción ahora y en cómo ejercerla por una Corte Penal Internacional permanente". En suma, para este autor la CPI "[...] no ejerce una parte de la jurisdicción estatal o de la soberanía estatal, sino la jurisdicción penal independiente, que es inherente a la comunidad internacional en su conjunto" (cf. Otto Triffterer: "Domésticos de ratificación e implementación", p. 37).

²¹ La discusión sobre el alcance del deber del Estado que recibe un pedido de extradición de proteger los derechos de las personas frente a posibles violaciones de esos derechos por parte del Estado requirente puede verse en el trabajo de Mónica Karayán "Extradición y derechos humanos", donde analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos y refleja la postura de la Corte Suprema argentina en la materia.

²² Un argumento recurrente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de solicitudes de extradición es que se trata de un procedimiento que no tiene por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido, sino establecer si su derecho a permanecer en el país (artículo 14, CN) debe ceder frente a una solicitud de cooperación internacional. Un ejemplo de análisis diferenciado según se trate de un caso de extradición o de un caso de juzgamiento puede verse en los votos del juez Fayt en los casos *Priebke* y en los más recientes casos *Arancibia Clavel* y *Simón*, todos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el caso del pedido de extradición de *Priebke*, el juez Fayt sostuvo que los hechos imputados constituirían genocidio y que esa clase de delitos no prescribía. A su vez, en *Arancibia Clavel* y en *Simón*, casos que se referían a procesos penales en curso ante los tribunales nacionales, el juez Fayt expresó las razones por las cuales consideraba que la aplicación de la norma consuetudinaria o convencional referida a la imprescriptibilidad de crímenes de derecho internacional violaba el principio de legalidad. Precisamente, al explicar la diferencia entre el caso *Priebke* y los otros dos casos indicados, el juez recurrió al argumento mencionado más arriba que distingue entre casos de extradición y casos de juzgamiento.

2.1.2.1. Algunas cuestiones problemáticas que surgen del ECPI

Es evidente que, como sistema penal, el ECPI constituye un avance frente a experiencias anteriores como las de los tribunales *ad hoc*. Por primera vez se establece un tribunal penal internacional con carácter permanente y con anterioridad a los hechos que podrá juzgar; se define de antemano un catálogo escrito de las conductas prohibidas y de las penas aplicables; se afirma la vigencia del principio de legalidad excluyendo (o limitando en gran medida)²³ la posibilidad de recurrir al derecho consuetudinario para la determinación de las conductas prohibidas; y se fijan las reglas procesales que habrán de aplicarse para la investigación y el juicio.

Con todo, es posible detectar en el ECPI algunas normas problemáticas frente a principios constitucionales en materia penal. En particular, suelen señalarse ciertas deficiencias del ECPI frente a los principios de *legalidad* y de *culpabilidad*. Por ejemplo, la falta de precisión en la determinación de la conducta prohibida que se advierte en algunas disposiciones del ECPI puede cuestionarse por infringir el mandato de determinación (*lex certa*). Otro tanto puede decirse respecto de la amplitud de la escala punitiva fijada en el artículo 77 y la falta de claridad de ese mismo artículo del ECPI al definir en qué supuestos la CPI podrá aplicar la prisión perpetua.²⁴ Asimismo, se generan dudas en cuanto a la vigencia plena del principio de culpabilidad dado que el ECPI podría no reconocer en ciertos supuestos la relevancia excusante del error de prohibición inevitable (artículos 32 y 33 del ECPI).²⁵

²³ No es posible afirmar que la Corte Penal Internacional prescindirá de las normas consuetudinarias no recogidas en el ECPI para determinar el ámbito de lo punible. Al menos, parece que en algunos casos la costumbre podrá jugar un papel en la integración del tipo penal. Así, por ejemplo, en el crimen de lesa humanidad de encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en “violación de normas fundamentales de derecho internacional” (artículo 7.1.e del ECPI) y en el crimen de lesa humanidad de persecución por “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional” (artículo 7.1.h del ECPI). El recurso al derecho consuetudinario en estos crímenes es mencionado, e incluso admitido para el derecho alemán, en la exposición de motivos del proyecto de ley de Código Penal Internacional alemán (cf. la versión traducida al español por Alicia Gil Gil en el sitio <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltext/vstgbspanisch2.pdf>). Efectivamente, el Código Penal Internacional alemán se refiere al que “prive gravemente de la libertad a una persona en violación de las normas generales del derecho internacional” y al que persiga por “otros motivos reconocidos como inaceptables por las reglas generales del derecho internacional” (cf. los § 7.1.9 y 7.1.10; la versión en español a cargo de Alicia Gil Gil puede verse en <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltext/vstgblspan.pdf>). En la exposición de motivos se explica que la fórmula elegida para ese proyecto (“reglas generales del derecho internacional”) se aleja del ECPI y se remite al artículo 25 de la Constitución alemana, “abarcando así únicamente aquellas normas del derecho consuetudinario internacional que poseen validez mundial”.

²⁴ El artículo 77.1 del ECPI establece para todos los delitos mencionados en el artículo 5 la pena de “reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años” y, en forma alternativa, la “reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”.

²⁵ Cf. Kai Ambos: *La parte general del derecho penal internacional*, pp. 433-452. La doctrina argentina actual entiende que el carácter eximente de ciertos errores de prohibición viene impuesto por la propia Constitución nacional (cf. Marcelo

Los problemas planteados parecen tener origen en factores diversos. Así, la falta de determinación de algunas conductas puede deberse en ciertos casos a que las formulaciones de ECPI han sido tomadas de instrumentos internacionales que no tenían la precisión requerida para la redacción de leyes penales; la irrelevancia de ciertos errores de prohibición proviene de reglas del *common law*. Otras deficiencias, en cambio, pueden obedecer simplemente a que durante las sesiones preparatorias del ECPI no se logró arribar a una mejor solución desde el punto de vista de la técnica legislativa.

Como resultado de ello, el ECPI exhibe ciertas deficiencias en relación con las exigencias necesarias para asegurar el máximo nivel de efectividad del principio de legalidad y del principio de culpabilidad (al menos, tal como se formulan estos principios en algunos países, especialmente en el área del *civil law*).

Es verdad que el nivel de reconocimiento o de efectividad de esos principios en la práctica constitucional de los Estados no siempre se aproxima a sus formulaciones más ricas. Ello puede verse en el estado actual de la legislación penal argentina, que a los problemas tradicionales ha sumado los que se originaron en las innumerables reformas producidas en los últimos años, marcadas por la improvisación y la muy baja calidad técnica, y que ha dado lugar a la producción de leyes penales que exhiben en algunos casos una escasa determinación de la materia regulada. A ello se agrega que el control de constitucionalidad no se ha mostrado demasiado riguroso en cuanto a las exigencias que impone el mandato de determinación.²⁶ También puede señalarse que en materia de penas la ley argentina permite llegar a escalas más amplias que la del artículo 77 del ECPI; así, es posible que el juez deba determinar una pena en una escala de un mes a cincuenta años de prisión.²⁷ Es evidente entonces que los

Sancinetti: "Error, dolo, culpabilidad: ¿un problema de 'lege lata'?", p. 34; Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sloskar: *Derecho penal. Parte general*, pp. 506 y 692).

²⁶ Un ejemplo clásico de la jurisprudencia argentina es la convalidación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) del tipo penal que prohibía los "actos de exhibiciones obscenas" (artículo 128 del Código Penal). En ese fallo la CSJN expresó que "la 'ley previa' no importa necesariamente que la figura penal contenga una descripción formalmente agotada, y no existe obstáculo constitucional alguno para que —como en el caso—, cuando el contenido de los deberes o de las prohibiciones dependa sustancialmente de una valoración a realizarse en vista de circunstancias concretas insusceptibles de enumeración previa, sea la autoridad jurisdiccional quien determine y aplique esa valoración cultural" (cf. el fallo dictado en el caso *Musotto* el 29 de septiembre de 1987). El Código Penal vigente tiene un tipo penal similar en el artículo 129.

²⁷ Por ejemplo, en caso de una condena por varios hechos de robo. En caso de concurso real de delitos, la regla del artículo 55 del Código Penal determina que la escala aplicable "tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión". El hecho de que se trate de una pluralidad de conductas no modifica sustancialmente la cuestión planteada, dado que lo relevante es que el juez se enfrenta a la posibilidad concreta de imponer tanto un mes como

problemas del ECPI se asemejan a los que se presentan en la legislación penal nacional y algunos de ellos probablemente no serían reconocidos por los tribunales argentinos como violatorios de los principios fundamentales señalados. Sin embargo, la relativa falta de efectividad de principios constitucionales en el ámbito nacional no es un argumento convincente para dejar de tomar en cuenta las falencias que pueden detectarse en el ECPI. Por lo demás, algunas disposiciones del ECPI son severamente cuestionables: por ejemplo, la definición del crimen de *apartheid* (“otros actos inhumanos de carácter similar”) o la indeterminación de los supuestos en que puede imponerse la prisión perpetua (“cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”).²⁸

Tomando como base los ejemplos mencionados puede afirmarse que al menos algunas normas del ECPI, tal como están redactadas, podrían dar lugar a una condena penal en condiciones que no serían tolerables para la Constitución nacional.²⁹

Ahora bien, hay que recordar que los Estados, al organizar su propio sistema de persecución penal nacional de crímenes de derecho internacional, no están obligados a copiar en la legislación interna las normas del ECPI. Por lo tanto, no existen razones para que las deficiencias señaladas sean trasladadas al ámbito de la legislación penal nacional en el momento de *implementar* el ECPI. Las leyes nacionales pueden determinar con mayor precisión las conductas prohibidas, fijar escalas penales más acotadas o reconocer ampliamente la relevancia excusante del error de prohibición.³⁰

cincuenta años de prisión. Al problema de la amplitud de la escala penal se agrega la circunstancia de que las reglas previstas para la determinación judicial de la pena son muy imprecisas y, por lo tanto, permiten un uso arbitrario.

²⁸ Si bien esas normas alcanzan un grado mayor de determinación con los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, siguen en pie supuestos indeterminados. Así, en relación con las conductas de *apartheid* en los Elementos de los Crímenes se establece que debe tratarse de uno de los actos mencionados en el párrafo 1 del artículo 7 del ECPI, pero agrega “o que fuera de carácter semejante a alguno de esos actos” y, en nota al pie, que *carácter* se refiere a “la naturaleza y gravedad del acto”. Por su parte, la regla 145 enumera circunstancias agravantes que sirven tanto para graduar la pena dentro de la escala prevista en el artículo 77 del ECPI, como para imponer la prisión perpetua; luego de mencionar algunos criterios, la regla agrega “otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas”.

²⁹ Luego se mencionarán tres ejemplos de normas procesales que, según cómo las interprete la CPI, podrían dar lugar a problemas constitucionales. Los posibles casos problemáticos no se reducen a estos ejemplos. Sin embargo, cabe advertir que aquí no se intenta transmitir la idea de que el ECPI está plagado de normas problemáticas, sino de que contiene *algunas* normas que podrían generar conflictos. Obviamente, una lista de esas normas exigiría un análisis detallado de cada una de las disposiciones del ECPI, de los Elementos de los Crímenes y de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Una referencia a la perpetuidad de la pena de reclusión prevista en el artículo 77.1.b del ECPI se realiza más adelante en un acápite separado.

³⁰ Ello podría llevar a que en ciertos supuestos la legislación nacional no considerara punible alguna conducta que sí lo fuera en el sistema del ECPI; por ejemplo, si se admitiera la relevancia del error de prohibición inevitable en un supuesto que para el ECPI no fuera relevante. En la práctica, se trataría de supuestos marginales y que no justificarían la activación de la jurisdicción subsidiaria de la CPI.

Sin embargo, una implementación acorde con las exigencias constitucionales sólo despeja una parte de los problemas. Subsisten aún las posibles dificultades para el cumplimiento de las obligaciones de cooperación con la CPI dado que los jueces, al realizar el control concreto de constitucionalidad, podrían rechazar medidas solicitadas por ese tribunal internacional.

2.1.2.2. La posible incidencia del reconocimiento constitucional del derecho penal internacional

Un camino que debe explorarse es hasta qué punto el hecho de que la materia regulada en el ECPI sea derecho penal *internacional* puede conducir a la admisión de un tratamiento diferente del que constitucionalmente se exige en materia penal. Teniendo en cuenta la jurisprudencia argentina de los últimos años y el reconocimiento que la propia Constitución nacional hace del derecho penal internacional (artículo 118), muy probablemente este análisis centrado en una diferente *materia* estaría presente en caso de que ante los tribunales argentinos se presentaran impugnaciones constitucionales para evitar la entrega de una persona a la CPI.

Los principios que en materia penal consagran las constituciones de los Estados no necesariamente se reconocen con el mismo alcance en el derecho penal internacional. Esto es claro en el caso del principio de legalidad, dado que el derecho penal internacional no exige una *ley* en sentido formal. Ello sigue siendo así a pesar de que el Estatuto de Roma ha establecido un sistema penal que en materia de legalidad intenta aproximarse al derecho penal nacional.

El diferente alcance del principio de legalidad en el derecho penal internacional es un aspecto que ha estado presente en la jurisprudencia argentina de los últimos años.³¹ Por un lado, se ha reconocido la autonomía de sus reglas frente al derecho nacional y en particular el diverso sistema de fuentes —que incluye la costumbre internacional—. Por otro, está en plena discusión el modo en que las normas del derecho penal internacional deben aplicarse por los tribunales penales nacionales en el juzgamiento de hechos ocurridos en Argentina. En este sentido, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado recientemente la regla de la

³¹ Cf., sobre el tema, Ezequiel Malarino: “Informe sobre Argentina”; Martín Abregú: “Apostillas a un fallo histórico”; Rodolfo Mattarollo: “La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad”.

imprescriptibilidad recurriendo para ello a la costumbre internacional.³² De esta manera, ha admitido no sólo que el principio de legalidad tiene una distinta formulación en el ámbito del derecho penal internacional, sino también que en esta materia el principio de legalidad establecido en la CN no rige o no rige del mismo modo que frente al derecho penal común (al menos en cuanto a la exigencia de una *ley* en sentido formal). Esta posición ha sido sostenida en precedentes de diversos tribunales argentinos. Para fundar esta aplicación de las reglas del derecho internacional se afirma, entre otros argumentos, que el artículo 118 de la CN es una cláusula abierta que permite recibir, en el nivel constitucional, las normas y principios elaborados en el ámbito internacional en materia de crímenes “contra el derecho de gentes”.

Esta admisión —en el plano constitucional— de que el derecho penal internacional tiene reglas propias y, en alguna medida, distintas de las que rigen el derecho penal nacional podría conducir a que las bases para efectuar el juicio de si el ECPI está “en conformidad con los principios de derecho público” de la CN se vieran alteradas. En efecto, si la CN admitiese que el derecho penal internacional tiene características esenciales distintas de las del derecho penal nacional, el análisis de compatibilidad entre el ECPI y la CN debería tomar en cuenta esas diferencias. Esta manera de analizar la cuestión podría conducir a que ciertas divergencias entre normas del ECPI y los principios constitucionales en materia penal fueran toleradas por la propia CN.

En efecto, una exégesis posible del artículo 118 de la CN,³³ que tiene cierto apoyo de la doctrina y —en especial— de la jurisprudencia argentinas, es que ese artículo recibe y otorga jerarquía constitucional a aquellas reglas referidas a crímenes de derecho internacional que rigen —en principio— universalmente, esto es, la cos-

³² Cf. los fallos dictados por mayoría el 24 de agosto de 2004 en el caso *Arancibia Clavel* y el 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*.

³³ En el texto se analizará la capacidad de rendimiento que podría tener una interpretación amplia del artículo 118 de la CN en el juicio de compatibilidad constitucional de las normas del ECPI. Sin embargo, es preciso señalar que esta disposición constitucional soporta distintas interpretaciones y difícilmente alguna de ellas pueda presentarse como concluyente. No se analizan aquí interpretaciones más restrictivas simplemente porque no producirían ninguna consecuencia respecto de la compatibilidad del ECPI con la CN. Varios aspectos son relevantes para determinar el alcance del artículo 118: si constituye o no una cláusula de recepción de normas del derecho penal internacional, si recibe toda norma referida a esa materia o sólo algunas, si las normas recibidas en esa disposición adquieren jerarquía constitucional o no y, finalmente, en caso de interpretarse que efectivamente gozan de jerarquía constitucional, cómo se relacionan con los principios constitucionales en materia penal (y dentro de esta pregunta todavía habría que considerar si la respuesta podría depender de que la aplicación de las normas se efectuara en un juicio ante un tribunal nacional o ante un tribunal internacional). Estos aspectos, que no pueden ser tratados aquí, fueron ampliamente analizados por Malarino en su “Informe sobre Argentina”.

tumbre general y, dentro de ella, las normas imperativas (*ius cogens*).³⁴ Esta interpretación parte de la base de que existe una apertura de la Constitución hacia aquellas reglas que la comunidad internacional en su conjunto asume como obligatorias. Y esa apertura llegaría al punto de que esas normas que expresan el consenso general sobre la materia tendrían jerarquía constitucional y podrían conducir a la admisión de ciertas divergencias respecto de los principios penales contenidos en la CN. No sucedería lo mismo con el resto de las normas de derecho internacional referidas a materia criminal y, entonces, las normas contractuales no ingresarían a través del artículo 118 de la CN ni tendrían jerarquía constitucional sobre la base de este artículo, sino que se regirían por las disposiciones de la CN referidas a tratados internacionales.³⁵

Conforme a esta interpretación, el ECPI no tiene jerarquía constitucional, sino la que le confiere el artículo 75, inciso 22, de la CN, esto es, una jerarquía superior a las leyes nacionales e inferior a la CN. Empero, algunas normas recogidas en el ECPI podrían ya gozar de jerarquía constitucional en tanto fueran a su vez normas consuetudinarias recibidas por el artículo 118. De este modo, el artículo 118 de la CN podría tener el efecto de dejar a salvo la compatibilidad constitucional de esas normas del ECPI aun cuando exhibieran alguna divergencia respecto de los principios constitucionales en materia penal.

³⁴ Las interpretaciones que hasta el momento ha proporcionado la doctrina sobre el artículo 118 de la CN no han sido lo suficientemente claras en cuanto a qué normas del derecho penal internacional deberían considerarse recibidas por esa cláusula constitucional. En general, la doctrina que ve en ese precepto una norma de recepción del derecho penal internacional parece referirse a normas consuetudinarias de alcance general. Por su parte, la jurisprudencia que ha aplicado normas de derecho penal internacional con base en el artículo 118 siempre ha afirmado el carácter consuetudinario de la norma aplicada (y, muchas veces, ha subrayado su condición de *ius cogens*). Esto ha sucedido tanto con la definición de los crímenes de derecho internacional cuanto con la norma que establece su imprescriptibilidad.

³⁵ Esta diferenciación entre la costumbre internacional y las normas convencionales podría ser fundada del siguiente modo. Las normas internacionales contractuales son creadas por los órganos políticos del Estado, esto es, por los mismos órganos que crean la legislación nacional. La CN impone un límite a la creación normativa por parte de esos poderes estatales. En materia de tratados internacionales, el artículo 27 establece que deben ser conformes a los principios de derecho público consagrados en la CN. Esto significa que los tratados no podrían alterar esos principios constitucionales (como tampoco las leyes pueden hacerlo). No se plantea la misma situación respecto de la costumbre internacional. Ella no es creada por los órganos de un Estado en particular y por lo tanto no puede tener un límite como el del artículo 27. El Estado no puede regular la producción de la costumbre internacional, sino solamente cómo ingresa en su ordenamiento y con qué jerarquía. El artículo 118 de la CN puede servir de base para fundar la jerarquía constitucional de la costumbre general en materia de derecho penal internacional y para interpretar que en esta materia la CN tolera un tratamiento diferente del que establece para el ámbito penal común. Ello supondría una apertura de la CN hacia aquellas normas del derecho penal internacional que rigen universalmente (y es claro que frente a ellas el artículo 27 no opera). En cuanto a los tratados, no se modificaría sustancialmente la cuestión si se interpretara que los referidos a derecho penal internacional tienen jerarquía constitucional en virtud del artículo 118, dado que seguiría existiendo el límite inicial del artículo 27 de la CN que ejercería una resistencia frente a la creación de cualquier tratado que pretendiera alterar los principios de derecho público establecidos en la CN. En definitiva, más allá de la cuestión de la jerarquía de los tratados, éstos —por imperio del artículo 27 de la CN— deberían ceder ante un eventual conflicto con principios constitucionales. Sólo dejando de lado el artículo 27 podría fundarse un mayor rendimiento de la fuente convencional en el sistema jurídico argentino.

Sin embargo, sobre la base de esta interpretación amplia del artículo 118 de la CN —cuya corrección requeriría un debate más profundo— no podría concluirse que *cualquier* déficit del ECPI frente a principios fundamentales en materia penal sería admitido constitucionalmente. El artículo 118 de la CN bien podría servir de base para tolerar ciertas particularidades del derecho penal internacional —y divergencias respecto de los principios constitucionales en materia penal— que expresaran sus características esenciales como materia (como su sistema de fuentes) o que reflejaran el contenido concreto de normas consuetudinarias (como la que establece la responsabilidad penal frente al derecho internacional o las que definen las conductas punibles); pero ese artículo constitucional no serviría para dejar a salvo la compatibilidad constitucional de cualquier regla que forme parte del ECPI (o que integre cualquier otro tratado de “derecho penal internacional”).³⁶

Como ya se ha visto, algunos cuestionamientos al ECPI se vinculan con la falta de certeza de ciertas disposiciones. La consideración de esta impugnación podría dar lugar a una discusión sobre el alcance del principio de legalidad en el derecho penal internacional a efectos de determinar si éste admite un grado menor de precisión (o permite un mayor protagonismo de la jurisprudencia en la determinación del contenido de las normas). Por este camino se podría intentar justificar la admisión de algunas disposiciones del ECPI que no tuvieran el mismo grado de precisión que requiere el principio de legalidad en materia penal tal como se lo entiende en Argentina. Sin embargo, este argumento no debería servir para justificar toda norma imprecisa cualquiera que fuese el grado de imprecisión (a menos que se esté dispuesto a afirmar que en el derecho penal internacional no rige la exigencia de *lex certa* o que sólo rige en *muy* escasa medida). Cabe señalar que la necesidad de que las normas penales tengan cierto grado de claridad se exige aun en los sistemas en los que no rige la reserva de “ley”.³⁷ Por ello, ni siquiera las normas consuetudinarias pueden ser

³⁶ Malarino ha sostenido la interpretación de que el artículo 118 de la CN recibe en el nivel constitucional las normas del derecho penal internacional sin distinción en cuanto a su origen contractual o no contractual. De este modo, se ampliaría el universo de normas con jerarquía constitucional (y el ECPI estaría dentro de ellas). Sin embargo, es importante destacar que este autor ha postulado —al menos cuando se trate de juicios ante los tribunales argentinos— que las normas internacionales con contenido penal recibidas a través del artículo 118 deben ceder en tanto entren en conflicto con derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente (cf. “Informe sobre Argentina”, especialmente, pp. 51 ss.).

³⁷ Cf. Víctor Ferreres Comella: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, pp. 25-30, donde este autor explica que el principio de taxatividad también se impone en los sistemas que admiten los *common law crimes* (por ejemplo, a través de la doctrina de la *nullidad por vaguedad* en el ámbito del derecho estatal norteamericano) y rige asimismo en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos aun cuando esa carta de derechos y la jurisprudencia del TEDH no exigen la reserva de ley. Sobre la distinción entre *reserva de ley* y *taxatividad*, Ferreres Comella aclara que “son

aceptadas si no aseguran un cierto grado de determinación.³⁸ Menos explicable aún sería admitir normas imprecisas elaboradas convencionalmente, dado que en esos casos, por tratarse de una fuente escrita, no existe ningún obstáculo para que se las formule con un grado aceptable de precisión.³⁹ La conclusión de que cualquier norma imprecisa del ECPI debe tolerarse porque el derecho penal internacional no exige el mismo grado de determinación que el derecho penal nacional no es aceptable. Por tanto, el recurso al artículo 118 de la CN, si bien puede ser eficaz para admitir que en derecho penal internacional sea válido recurrir a normas consuetudinarias, no puede justificar la legitimidad de una norma gravemente imprecisa.⁴⁰

Otro tanto podría decirse con relación al principio de culpabilidad o frente a posibles vulneraciones de principios constitucionales a partir de normas de carácter procesal contenidas en el ECPI. La apelación a que el derecho penal internacional tiene características propias y diversas de las del derecho penal nacional no puede ser utilizada irreflexivamente para justificar cualquier deficiencia que presente un tratado referido a esa materia frente a principios constitucionales.

Por lo tanto, aun considerando la capacidad de rendimiento que el artículo 118 de la CN tendría sobre la base de esta interpretación amplia, no es posible descartar la existencia de conflictos entre normas del ECPI y los principios constitucionales en materia penal.

conceptualmente distintos. Y también son diversos sus fundamentos justificativos: mientras que la taxatividad, según he apuntado, protege la certeza jurídica y la imparcialidad (o igualdad en la aplicación del derecho), la reserva de ley, en cambio, está al servicio de otro principio: la democracia" (*idem*).

³⁸ En este sentido, en derecho penal internacional, aun cuando no rija la exigencia de "ley" en sentido formal, también se impone el requisito de la certeza. Ello ha llevado a Alicia Gil Gil a rechazar la mera costumbre como fuente del derecho penal internacional. Según esta autora, "aunque sea posible constatar la preexistencia de una norma consuetudinaria, ésta difícilmente podrá dar cumplimiento al principio de taxatividad o concreta delimitación de la conducta punible, que exige ley escrita y estricta. Esta dificultad se palia mediante la mencionada interacción entre las distintas fuentes del derecho internacional. Cuando un tratado internacional es dotado por la costumbre del carácter de *ius cogens* o una costumbre es recogida en un tratado o proclamada en una declaración de la Asamblea General, etc., el resultado de este proceso conjuga la seguridad jurídica y la taxatividad que permite el texto escrito con el carácter general y obligatorio que le aporta la costumbre" (cf. *Derecho penal internacional*, pp. 88-89). Debe decirse, de todos modos, que si bien el texto escrito seguramente es el mejor modo de garantizar la certeza (y una exigencia constitucional en los países donde se establece la reserva de ley), no es posible afirmar que es el único medio para asegurarla. Por lo tanto, la afirmación de que el principio de taxatividad exige ley escrita no es universalmente válida. Esta relativización no tiene por qué conducir al rechazo del requisito mencionado por Gil Gil de que la costumbre deba estar reflejada también en un texto escrito para poder ser aplicada. Esa exigencia puede ser defendida precisamente si se parte de que el texto escrito es el mejor modo de asegurar que el contenido de una norma sea cierto —aunque no sea el único.

³⁹ Las normas convencionales, a diferencia de las consuetudinarias, no requieren una exploración de antecedentes para determinar su existencia y alcance. Es por ello que el grado de incertidumbre que —quizás, ineludiblemente— se genera en torno de las normas consuetudinarias no puede ser trasladado al ámbito de las normas creadas mediante la adopción de un texto escrito.

⁴⁰ La discusión aquí consistiría en qué grado de indeterminación puede tolerarse en el texto y qué papel puede jugar la jurisprudencia en la determinación del contenido de la norma.

2.1.2.3. Posible solución de aspectos problemáticos dentro del sistema del ECPI

Otro aspecto que podría tener incidencia en el análisis de compatibilidad entre el sistema penal establecido por el ECPI y los principios de derecho público de la CN se refiere a la existencia de mecanismos dentro del propio sistema del ECPI que puedan conducir a que la CPI reduzca (o elimine) los ámbitos problemáticos que inicialmente se advierten en el texto del ECPI.

En efecto, dentro de los sistemas jurídicos suelen presentarse textos normativos problemáticos frente a principios de jerarquía superior. En esos casos, se utilizan mecanismos tendientes a evitar una colisión entre esos preceptos y los principios en juego (por ejemplo, la interpretación) o bien a privar de efectos a la norma de menor jerarquía (invalidación, declaración de inconstitucionalidad, etcétera). Es por ello que el mero hallazgo de un texto problemático no tiene por qué conducir necesariamente a que el *sistema* como tal deba ser considerado incompatible con cierto principio.

Cabe preguntarse entonces si ciertos rasgos problemáticos que se advierten en el *texto* del ECPI frente a principios constitucionales admitidos en un importante número de Estados partes podrían ser resueltos de un modo satisfactorio por la propia CPI. Si existiera esa posibilidad, sería apresurado formular un juicio definitivo sobre la compatibilidad del *sistema* del ECPI con tales principios.⁴¹

Una posibilidad con la que habría que contar es que la CPI arribara a soluciones admisibles a través de la *interpretación* de las normas del ECPI. Un caso de éstos podría ser el error de prohibición.⁴² A su vez, en relación con la determinación de las conductas prohibidas, podría admitirse que en el sistema del ECPI la jurisprudencia desempeñe un papel más relevante en la estabilización del sentido de las normas que el que suele reconocerse —al menos de modo manifiesto— en el ámbito nacional y,

⁴¹ Aquí, a diferencia de lo expuesto en el párrafo anterior, se trata de un análisis *externo* del sistema, dado que los principios constitucionales que rigen en los Estados partes no integran el sistema del ECPI —salvo el reconocimiento que podrían tener dentro del sistema de fuentes del ECPI sobre la base del artículo 21.1.c—. Por lo tanto, los posibles conflictos entre normas del ECPI y los principios constitucionales no podrían resolverse del modo en que se aseguran esos principios constitucionales dentro de cada Estado. La CPI, si pretende arribar a soluciones compatibles con los principios constitucionales de los Estados partes, debería recurrir a mecanismos disponibles *dentro* del sistema del ECPI. Esta posibilidad es la que se analiza en el texto.

⁴² Sobre la posibilidad de que el ECPI sea interpretado de un modo tal que admita la relevancia de errores de prohibición, Alicia Gil Gil: "Informe sobre España", pp. 367-372; Dino C. Caro Coria: "La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", pp. 161-162.

en general, en los sistemas del *civil law*.⁴³ En este sentido, la CPI podría en algunos casos determinar con un grado aceptable de precisión el universo de supuestos abarcados por una norma que en principio se presente demasiado abierta.⁴⁴

Con todo, podría quedar alguna norma cuyo grado de indeterminación fuese más allá de lo tolerable y ni siquiera fuera rescatable por vía de su interpretación. Frente a ello cabe preguntarse si para la CPI será posible recurrir a algún método que conduzca a la *no aplicación* de cierto precepto. Una alternativa es que la CPI reconozca en algún caso que una norma es demasiado indeterminada y decida *de hecho* no aplicarla. Así, por ejemplo, la CPI podría partir de la base de que el ECPI no establece con suficiente claridad en qué supuestos correspondería aplicar la prisión perpetua y, en consecuencia, decidir que en todos los casos impondrá penas a un número determinado de años de prisión.

Más difícil es que la CPI pueda encontrar un método de *invalidación* de normas del ECPI. El sistema del ECPI no tiene en la cúspide algo así como una constitución o una carta de derechos fundamentales. Como tratado, el ECPI sí está sometido a escrutinio a través de las normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*).⁴⁵ Sin embargo, no existen normas imperativas que definan el grado de precisión requerido por el principio de legalidad o que establezcan que el principio de culpabilidad debe asegurarse a través de la relevancia del error de prohibición inevitable. Es por ello que, al menos en cuanto a estas materias, todo indica que la norma de máxima jerarquía será el propio ECPI.⁴⁶ Por lo tanto, no parece sencillo que la CPI pueda encontrar mecanismos similares a los que suele haber en los sistemas nacionales para resguardar derechos fundamentales y que permiten llegar a la invalidación de normas de inferior jerarquía.

⁴³ El valor normativo de la jurisprudencia no es una cualidad exclusiva del *common law*. Como demuestra el estudio de Víctor Ferreres Comella, también en los sistemas del *civil law* la jurisprudencia actúa como complemento de la ley y permite reducir la imprecisión de los textos legales. Cf. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*.

⁴⁴ O limitar la aplicación de ciertas normas a los casos más claros. Por ejemplo, en el crimen de *apartheid*, restringir el ámbito de esa figura a las conductas enumeradas en el párrafo 1 del artículo 7 del ECPI, dejando de lado el supuesto de actos de "carácter semejante" que aparece mencionado en los Elementos de los Crímenes.

⁴⁵ Cf. los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁴⁶ Ahora bien, ¿podrá la CPI derivar la facultad de dejar sin efecto ciertas normas del Estatuto sobre la base de otras? Por ejemplo, el principio de legalidad consagrado en el artículo 22 establece que nadie podrá ser condenado "a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte" (artículo 22.1) y luego consagra que la definición de un crimen será interpretada estrictamente, que no se hará extensiva por analogía y que, en caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena (artículo 22.2). De la lectura de esta disposición surgen criterios de interpretación pero no la posibilidad de dejar sin efecto una norma del ECPI. ¿Podría la Corte ir más allá de los criterios de interpretación mencionados en ese artículo y llegar a privar de todo efecto a una norma demasiado ambigua?

Por otra parte, el sistema del ECPI tampoco está sometido a un control externo como sucede habitualmente con los sistemas nacionales cuyo funcionamiento puede ser evaluado por tribunales internacionales (Comité de Derechos Humanos, TEDH, Corte IDH, etcétera).⁴⁷ Ello no le impedirá recurrir a la aplicación de las normas reconocidas en tratados de derechos humanos y a la interpretación que de esas normas realicen los respectivos órganos de aplicación.⁴⁸ Sin embargo, el artículo 21.1.b del ECPI indica que esa aplicación viene “en segundo lugar”, luego del Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba; por lo tanto, la capacidad de rendimiento de esas normas de derechos humanos dependerá de cómo interprete la CPI el orden de prelación de las fuentes indicadas. Otro límite, más general, para la aplicación e interpretación de las normas del ECPI puede encontrarse en el apartado 3 del artículo 21, que establece que “la aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.⁴⁹

Lo dicho hasta aquí demuestra que la CPI —aunque quizás en menor medida de lo que sucede en los sistemas nacionales— cuenta con ciertas herramientas para reducir los núcleos problemáticos que surgen del texto del ECPI frente a principios constitucionales reconocidos por un importante número de países. Claro que no es posible saber de antemano si la CPI efectivamente hará uso de esas herramientas y en qué medida.

De este modo, no puede decirse con seguridad cuál será la dimensión real de las deficiencias que tendrá el sistema penal del ECPI en su funcionamiento concreto si se lo analiza a la luz de principios constitucionales como el de legalidad y el de culpabilidad, dado que ello en buena medida dependerá de la actitud que tome la CPI. Lo mismo puede afirmarse en relación con otras normas, ahora de índole procesal, como la regulación del *ne bis in idem* (artículo 20.3), las reglas de exclusión

⁴⁷ Circunstancia que marca una deficiencia de este sistema penal frente a los sistemas nacionales. Cf. Daniel Pastor: “El sistema penal internacional del Estatuto de Roma. Aproximaciones críticas”, pp. 716 ss.

⁴⁸ Cabe preguntarse si, además de la jurisprudencia que habitualmente emana de los tribunales internacionales referida a materias penales, los órganos de control de los diversos instrumentos sobre derechos humanos llegarán a pronunciarse específicamente sobre aspectos vinculados al sistema del ECPI, al menos de modo indirecto al referirse a actos de los Estados partes. Por ejemplo, al analizar la posible responsabilidad del Estado por la entrega de una persona a la CPI pese a existir el riesgo de la violación de un derecho reconocido en un tratado de derechos humanos.

⁴⁹ Empero, no todos los principios constitucionales reconocidos en un país o en un grupo de países (y el alcance concreto que se les otorgue a esos principios) forman parte de los “derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

probatoria (artículo 69.7) o la norma que condiciona la designación de un defensor de oficio a que “el interés de la justicia lo exija” (artículo 67.1.d).⁵⁰ En suma, la posibilidad de que surjan impugnaciones constitucionales en relación con esas normas también dependerá de cómo las interprete la CPI.

2.1.2.4. Conclusión

De acuerdo con lo que se ha visto hasta aquí, una evaluación global del ECPI permite considerar que, como *sistema* penal, no necesariamente será incompatible con principios constitucionales en materia penal, pese a que contiene ciertas normas problemáticas. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta el juicio *inicial* de compatibilidad constitucional que compete a los órganos políticos al momento de celebrar los tratados (artículo 27 de la CN), puede justificarse la decisión de Argentina de hacerse parte en el ECPI. De ningún modo ello implica descartar la posibilidad de que efectivamente se presenten incompatibilidades entre el ECPI y los “principios de derecho público” consagrados en la CN. Ello dependerá, como se ha visto, del modo en que la CPI interprete y aplique las normas del ECPI y, por otra parte, de cómo se realice el análisis de constitucionalidad. Y, en concreto, la posibilidad de que surjan impugnaciones ante los tribunales argentinos estará supeditada a la existencia de solicitudes de cooperación por parte de la CPI y a que en esos casos se formulen planteos basados en la lesión de algún derecho de raigambre constitucional.

Frente a este panorama, existen básicamente tres posibilidades para la República Argentina. La primera —el camino que por el momento seguirá— es dejar abierta la cuestión de constitucionalidad de modo tal que ella pueda ser analizada por el Poder Judicial en cada caso concreto. Este camino supone asumir el riesgo de que los jueces adviertan una lesión⁵¹ a un derecho constitucional y se opongán a la entrega de una persona, situación que *puede* generar responsabilidad por el incumplimiento de una obligación internacional.⁵² Luego, existen dos posibilidades que dispararían

⁵⁰ Idéntica expresión contiene el artículo 14.3.d del PIDCP. En principio no habría ninguna dificultad para que las normas mencionadas fuesen interpretadas por la CPI de modo compatible con los principios constitucionales de los Estados partes. Sin embargo, el texto de esas disposiciones también admite interpretaciones que podrían conducir a soluciones insatisfactorias.

⁵¹ Otra cuestión que debería determinarse es qué grado de probabilidad de lesión a un derecho constitucional debe existir para que la solicitud sea denegada. Sobre este aspecto, con relación a la jurisprudencia del TEDH y del Comité de Derechos Humanos, puede verse el trabajo “Extradición y derechos humanos”, de Mónica Karayán.

⁵² No necesariamente el rechazo de una medida de cooperación derivaría en responsabilidad internacional del Estado argentino. Si la medida solicitada fuese incompatible con normas de otros tratados internacionales que obligan a Argentina (como los tratados

—o disminuirían— el riesgo de conflictos normativos y de incumplimiento de una obligación internacional, pero que implican decisiones difíciles de justificar desde un punto de vista valorativo. Una es llevar a cabo una reforma constitucional como han hecho algunos países a efectos de prevenir conflictos normativos y de este modo asegurarse de que el Estado siempre esté en condiciones de cumplir con el deber de cooperación que ha asumido al ratificar el ECPI.⁵³ Este camino, además de las dificultades prácticas que supone en un sistema como el argentino,⁵⁴ implica la decisión de dar prioridad al cumplimiento de una obligación de cooperación con un sistema punitivo por sobre el resguardo de derechos constitucionales.⁵⁵ Precisamente, la reforma se haría sólo para evitar que ciertos derechos constitucionales pudieran ser alegados.⁵⁶ El tercer camino —meramente hipotético, dado que su necesidad no se advierte por el momento y sería políticamente cuestionable— es intentar evitar cualquier posible incumplimiento de una obligación internacional denunciando el tratado.

Probablemente, el camino más razonable sea el de seguir un mecanismo de cooperación con la CPI condicionada a la inexistencia de obstáculos constitucionales

sobre derechos humanos), el incumplimiento del deber de cooperación podría justificarse en el cumplimiento de otra obligación internacional (cuyo incumplimiento podría generar responsabilidad internacional si, como fue planteado más arriba, los órganos de aplicación de los diversos instrumentos en materia de derechos humanos aceptaran pronunciarse sobre la conducta de los Estados en relación con el sistema del ECPI). Esta posible responsabilidad de los Estados es mencionada por Alejandro Álvarez en relación con actos de los órganos del Mercosur dotados de poder de sanción, luego de destacar aspectos controvertidos de la normativa regional frente a la CADH (cf. *Justicia penal y espacio regional*, especialmente, pp. 46-47 y 63-66).

⁵³ Incluso puede decirse que, de acuerdo con el derecho internacional, Argentina *debería* realizar la reforma de la CN si ella fuese un obstáculo para la cooperación con la CPI, ya que una de las obligaciones que se ha asumido es la de adecuar el derecho interno (sin distinción de jerarquía) a efectos de que la cooperación sea posible (artículos 86 y 88 del ECPI), especialmente en los casos de solicitudes de entrega de personas, dado que, como se ha visto, no podrían ser denegadas ni siquiera en el supuesto de que existiese un impedimento basado en un derecho fundamental (a diferencia de lo que dispone el ECPI en el artículo 93.3 respecto de otras medidas de asistencia). Debe recordarse, asimismo, que según el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

⁵⁴ La CN no puede ser reformada por la legislatura, sino que debe convocarse a una asamblea constituyente.

⁵⁵ Un punto importante que habría que tener en cuenta es que la reforma constitucional sólo tendría el efecto de evitar conflictos entre el ECPI y el texto de la CN, pero no dejaría sin efecto las obligaciones internacionales que surgen de los diversos tratados de derechos humanos de los que Argentina es parte. Por lo tanto, se mantendrían en pie los posibles conflictos entre la obligación de cooperar con la CPI y el deber de respetar y garantizar los derechos reconocidos en las convenciones sobre derechos humanos.

⁵⁶ También podría pensarse en la posibilidad de otorgarle jerarquía constitucional al ECPI mediante “el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara” del Poder Legislativo (artículo 75, inciso 22, de la CN). Esta alternativa presenta sin embargo algunas dudas. En primer lugar, los tratados que según la CN pueden ser elevados a rango constitucional deben pertenecer al ámbito de los “derechos humanos”. Si bien el ECPI es un tratado que intenta prevenir y sancionar conductas violatorias de derechos humanos, es dudoso que pueda ser catalogado como un tratado de derechos humanos. Pese a lo dicho, debe recordarse que el Congreso Nacional ha otorgado jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, cuya pertenencia al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos también podría discutirse. En relación con el ECPI actualmente existen en el Congreso proyectos de ley para otorgarle jerarquía constitucional. Por otra parte, si se admitiera que el ECPI puede ser incluido dentro de la categoría de los tratados sobre “derechos humanos” del artículo 75, inciso 22, de la CN, no está claro que los tratados que adquieran jerarquía constitucional mediante un acto del Poder Legislativo queden, por ello, a salvo de objeciones constitucionales, dado que, a

en el caso concreto, circunstancia que debería ser evaluada por los jueces en el supuesto de que existieran planteos al respecto. El camino de la *cooperación condicionada* permite, por tanto, conservar una instancia de control judicial para el resguardo de los derechos constitucionales. Desde otro punto de vista, que los Estados sigan la opción de la cooperación condicionada podría tener cierta incidencia positiva sobre el sistema del ECPI, dado que podría actuar como incentivo para que la CPI utilizara las herramientas mencionadas anteriormente (u otras) a efectos de lograr una interpretación y aplicación de las normas del ECPI compatible con los principios constitucionales de los Estados partes.

2.1.3. *Prisión perpetua*

Para algunos Estados cuyas constituciones proscriben las penas perpetuas o de larga duración, se presenta como dificultad la circunstancia de que el ECPI prevea, entre las penas posibles, la reclusión a perpetuidad (artículo 77.1.b).

En el caso de la República Argentina, su CN no contiene normas que se refieran a los límites temporales de las penas privativas de la libertad. De este modo, no hay una prohibición expresa de la prisión perpetua ni de las penas privativas de la libertad de larga duración.

Un dato normativo que podría tener relevancia para postular la inadmisibilidad de la pena perpetua es lo que disponen el PIDCP y la CADH (que gozan de jerarquía constitucional) acerca de que el fin de la ejecución de la pena es la “reforma y la readaptación social de los condenados”.⁵⁷ Más allá de que esos conceptos pueden entenderse con alcances diversos y hasta podría discutirse su legitimidad, una derivación posible de esa finalidad es que siempre debe estar abierta la chance de que, en algún momento, el penado recupere la vida en libertad. Sobre esta base, estaría pro-

diferencia de los tratados que expresamente fueron incluidos por el constituyente en el artículo 75, inciso 22, de la CN, los tratados que adquieren jerarquía constitucional por un acto legislativo carecen de un juicio de compatibilidad constitucional realizado por el constituyente. Cf., al respecto, Guillermo Moncayo: “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema”, pp. 102-103.

⁵⁷ Artículos 10.3 del PIDCP y 5.6 de la CADH. Ello se recoge en la ley 24 660 de ejecución penal que dispone: “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad” (artículo 1).

hibida una pena de por vida, esto es, una pena que no deje ninguna posibilidad de recuperar la libertad.⁵⁸

La legislación penal argentina prevé la “prisión perpetua”. Sin embargo, se establece en ciertos casos la posibilidad de recuperar la libertad una vez transcurridos 35 años de cumplimiento de condena y, antes de ello, la ley de ejecución penal prevé las “salidas transitorias” y la incorporación a un “régimen de semilibertad”. En tales supuestos, la llamada *prisión perpetua* no implica necesariamente la privación de la libertad de por vida. Con este argumento se ha defendido su constitucionalidad.⁵⁹

En este aspecto la reclusión a perpetuidad del artículo 77.1.b del ECPI es similar a la prisión perpetua de la ley penal argentina. Ello es así dado que el artículo 110 del ECPI establece su revisión obligatoria a los 25 años de cumplimiento de la condena a efectos de determinar una reducción de pena y, en caso no accederse a esa reducción, prevé su revisión periódica. Los criterios para acceder a la reducción de pena incluyen “las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado”.⁶⁰ De este modo, el ECPI deja abierta la posibilidad de que la pena perpetua no sea de por vida y, por ello, sería constitucionalmente admisible.

La cuestión de la pena perpetua y, en general, de las penas de larga duración no ha encontrado hasta el momento respuestas claras que se hayan traducido en límites normativos precisos. Si bien algunos países han consagrado expresamente límites temporales para las penas privativas de la libertad, aún no se ha logrado un consenso universal (tampoco nacional, en el caso de Argentina) que permita considerar que rige positivamente una proscripción de las penas largas o de las penas perpetuas.

Es por ello que, aunque pueda postularse que una pena excesivamente larga debe ser considerada una pena cruel o inhumana,⁶¹ esa afirmación difícilmente po-

⁵⁸ No sólo es problemática la pena perpetua, dado que también sería “de por vida” una pena privativa de la libertad por un lapso mayor que la expectativa de vida del condenado. Por lo tanto, una discusión amplia sobre este problema no puede reducirse a las llamadas *penas perpetuas*.

⁵⁹ Cf. E. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar: *Derecho penal. Parte general*, p. 904. De todos modos, ello no sería posible en todos los casos, dado que la ley en ciertos supuestos impide la libertad condicional, las salidas transitorias y la incorporación al régimen de semilibertad. En este sentido, la reforma introducida por la ley 25 892, sancionada el 5 de mayo de 2004, ha otorgado a ciertas disposiciones del Código Penal y de la Ley de Ejecución Penal un alcance que las colocaría en conflicto con la CN.

⁶⁰ Regla 223, b de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

⁶¹ Así lo insinúan E. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar cuando afirman que la lesión a la intangibilidad de la persona humana por generar graves trastornos de la personalidad no es un efecto exclusivo de la pena perpetua, sino de toda pena privativa de libertad de larga duración, “por lo que debe evaluarse, en todo caso, la inconstitucionalidad de estas penas en general por su incompatibilidad con el artículo 18 constitucional, en cuanto a que pueden asimilarse con el tormento psíquico —artículo 1.º de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes—” (Cf. *Derecho penal. Parte general*, p. 903).

dría ser presentada como un principio ya vigente. Claro que la idea de qué es una pena “cruel” o la idea de qué es una pena “inhumana” son por definición mutables, dado que se apoyan en valoraciones sociales y por lo tanto se sitúan en un ámbito en el que la frontera entre *lege lata* y *lege ferenda* no puede ser precisa.

En suma, al menos por el momento —y hasta que pueda afirmarse la vigencia positiva de la proscripción de las penas de larga duración o perpetuas—, debe concluirse que la pena establecida en el artículo 77.1.b del ECPI no es incompatible con la CN.

2.1.4. Entrega de nacionales

Otro aspecto problemático para algunos Estados es el de la entrega de nacionales a la CPI, dado que ciertas constituciones prohíben su extradición. Ello fue objeto de debate en las sesiones preparatorias del ECPI, pero finalmente predominó la postura de no consagrar ninguna excepción al respecto. De este modo, los Estados partes en el ECPI tienen el deber de entregar nacionales si la CPI lo solicita. Ello ha llevado a algunos Estados a estudiar la necesidad de reformar sus constituciones.⁶²

Para Argentina el punto no es problemático, dado que la CN no prohíbe la extradición de nacionales y, por lo tanto, no existe ningún impedimento para el cumplimiento de la obligación de entrega de personas a la CPI sobre la base de su nacionalidad.

2.1.5. Inmunidades

Habitualmente existen en los derechos nacionales normas que establecen inmunidades (a veces llamadas “privilegios” o “garantías”) a favor de quienes ejercen ciertas funciones oficiales en virtud de las cuales esas personas no pueden ser juzgadas o arrestadas. En relación con ello el ECPI establece: a) que el cargo oficial de una persona en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal; b) que las inmunidades que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia (artículo 27 del ECPI).

⁶² Específicamente este punto fue el que llevó a la República Federal de Alemania a modificar su Constitución.

Es por ello que —con excepción de ciertos casos previstos en el artículo 98 del ECPI— los Estados partes en el Estatuto tienen la obligación de entregar a la persona requerida a pesar de que tenga algún tipo de inmunidad. Frente a esa obligación que surge del ECPI, los Estados deben asegurarse de que las normas que regulen esas inmunidades no sean un obstáculo para su cumplimiento (artículos 86 y 88 del ECPI).

En el caso de Argentina, la Constitución establece inmunidades para ciertos funcionarios que en todos los casos implican la imposibilidad de ordenar su detención. A la vez, se prevén mecanismos para que esa protección funcional pueda ser retirada.

La existencia de estas inmunidades no supone, en sí misma, ningún conflicto con las obligaciones que se derivan del ECPI. Argentina puede cumplir con su obligación de entrega si, cuando se presente el caso, lleva a cabo el procedimiento previsto para levantar la inmunidad.⁶³ No hay, entonces, necesidad de realizar una reforma constitucional que modifique el alcance de las inmunidades. Ello podría ser, de todos modos, conveniente para cumplir más rápido con la petición de entrega y, principalmente, para evitar el riesgo de que en algún caso fracase el procedimiento para dejar sin efecto la inmunidad.

Además de las inmunidades mencionadas, la CN establece un supuesto de irresponsabilidad penal al disponer que ningún miembro de la legislatura nacional “puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”.⁶⁴ Esta indemnidad pretende proteger la libertad de expresión en un cuerpo eminentemente deliberativo y no puede ser dejada sin efecto por ningún procedimiento, ni siquiera luego del cese del legislador en sus funciones.⁶⁵ En consecuencia, esta norma constitucional podría impedir la persecución penal de un miembro de la legislatura que en el marco de las discusiones parlamentarias cometiera un delito de expresión como, por ejemplo, una instigación pública y directa a cometer genocidio (artículo 25.3.e del ECPI).

Desde el punto de vista de las obligaciones de cooperación con la CPI, esta cláusula constitucional no impediría hacer lugar a un eventual pedido de entrega del legislador que fuera acusado ante el tribunal internacional.⁶⁶

⁶³ En estos casos, el levantamiento de la inmunidad formaría parte del procedimiento establecido en el derecho interno al que hace referencia el artículo 89 del ECPI.

⁶⁴ Artículo 68 de la CN.

⁶⁵ Cf. Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, p. 80.

⁶⁶ Para la entrega de una persona a la CPI no se exige, como sucede a menudo en casos de extradición entre Estados, el requisito de la doble punibilidad o perseguibilidad. Claro que, si se tratara de un legislador en ejercicio, para cumplir el pedido de entrega sería preciso realizar el procedimiento necesario para levantar la inmunidad de arresto.

La inmunidad de expresión sí podría suponer, en cambio, un obstáculo para la persecución penal en la República Argentina. Ello no es del todo claro dado que parte de la doctrina interpreta que esta inmunidad no rige frente a delitos constitucionales o previstos en tratados con jerarquía constitucional (entre los que se encuentra la Convención para la Sanción y la Prevención del Delito de Genocidio). Sin perjuicio de ello, aun cuando el supuesto planteado no fuera perseguible en el ámbito nacional, ello no sería estrictamente un incumplimiento de las obligaciones del ECPI,⁶⁷ sino un motivo que podría llevar a la CPI a ejercer su jurisdicción subsidiaria. No es, por tanto, *necesaria* una reforma constitucional, aunque sí podría ser recomendable a fin de despejar cualquier duda sobre la capacidad de los tribunales argentinos para juzgar los crímenes de la competencia de la Corte.

Finalmente, cabe destacar que la República Argentina no ha firmado acuerdos especiales de inmunidad que se refieran a la entrega de personas a la CPI.⁶⁸ Las propuestas que en este sentido formuló Estados Unidos de América fueron rechazadas por el gobierno argentino y generaron una fuerte reacción política que permite considerar poco probable que un acuerdo de este tipo prospere, al menos, en el corto plazo.

2.1.6. *Amnistías e indultos*

La Constitución nacional prevé la facultad del Congreso de la Nación para dictar “amnistías generales” y la del Poder Ejecutivo para dictar indultos.⁶⁹ Dichas facultades han sido utilizadas hace algunos años tanto para beneficiar a personas condenadas por hechos que podrían constituir crímenes del tipo de los previstos en los artículos 6 a 8 del ECPI, como para interrumpir los procesos penales que se llevaban a cabo en relación con tales hechos. Sin perjuicio de que la constitucionalidad de esas medidas está en plena discusión ante los tribunales argentinos,⁷⁰ cabe destacar que los hechos a los que se refieren los indultos y amnistías ya dictados

⁶⁷ Si bien el ECPI parte de la base de que los Estados tienen el deber de perseguir los crímenes de derecho internacional (deber que se recuerda en el Preámbulo), ninguna norma del ECPI consagra expresamente tal obligación. Por lo tanto, la falta de persecución penal por un Estado no implica una violación del ECPI (sí, quizás, de otras normas internacionales), sino que da lugar a que la CPI pueda ejercer su jurisdicción subsidiaria.

⁶⁸ Sólo rigen las inmunidades corrientes vinculadas a las relaciones internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

⁶⁹ Artículos 75, inciso 20, y 99, inciso 5, de la CN, respectivamente.

⁷⁰ Con fecha 14 de junio de 2005, en el caso *Simón*, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de las leyes de “punto final” (ley 23 492) y de “obediencia debida” (ley 23 521), tal como venía sosteniendo la jurisprudencia de los tribunales inferiores a partir del año 2001. Aún falta una decisión de la CSJN sobre los indultos.

quedan fuera de la competencia temporal de la Corte⁷¹ y, por lo tanto, no son relevantes frente al sistema del ECPI.

Queda por analizar, entonces, si las facultades previstas en la CN —que podrían ser utilizadas en el futuro para hechos posteriores a la entrada en vigor del Estatuto— plantean algún conflicto con el ECPI.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia que se ha desarrollado durante los últimos años en Argentina respecto de amnistías e indultos parece conducir a la afirmación de que tales medidas no pueden ser válidamente dictadas respecto de graves violaciones de los derechos humanos y crímenes de derecho internacional. En gran medida esa jurisprudencia se basa en la aplicación de tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y que establecen para esos casos una obligación de investigar y sancionar.

Es por ello que, pese a que el texto de la CN no contiene una limitación expresa para el otorgamiento de indultos y amnistías, en caso de crímenes del tipo de los previstos en los artículos 6 a 8 del ECPI ese límite vendría impuesto por esos tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Si bien el ECPI no prohíbe las amnistías e indultos, el dictado de tales medidas podría dar lugar a la activación de la competencia de la CPI y en ciertos casos podría dificultar la entrega de personas a ese tribunal.

Sin embargo, la sola existencia en la CN de las facultades de indultar y amnistiar no implica ninguna contradicción con el ECPI. En primer lugar, dado que esas atribuciones podrían no ser utilizadas en concreto y, en segundo término, dado que, conforme a la jurisprudencia argentina actual, ellas no podrían referirse a crímenes como los descritos en el ECPI.

En consecuencia, no se requiere una reforma constitucional en este punto.

2.2. Las soluciones en el plano legal: la implementación

Como consecuencia de la ratificación del ECPI surge, para los Estados, la necesidad de adecuar su legislación nacional. Por un lado, los Estados deben prever los

⁷¹ Artículo 11 del ECPI. Los hechos a los que se refieren las amnistías e indultos mencionados llegan hasta 1983. Ni siquiera el argumento basado en que la desaparición de personas es un delito permanente —y que, por ello, podría estar cometiéndose en la actualidad— serviría para sostener la competencia de la CPI. En la nota 24 de los Elementos de los Crímenes, se exige que el ataque contra la población civil —y su conocimiento por parte del autor— se produzca con posterioridad a la entrada en vigor del ECPI (1.º de julio de 2002).

procedimientos internos para su relación con la CPI. Por otro, el ECPI establece la obligación de que los Estados partes tipifiquen en sus leyes penales internas los delitos mencionados en el artículo 70 del Estatuto, esto es, los delitos contra la administración de justicia de la CPI. Finalmente, pese a que el ECPI no consagra expresamente una obligación en tal sentido, muchos de los Estados partes han asumido, como parte de la implementación, la labor de tipificar en la legislación nacional los crímenes de competencia de la CPI consagrados en los artículos 6 a 8 del ECPI (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra).

En el caso argentino, los trabajos para adecuar la legislación nacional comenzaron antes de que el tratado fuera aprobado. A pesar de ello, aún no se ha logrado la sanción de una ley de implementación. El primer proyecto, elaborado por una comisión interministerial creada en septiembre del 2000, fue remitido a la legislatura nacional en octubre del 2002; sin embargo, no se reunió el consenso político necesario para su aprobación y el proyecto perdió estado parlamentario. Con posterioridad —ya en el año 2004— se discutieron en el ámbito de la Cámara de Senadores otros proyectos a partir de los cuales se elaboró un proyecto conjunto de la Comisión de Asuntos Constitucionales que, con pequeñas modificaciones, fue aprobado por el Senado el 23 de junio del 2004 y que actualmente se encuentra a consideración de la Cámara de Diputados.⁷²

Todos los proyectos elaborados proponían regular en una sola *ley especial* todos —o casi todos— los aspectos vinculados a la implementación del ECPI. También hace lo propio el proyecto aprobado por el Senado; éste contiene normas que se refieren a la aplicación en el ámbito interno de los delitos de competencia de la CPI (artículos 6 a 8 del ECPI), a los principios que regulan la competencia de los tribunales argentinos en esta materia, a los delitos contra la administración de justicia de la CPI (artículo 70 del ECPI), a la cooperación con la Corte (artículos 86 y 88 del ECPI) y a otras cuestiones vinculadas a la relación del Estado argentino con la CPI.

A continuación, se expondrán los rasgos principales de los proyectos elaborados, especialmente del aprobado por la Cámara de Senadores.

⁷² Los principales proyectos considerados en las discusiones llevadas a cabo en el ámbito de la Cámara de Senadores fueron el enviado por el Poder Ejecutivo sobre la base del trabajo de la Comisión Interministerial (expediente S. 474/02) y, posteriormente, el proyecto presentado por el senador Jorge Yoma (expediente S. 273/04), el proyecto del senador Eduardo Menem (expediente S. 622/04) y el proyecto de la senadora Cristina Fernández de Kirchner (expediente S. 803/04). Este último es el que mayor influencia tuvo en el proyecto final de la Comisión de Asuntos Constitucionales.

2.2.1. *Persecución de delitos de competencia de la CPI en el ámbito interno*

En lo que respecta al modo de regular el juzgamiento nacional de los crímenes de competencia de la Corte, fueron consideradas diversas opciones: a) el método *espejo*, esto es, la transcripción casi literal de las normas del ECPI que describen las conductas prohibidas y de algunas que definen los principios generales (responsabilidad de los jefes y otros superiores, elemento de intencionalidad, etcétera);⁷³ b) la transcripción, aunque con ciertas reformulaciones, de las conductas definidas en el ECPI y la remisión al Código Penal argentino en materia de *parte general* (con ciertas excepciones tomadas del ECPI);⁷⁴ c) la idea de importar el ECPI como una “caja cerrada” a través de una ley breve con remisiones al Estatuto tanto en materia de conductas prohibidas como de reglas de la parte general (con aplicación supletoria de la ley penal nacional);⁷⁵ d) la adecuación del Código Penal a efectos de lograr que la legislación nacional no exhiba lagunas frente al ECPI ni prevea penas irrisorias.⁷⁶

El proyecto aprobado opta por el método de remisión al ECPI tanto en materia de parte especial como en materia de parte general.

a) En efecto, el proyecto de ley no contiene una definición de las conductas prohibidas, sino que simplemente determina las penas aplicables a los supuestos de hecho previstos en los artículos 6 a 8 del ECPI.⁷⁷

⁷³ Método seguido por el proyecto de la Comisión Interministerial y por el del senador Menem (muy similar al anterior).

⁷⁴ Proyecto del senador Yoma.

⁷⁵ Esta idea fue expuesta por el jurista Julio B. J. Maier ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado y tomada por el proyecto de la senadora Fernández de Kirchner y por el proyecto conjunto de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado, que fue finalmente aprobado con pequeñas modificaciones. En su exposición ante la Comisión, Maier afirmó: “mi propuesta general consiste en adaptar el derecho interno al Estatuto de Roma y no en dictar reglas que prohíban, manden, justifiquen o determinen la culpabilidad, excluyan la punibilidad, etcétera. Para expresarlo mejor, quizás, yo diría que, si fuera mi gusto, tomaría el Estatuto de Roma para traerlo al derecho interno como un envase cerrado, como una caja totalmente cerrada. Esto es [...] sin mezclarlo con el sistema que, hasta hoy llamamos interno, derivado básicamente del Código Penal y de sus leyes complementarias” (véase la versión taquigráfica de la reunión del 9 de marzo de 2004).

⁷⁶ Así lo propuso el jurista Eugenio Zaffaroni ante la Comisión de Asuntos Constitucionales (véase la versión taquigráfica de la reunión del 9 de marzo de 2004). A diferencia de las demás propuestas, la de Zaffaroni no contemplaba el dictado de una ley especial.

⁷⁷ Prevé penas de 3 a 25 años de prisión para los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y de 5 a 25 años para el genocidio. Asimismo, respecto de los tres grupos de delitos, se establece que “si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua” (artículos 8 a 10 de proyecto aprobado). La forma de redacción de este último supuesto no es del todo clara en cuanto a si sólo abarca conductas con *dolo* de homicidio. Teniendo en cuenta la gravedad de la pena y que —por la remisión al ECPI que hace el proyecto— sería aplicable el artículo 30 del Estatuto, habría que interpretar que no quedan comprendidos los casos de imprudencia. En el supuesto de existir un homicidio imprudente, la conducta sería abarcada por las normas del Código Penal.

En materia de determinación de penas el proyecto dispone la aplicación del artículo 78 del ECPI y del artículo 41 del Código Penal. Asimismo, se introduce un criterio de clausura según el cual la pena aplicable a los delitos de genocidio, crímenes de lesa

El método de remisión al ECPI, si bien permite obtener una ley de implementación breve, plantea algunos inconvenientes. Por un lado, el problema de la ley penal en blanco, ya que la pena y la definición de las conductas se encuentran en textos normativos diferentes. Sin embargo, no parece un caso prohibido de ley penal en blanco, dado que las penas están determinadas por ley y el cuerpo legal al que ésta se remite (ECPI) cuenta con aprobación de la legislatura.⁷⁸

Por otra parte, la mera remisión al ECPI deja pasar la oportunidad de eliminar los problemas de indeterminación que se observan en algunas de sus normas. Esta cuestión no pasó inadvertida para los redactores del proyecto; empero, la solución que consideraron adecuada fue la de dejar en manos de los jueces el control de legalidad de las figuras aplicables y, en caso de inconstitucionalidad, recurrir a la aplicación de otros tipos penales previstos en el derecho interno.⁷⁹ En este sentido, el proyecto del senador Yoma era más pretencioso por cuanto intentaba —aunque con mala técnica en varios casos— prevenir la declaración de inconstitucionalidad a través de la reformulación de algunos de los tipos penales problemáticos del ECPI.⁸⁰

Además de la remisión a las figuras del ECPI, el proyecto aprobado contiene dos variantes respecto de este tratado. En primer término, con base en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados,⁸¹ el proyecto amplía el ámbito de la prohibición

humanidad y crímenes de guerra, “en ningún caso podrá ser inferior a la que pudiera corresponder si fuera condenado por las normas dispuestas en el Código Penal” (artículo 12 del proyecto).

⁷⁸ Ello asegura el fundamento democrático del principio de legalidad.

⁷⁹ Ésta es la solución que expresamente se proponía en los Fundamentos del proyecto de la senadora Fernández de Kirchner (que en este punto fue la fuente de inspiración del proyecto aprobado): “En el artículo 11 se establece que ninguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución nacional, disponiendo que en tal caso el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas de nuestro derecho interno. De esta manera, se establece un límite a la introducción de reglas y principios en materia penal del derecho internacional: la afectación de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución nacional. Así, el *nullum crimen* como garantía fundamental consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, debe ser aplicado estrictamente incluso tratándose de delitos internacionales [...] Por lo tanto, si se determinara que la aplicación de los delitos tipificados en el Estatuto de Roma viola la garantía del *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, corresponde que se busque la respuesta punitiva en la legislación interna a través de los tipos del derecho penal común. Por ejemplo, en el genocidio, aunque no pueda cubrirse en todos los casos el contenido del injusto, puede recurrirse al homicidio y homicidio agravado (artículos 79 y 80 incisos 2, 4 y 6 del CP) [...] entre otros delitos tipificados en nuestro derecho interno”.

⁸⁰ En los Fundamentos, el proyecto del senador Yoma explicaba que “si bien se ha respetado la redacción de los diversos instrumentos internacionales, la adecuación de aquella normativa al derecho interno de la República Argentina, ha hecho imperioso su adaptación a la terminología empleada en nuestro Código Penal. Aquella imperiosa variación se debe, no solo a la búsqueda de la armonía en la estructura normativa nacional, sino [al] principio de legalidad derivado de nuestra Constitución nacional”. Sin embargo, algunas reformulaciones de los tipos penales contenidas en este proyecto no eran acertadas; por ejemplo, la fusión entre las figuras de *apartheid* y persecución (artículo 18 del proyecto) y el desplazamiento del crimen de lesa humanidad de “embarazo forzado” a la figura de genocidio (artículo 8 del proyecto).

⁸¹ El Protocolo fue aprobado por Argentina mediante la ley 25 616, sancionada el 17 de julio de 2002, y ratificado el 10 de septiembre de 2002.

de los crímenes de guerra de “reclutar o alistar niños”, dado que se refiere a menores de 18 años (en el ECPI la edad límite es la de 15 años). Por otra parte, extiende la aplicación del tipo de “hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra”, previsto en el ECPI sólo para los casos de conflictos armados internacionales, a supuestos de “conflictos armados de cualquier naturaleza”.⁸²

b) El proyecto también se remite al ECPI en materia de *parte general*. Si bien no contiene una norma que expresamente disponga esta remisión, esta interpretación es la que se presenta más acorde con el texto del proyecto. En efecto, en su artículo 2 se establece que el “sistema penal previsto en el Estatuto de Roma y la presente ley sólo son de aplicación para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente”. Esta referencia a la aplicación del *sistema penal previsto en el Estatuto de Roma* indicaría que las reglas que contiene el ECPI en materia de autoría y participación (artículo 25), responsabilidad de los jefes y otros superiores (artículo 28), “elemento de intencionalidad” (artículo 30), circunstancias eximentes de responsabilidad (artículo 31), error de hecho y error de derecho (artículo 32) y órdenes superiores (artículo 33) también serían aplicables en el ámbito interno.⁸³

Esta interpretación parece confirmarse además por la enunciación de las normas cuya aplicación se prevé con “carácter supletorio”: los principios y reglas del derecho penal internacional, los principios y reglas del derecho argentino y —sólo luego— las normas contenidas en el Código Penal, en el Código Procesal Penal de la Nación y en sus leyes complementarias (artículo 6 del proyecto).⁸⁴

⁸² El proyecto de la Comisión Interministerial y el presentado por el senador Menem además incluían dentro de los crímenes de guerra el empleo de “armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de prohibición en un convenio internacional del que la República Argentina sea parte” (artículo 17.b.vi. de ambos proyectos).

⁸³ La aplicación de las normas del ECPI para el juzgamiento en sede nacional también se postulaba en el proyecto que le sirvió de base al proyecto aprobado por la Cámara de Senadores. En los Fundamentos del proyecto de la senadora Cristina Fernández de Kirchner se explicaba: “la propuesta que presento establece la aplicación cerrada del sistema penal del Estatuto de Roma. Esto es, tal como lo señaló el Dr. Maier, su aplicación para las conductas objeto de la competencia de la Corte Penal Internacional”.

⁸⁴ Diverso en este punto era el proyecto de la senadora Fernández de Kirchner, dado que no mencionaba las reglas del derecho penal internacional y preveía: “Con carácter supletorio a la presente ley se aplican las normas contenidas en el Código Penal y en el Código Procesal Penal de la Nación” (artículo 5). Tampoco lo hacía el proyecto de la Comisión Interministerial, que se remitía a “los principios y reglas generales del derecho penal argentino con las modificaciones que resultan de esta ley”. Ello fue objetado por algunas organizaciones no gubernamentales que propusieron una fórmula muy similar a la que finalmente consagra el proyecto aprobado, que coloca en primer término “los principios y reglas del derecho penal internacional” (véase la nota remitida el 25 de noviembre de 2003 a la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado por el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Amnistía Internacional y la Coalición de ONG para la Corte Penal Internacional).

Nuevamente, la remisión a las reglas del ECPI —ahora en materia de parte general— implica el traslado al ámbito interno de normas problemáticas e, incluso, constitucionalmente cuestionables. Un ejemplo claro de ello es la norma que regula el error de hecho y el error de derecho, que no asegura la vigencia plena del principio de culpabilidad. De tal modo, se deja la solución en manos de los jueces, quienes deberán eventualmente reconocer la relevancia de los errores de prohibición inevitables por mandato constitucional. Otra norma que puede generar problemas de interpretación por parte de los tribunales argentinos es la que define el “elemento de intencionalidad”, que puede ser vista como un cuerpo extraño dentro de una cultura jurídica habituada a los criterios de dolo directo y dolo eventual. Asimismo, en materia de responsabilidad de jefes y otros superiores el proyecto aprobado descarta una solución más adecuada, como la que se proponía en el proyecto del senador Yoma, que descomponía el artículo 28 del ECPI en diversos supuestos en forma muy similar al Código Penal Internacional alemán.⁸⁵

c) Los debates sobre la aplicación de las normas del derecho penal internacional —en particular la costumbre— en el juzgamiento de hechos ocurridos en Argentina y el modo en que ello se compatibiliza con el principio de legalidad en materia penal también tuvieron su lugar en las sesiones de discusión de los proyectos de ley de implementación del ECPI.

Ello se refleja en el proyecto aprobado, que intenta una solución de compromiso sin aclarar del todo la cuestión. En efecto, además de la enumeración de las fuentes supletorias ya mencionadas (en las que los “principios y reglas del derecho penal internacional” aparecen antes que el Código Penal), el artículo 13 del proyecto, luego de afirmar que “ninguno de los delitos previstos en el Estatuto ni en la presente ley puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional”, agrega que “en tal caso, el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas previstas en nuestro derecho *vigente*”. Si bien la expresión *derecho vigente* no tiene por qué interpretarse como contradictoria con la afirmación plena del principio de legalidad contenido en el artículo 18 de

⁸⁵ El proyecto del senador Yoma sólo tomaba de las reglas generales del ECPI el artículo 33, referido a órdenes superiores. En lo demás, optaba por la aplicación de los “principios y las reglas del derecho penal argentino” (artículo 4).

la CN, ello puede ponerse en duda si se tiene en cuenta que fue especialmente introducida en reemplazo de “derecho *interno*”,⁸⁶ a propuesta de una ONG, con el argumento de no entorpecer la aplicación de normas consuetudinarias del derecho penal internacional por parte de los tribunales argentinos en los procesos que se siguen por los delitos cometidos en el marco de la última dictadura militar (1976-1983).⁸⁷ La cuestión, de todos modos, es de índole constitucional y no depende de cómo se regule en la ley.

d) El proyecto aprobado consagra la imprescriptibilidad de la acción y de la pena de los crímenes de competencia de la Corte. La fórmula que utiliza es neutra frente al debate sobre la posible aplicación de la imprescriptibilidad a los crímenes cometidos por la dictadura militar. Por el contrario, otros proyectos utilizaban expresiones que pueden entenderse dirigidas a lograr o impedir cierto efecto sobre el juzgamiento de esos hechos.⁸⁸

e) En materia de ejercicio de la jurisdicción el proyecto consagra los principios de territorialidad, real o de defensa, personalidad activa y agrega “los casos previstos en convenios internacionales de los que Argentina es parte”.

Este último supuesto abre la posibilidad de que entren en juego otros principios que regulan el ejercicio de la jurisdicción que estén previstos en convenciones particulares como las que se refieren a la prohibición de la tortura, la desaparición forzada, el *apartheid*, el genocidio, los crímenes de guerra, etcétera. Sin embargo, dado que la ley de implementación no tipifica todos los actos descritos en tales tratados sino sólo aquellos previstos en el Estatuto de Roma, será condición para la aplicación de los nexos de jurisdicción previstos en esos tratados que la conducta *también*

⁸⁶ Esa modificación se realizó durante la sesión en la que fue discutido y aprobado el proyecto (véase la versión taquigráfica de la sesión ordinaria del día 23 de junio de 2004 —orden del día n.º 431—).

⁸⁷ Así surge de las notas remitidas por el Centro de Estudios Legales y Sociales los días 8 y 23 de junio de 2004 (esta última dirigida a la Presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación). Poco tiempo después, el 24 de agosto de 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó por mayoría la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en el caso *Arancibia Clavel*, basándose para ello —al menos parcialmente— en la aplicación de la costumbre internacional. Luego ratificó esa posición en la sentencia del 14 de junio de 2005 dictada en el caso *Simón*.

⁸⁸ En efecto, el proyecto de la Comisión Interministerial disponía: “No prescribirá ni la acción ni la pena correspondientes a los crímenes enumerados en los artículos 13 a 19, respetando el principio de *irretroactividad* consagrado en los artículos 11, 22 y 24 del Estatuto de Roma” (artículo 8). Por su parte, el proyecto del senador Jorge Yoma establecía que la “persecución de los crímenes previstos en la presente ley, así como la ejecución de las penas impuestas por ella, no prescribirán *cualquiera sea la fecha en que se hubieren cometido o se hayan impuesto*” (artículo 7).

sea subsumible en los tipos penales del ECPI. Así, por ejemplo, el principio de nacionalidad pasiva que surge del artículo 5.1.c de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes no sería aplicable —al menos, con base en esta ley de implementación— si el acto de tortura no alcanza la categoría de los crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra.

En consecuencia, sólo podrían tener relevancia principios tales como el de nacionalidad pasiva o el de jurisdicción universal si están reconocidos en un tratado del que Argentina sea parte y los hechos encuadren a la vez en ese tratado y en los tipos penales a los que se refiere la ley de implementación (básicamente, los del ECPI).⁸⁹

Además de lo dicho, el proyecto de ley establece con alcance general el principio *aut dedere aut iudicare*, al disponer que, en caso de que no se procediera a la extradición o entrega de una persona acusada de un crimen de los definidos en esta ley, Argentina tomará todas las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción.

f) Finalmente, se descarta la intervención de la justicia militar⁹⁰ y se dispone que para todos los delitos previstos en la ley intervendrán los tribunales federales con competencia penal.

2.2.2. Delitos contra la administración de justicia de la CPI

El proyecto de ley de implementación contiene un capítulo destinado a regular los “delitos contra la administración de justicia” previstos en el artículo 70 del ECPI. A diferencia de la técnica de remisión al ECPI utilizada en materia de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, aquí el proyecto tipifica expresamente las conductas prohibidas. Utiliza para ello fórmulas muy similares a las contenidas en el artículo 70.1 del ECPI. Asimismo, determina escalas penales más altas

⁸⁹ El principio de personalidad pasiva se incluía en el proyecto de Fernández de Kirchner y en el de Yoma. El primero de estos proyectos también incluía el principio de jurisdicción universal, aunque lo hacía de manera defectuosa (véase *infra*).

⁹⁰ Tanto el proyecto de la Comisión Interministerial como el proyecto del senador Menem contemplaban la competencia de los tribunales militares para el caso de los crímenes de guerra “cuando el imputado fuere militar y hubiere actuado en tal carácter” (artículo 3 de ambos proyectos).

que la prevista en el ECPI⁹¹ para esta clase de delitos y que guardan relación con las penas contempladas en el Código Penal para los delitos contra la administración de justicia.⁹²

2.2.3. Relaciones con la Corte Penal Internacional

Dentro del título IV del proyecto de ley se regulan diversos aspectos de la relación entre el Estado argentino y la CPI, entre ellos, la remisión de “situaciones”, impugnación de la competencia, detención y entrega de personas, otras formas de cooperación y la ejecución de penas. Las características centrales de esta parte del proyecto de ley son las siguientes:

a. De manera muy similar a la ley española de cooperación con la CPI,⁹³ el proyecto de ley de implementación pone a cargo del Poder Ejecutivo: a) la decisión de remitir una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de competencia de la Corte en los términos de los artículos 13.a y 14 del ECPI y, en su caso, la de instar a la Sala de Cuestiones Preliminares para que examine la decisión del Fiscal de no proceder a una investigación —artículo 53.3.a del ECPI—; b) la decisión de sostener la competencia de la justicia argentina y de solicitar la inhibición del Fiscal de la Corte en los casos previstos en el artículo 18.1 y 18.2; c) la decisión de impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa —artículo 19.2.c del ECPI—. El proyecto no dispone ningún marco normativo para que el Poder Ejecutivo adopte las decisiones que correspondan en cada caso.

Finalmente, se establece que en los casos en que, a pesar del pedido de inhibición al fiscal o de la impugnación de la competencia, la Corte autorice al fiscal a

⁹¹ El proyecto de ley determina para estos delitos un máximo de 10 años de prisión, salvo para el delito de “soborno”, para el cual se fija una escala de 8 a 15 años de prisión. El ECPI, en cambio, prevé para todos los delitos contra la administración de justicia de la CPI una “pena de reclusión no superior a los cinco años o una multa, o ambas” (artículo 70.3).

⁹² El proyecto aprobado no menciona plazos de prescripción para los delitos contra la administración de justicia de la Corte. De este modo, para determinar esos plazos debería recurrirse a alguna de las fuentes que la ley menciona. Sin embargo, no es claro si en esta materia habría que aplicar las Reglas de Procedimiento y Prueba (instrumento que por formar parte del “sistema penal previsto en el Estatuto de Roma” podría ser aplicable de acuerdo con el artículo 2 del proyecto) o las reglas comunes del Código Penal (de aplicación supletoria según el artículo 6 del proyecto).

⁹³ Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (disponible en el sitio www.boe.es).

proceder a la investigación o sostenga su competencia, el órgano jurisdiccional argentino que lleve el caso se inhibirá en favor de la Corte y a su pedido le remitirá todo lo actuado.

b. En materia de cooperación con la CPI, el proyecto aprobado dispone una actuación inicial del Poder Ejecutivo para la verificación de los requisitos previstos en cada caso por el ECPI (artículos 89.3, 92.1, 92.2, 96.1 y 96.2) y luego la intervención de la autoridad judicial competente.

También se autoriza al Fiscal de la Corte a ejecutar directamente en territorio argentino actos que no impliquen medidas coercitivas en los supuestos contemplados en el artículo 99.4 del ECPI.

Respecto de los pedidos de detención y entrega, se establece que la persona requerida durante el trámite será oída por el juez, asistida por su abogado defensor e intérprete en caso necesario, y que tendrá derecho a solicitar la “libertad provisional”. Asimismo, se regula la cuestión de la cosa juzgada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89.2 del ECPI.

El proyecto prevé la posibilidad de impugnar las decisiones judiciales dictadas en el marco de las solicitudes de detención y entrega a través de un recurso de apelación ordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La inmediata intervención del máximo tribunal nacional busca llegar a una rápida decisión definitiva sobre la procedencia del pedido.

También queda a cargo del Poder Ejecutivo decidir la prioridad de la Corte o de un Estado en caso de que existan solicitudes concurrentes. Para ello, el proyecto se remite a las pautas establecidas en el Estatuto y en las Reglas de Procedimiento y Prueba. Igualmente se deja en manos del Poder Ejecutivo la decisión de denegar una solicitud de asistencia cuando se refiera “a la presentación de documentos o a la divulgación de pruebas que afecten a la seguridad nacional” (artículo 93.4 del ECPI). El proyecto no define qué debe entenderse por afectación de la seguridad nacional y dispone que ello deberá ser establecido por una ley del Congreso.

c. En cuanto a ejecución de penas en el país, el proyecto deja librado al Poder Ejecutivo decidir si integra la lista de Estados dispuestos a recibir condenados y en

qué condiciones. Respecto de la ejecución de multas y órdenes de decomiso emanadas de la Corte, se dispone la intervención de las autoridades judiciales competentes.⁹⁴

3. Implementación y reglas de aplicación espacial de la ley penal

Las reglas de aplicación de la ley penal contenidas en la legislación argentina son bastante limitadas. En efecto, el Código Penal sólo consagra la aplicación de la ley penal: a) a los delitos cometidos en el territorio argentino o en lugares sometidos a su jurisdicción (principio territorial); b) a los delitos cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina (principio real o de defensa); c) a los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo (principio real o de defensa).⁹⁵ Como puede verse, el Código Penal no recoge los principios de nacionalidad activa, de nacionalidad pasiva ni el principio de jurisdicción universal.⁹⁶

⁹⁴ Además, el proyecto de ley determina que para la elección de candidatos a magistrado de la CPI y representantes ante la Asamblea de Estados Partes se seguirá el mismo mecanismo que para la selección de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esto es, el nombramiento por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (artículo 99, inciso 4.º, de la CN). También se dispone la publicación en el *Boletín Oficial* de las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes dictados por la Asamblea de los Estados Partes.

⁹⁵ Artículo 1 del Código Penal.

⁹⁶ También deben tenerse en cuenta las reglas contenidas en el Código de Justicia Militar y en el Código Aeronáutico. El primero se remite a las reglas del Código Penal (artículo 510) y agrega el supuesto de “delitos militares cometidos en territorio extranjero por individuos de las fuerzas armadas de la Nación” (artículo 511). Por su parte, el Código Aeronáutico establece que corresponde la jurisdicción de los tribunales argentinos en caso de delitos cometidos a bordo de una nave privada argentina sobre territorio argentino y “en el caso de hechos ocurridos, actos realizados o delitos cometidos a bordo de una aeronave privada argentina, sobre territorio extranjero, si se hubiese lesionado un interés legítimo del Estado argentino o de personas domiciliadas en él o se hubiese realizado en la República el primer aterrizaje posterior al hecho, acto o delito” (artículo 199). Finalmente, existen varios tratados internacionales ratificados por Argentina que establecen reglas de aplicación de la ley que nunca han sido incorporadas en la ley penal. Sin embargo, no puede descartarse la aplicación inmediata de las normas incluidas en dichos tratados. Esto dependerá, en cada caso, de que la regla haya sido formulada de un modo tal que pueda ser considerada directamente operativa (*self-executing*) y de que existan las normas sustantivas que tipifiquen las conductas a las que ella se refiera.

Sin embargo, este último principio surge de la propia Constitución nacional. En efecto, el artículo 118 de la Constitución argentina dispone que los juicios criminales se llevarán a cabo en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito y agrega: “pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

Esta norma se encuentra en la CN desde el momento de su sanción, en 1853. En su primera parte se consagra el principio *forum delicti commissi*, al disponerse que los juicios criminales se llevarán a cabo en la misma provincia⁹⁷ donde se hubiere cometido el delito. En su segunda parte, se reconoce la jurisdicción del Poder Judicial de la Nación para juzgar delitos “contra el derecho de gentes” incluso cuando éstos se cometan fuera del territorio de la Nación. A efectos de reglamentar esa jurisdicción extraterritorial, la CN dispone que la legislatura nacional deba dictar una ley especial para determinar el *lugar* en el que se celebrarán los juicios. Al respecto, puede citarse una antigua regla de competencia referida a delitos de piratería en alta mar.⁹⁸ Sin embargo, dado que el catálogo de crímenes “contra el derecho de gentes” se ha incrementado notablemente respecto de aquellas conductas que podían quedar comprendidas por esa expresión a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, es necesaria una legislación que determine el lugar de los juicios en relación con los actuales crímenes contra el derecho de gentes (que incluyen los crímenes definidos en los artículos 6 a 8 del ECPI).⁹⁹

⁹⁷ La República Argentina es una confederación de Estados (provincias).

⁹⁸ Mediante la ley 48, promulgada el 14 de septiembre de 1863, se dispuso: “Los crímenes cometidos en alta mar, a bordo de buques nacionales o por piratas extranjeros, serán juzgados por el juez de sección del primer puerto argentino a que arribase el buque” (artículo 3, 1.º). Esta regla fue ratificada por el artículo 27 de la ley 4055, promulgada el 11 de enero de 1902.

⁹⁹ La falta de una ley que determine el *lugar* en que deben seguirse los juicios por los delitos “contra el derecho de gentes” cometidos fuera del territorio argentino (artículo 118 de la CN) no necesariamente debería ser un obstáculo para la operatividad del principio, toda vez que es posible interpretar que, mientras una ley no seleccione un lugar específico, los juicios podrían llevarse a cabo en cualquier lugar del territorio argentino donde actúen los tribunales nacionales o en el lugar que sea preferible según razones de conveniencia procesal. Sobre el punto, no hay jurisprudencia relevante. El único caso que puede mencionarse es el fallo *Peyrú*, dictado el 23 de febrero de 1995, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego de rechazar una extradición solicitada por Chile, tuvo que considerar un pedido de la fiscalía para que, en virtud del principio *aut dedere aut iudicare*, el hecho fuera juzgado en Argentina. La Corte Suprema rechazó también este planteo afirmando que “las normas internas de naturaleza federal referentes a la jurisdicción internacional de los jueces argentinos tampoco autorizan a enjuiciar en el país el hecho ocurrido en el extranjero que dio origen al presente pedido de extradición, pues ni se trata de un delito contra el derecho de gentes (artículo 118 de la Constitución nacional) ni resulta comprendido en las hipótesis normativas del artículo 1 del Código Penal” (considerando 6).

Ahora bien, a partir de la creación de la Corte Penal Internacional debe reflexionarse acerca de si, respecto de los crímenes de competencia de la Corte, el principio de jurisdicción universal aún tiene algún papel que jugar y, en caso de tenerlo, cómo debe regularse en relación con la competencia de la CPI.

Si bien la existencia de la Corte viene a sumar una instancia jurisdiccional supranacional para la persecución de ciertos crímenes de trascendencia internacional, el modo en que está concebida no apoya la idea de que la jurisdicción universal haya perdido sentido. Ninguna disposición del Estatuto habla en contra de que los Estados ejerzan su jurisdicción con base en tal principio y, por lo demás, no resulta lógico interpretar que el ECPI pueda tener el efecto de derogar el principio de jurisdicción universal. Ello es claro si se repara, por un lado, en que la Corte no tiene jurisdicción universal¹⁰⁰ y, por otro, en que desde un punto de vista material no puede esperarse que ese tribunal tenga la capacidad para investigar y juzgar todos los crímenes que vayan a cometerse en el futuro y que no sean procesados por los Estados con un vínculo territorial con los hechos o de nacionalidad con autores o víctimas. Por lo tanto, la creación de la CPI no es una circunstancia que deje sin sentido al principio de jurisdicción universal. La opción que tienen los Estados según el derecho internacional de incorporar a su legislación el principio de jurisdicción universal en relación con los crímenes de competencia de la Corte se mantiene en pie.

Cuestión diversa es si la Corte debe ser subsidiaria de las jurisdicciones nacionales también en los casos en que éstas intervengan o pretendan intervenir sobre la base del principio de jurisdicción universal. Desde un punto de vista estrictamente normativo, ello dependerá, por un lado, de cómo se interprete el ECPI en este punto y, por otro, de cómo regulen los Estados el ejercicio de su jurisdicción en relación con la actuación de la CPI.

El ECPI, al regular las cuestiones de admisibilidad y competencia, así como los mecanismos para su impugnación, no establece distinciones entre títulos o nexos de jurisdicción y se refiere a los Estados “que tengan jurisdicción”. Ello parecería apoyar la idea de que la Corte es, en principio, subsidiaria de cualquier jurisdicción nacional que esté actuando genuinamente o que tenga vocación de hacerlo.¹⁰¹ Sin

¹⁰⁰ Las facultades que tiene el Consejo de Seguridad no pueden confundirse con la existencia de una Corte con jurisdicción universal.

¹⁰¹ Al respecto, sostiene Héctor Olásolo: “no habiéndose establecido expresamente limitación alguna con respecto a los nexos jurisdiccionales que hacen aplicable el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales, no podemos sino afirmar que éste es aplicable cuando concurra cualquiera de los nexos jurisdiccionales reconocidos por el Derecho Internacional” (cf. *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, p. 210).

embargo, no es posible descartar totalmente que la CPI interprete que su jurisdicción tiene prioridad frente a la jurisdicción universal.¹⁰²

También la legislación de los Estados puede tener incidencia en esta materia, dado que ella puede prever cierta prioridad de la jurisdicción de la CPI (caso de España) o la posibilidad de suspender o no impulsar el proceso cuando intervenga la CPI (caso de Alemania).

Como se ha visto en el punto anterior, el proyecto de ley de implementación aprobado por la Cámara de Senadores no ha incluido el principio de jurisdicción universal y por lo tanto tampoco ha regulado su relación con la competencia de la CPI.

Esta cuestión sí había sido abordada por el proyecto de la senadora Cristina Fernández de Kirchner. En él se establecía la aplicación de la ley de implementación “a los delitos cometidos fuera del territorio argentino, por nacionales de otro Estado o contra nacionales de otro Estado, siempre que la Corte Penal Internacional declare inadmisibile la persecución penal ante ella y el Estado territorial del sospechoso o de la víctima no persigan el hecho. Corresponde al Procurador General de la Nación, al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos evaluar la oportunidad y conveniencia de perseguir estos hechos siempre que sea necesario preservar la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”.¹⁰³

De este modo, se establecían tres condiciones para el ejercicio de la jurisdicción universal: a) que la Corte Penal Internacional hubiese declarado inadmisibile el caso; b) que el hecho no sea perseguido por el Estado del que fuese nacional el sospechoso o el Estado del que fuese nacional la víctima; c) que la oportunidad y conveniencia de llevar a cabo la persecución hubiesen sido evaluadas —positivamente— por el Procurador General de la Nación y dos Ministerios del Poder Ejecutivo teniendo en cuenta la necesidad de preservar la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

¹⁰² Una expresión que podría dejar algún margen para esta interpretación es la que contiene el artículo 18.1 del ECPI cuando dispone que la notificación de que existen fundamentos para comenzar una investigación debe realizarse respecto de los Estados partes y de aquellos Estados que “ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate”. Sin embargo, el ECPI no aclara qué significa ejercer “normalmente” la jurisdicción. Olásolo rechaza una interpretación de esta expresión que la entienda como excluyente de la jurisdicción universal (precisamente por lo dicho en la nota anterior). Para este autor, el deber de notificación al que se refiere el artículo 18.1 del ECPI comprende también a los Estados que hayan introducido en sus ordenamientos jurídicos internos el principio de jurisdicción universal (cf. *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, pp. 449 y ss).

¹⁰³ Artículo 3.2. del proyecto.

La primera de las condiciones mencionadas, similar a la que contiene la española Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional, no regula en verdad un modo de resolver un conflicto de competencia con la CPI, sino que establece una especie de *subsidiariedad* de la jurisdicción nacional frente a la del tribunal internacional, sometida a la condición de que haya existido efectivamente una declaración de inadmisibilidad del caso por parte de la CPI. En rigor, la consagración de una exigencia como la mencionada restringe la aplicación del principio de jurisdicción universal más allá de lo estrictamente necesario para evitar —o resolver— un conflicto de competencia con la CPI. Si el objetivo perseguido fuera simplemente no entorpecer la actuación del tribunal internacional, bastaría para ello con la inclusión de una disposición que estableciera el cierre de las investigaciones para el supuesto de que la CPI declarara la admisibilidad de una situación que incluyera los mismos hechos que se investigan ante la jurisdicción nacional sobre la base del principio de jurisdicción universal. Mientras un caso no sea llevado ante la CPI ni ésta declare su admisibilidad no habría ninguna posibilidad de un conflicto de competencia con el tribunal internacional y, por ende, la jurisdicción nacional no tendría por qué abstenerse de actuar.¹⁰⁴

Por lo tanto, si no se pretende restringir la aplicación del principio de jurisdicción universal más allá de lo estrictamente necesario para no entorpecer la actuación de la CPI, parece preferible un modelo en el que la jurisdicción nacional comience las investigaciones y pueda luego ceder paso a la actuación de la CPI si ésta comienza a actuar.¹⁰⁵

Por lo demás, respecto de la posible consagración de criterios de oportunidad, tampoco es aconsejable el método que proponía el proyecto comentado; principal-

¹⁰⁴ Por lo demás, el proyecto comentado —al exigir una declaración de inadmisibilidad por parte de la CPI— tornaba prácticamente imposible la actuación de los tribunales argentinos frente a casos *claramente* inadmisibles por la CPI. Piénsese en un caso en el que ni el Estado del territorio donde ocurrieron los hechos ni los Estados a los que pertenecen los autores y víctimas fueran partes en el ECPI. Sería improbable que, pese a que la CPI es claramente incompetente en el caso, alguien lo llevara de todos modos a consideración de la Corte. Por lo tanto, frente a casos evidentemente ajenos a la competencia de la CPI difícilmente existiría siquiera una declaración de inadmisibilidad por parte de la Corte. Paradójicamente, esta falta de una declaración de inadmisibilidad conduciría, según los términos del proyecto de Fernández de Kirchner, a la imposibilidad de actuación de la justicia argentina. En este sentido, es más acertada —aunque criticable por las razones que se exponen en el texto— la Ley de Cooperación española, dado que consagra un deber de abstención de los órganos jurisdiccionales españoles siempre que en el caso “pudiera ser competente la Corte” (artículo 7.2).

¹⁰⁵ Como afirma Ezequiel Malarino, “este proceso por parte de la CPI debería estar en curso; no creemos, por tanto, que sea conveniente el criterio seguido por la ley española que extiende esta abstención de persecución a los casos en que la CPI ‘pudiera ser competente’. No parece razonable, en efecto, prescindir de la persecución si no está asegurado el juicio por la CPI” (cf. “Reporte final”, p. 244).

mente, dado que la fórmula que establecía (“evaluar la oportunidad y conveniencia de perseguir estos hechos siempre que sea necesario preservar la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”) era sumamente imprecisa y se trataba en el fondo de un criterio de oportunidad eminentemente político —más aún teniendo en cuenta la intervención del Poder Ejecutivo en la toma de la decisión—. Frente a este modo de establecer el principio de oportunidad, una de las principales críticas que se formulan contra la jurisdicción universal —su posible utilización política— estaría por demás justificada.

En síntesis, la legislación argentina *debe* establecer el principio de jurisdicción universal dado que ello viene impuesto por la propia Constitución nacional. La regulación de este principio podría incluir reglas para que la jurisdicción argentina cediera frente a la actuación de la CPI. Sin embargo, esta prioridad de la jurisdicción de la CPI sólo debería tener lugar frente a una actuación *efectiva* de la Corte y no meramente posible.¹⁰⁶ Finalmente, podrían incluirse criterios de oportunidad estrictamente reglados y que tuvieran en cuenta principalmente la posibilidad de realizar una investigación eficaz de los hechos por parte de los tribunales argentinos.

4. Conclusiones

Correctamente se ha señalado que la conducta del Estado argentino en materia de tratados internacionales se ha caracterizado por la ratificación de numerosos instrumentos internacionales que establecen deberes de persecución penal y por la recurrente omisión de adecuar su derecho nacional de modo que esos deberes puedan ejercerse en la práctica.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Quizás el cierre de las actuaciones a favor de la intervención de la CPI cuando ésta declare la admisibilidad de una “situación” no deba ser automático y pueda tener alguna excepción; por ejemplo, si el proceso que tramita en la jurisdicción nacional estuviese muy próximo a una decisión definitiva.

¹⁰⁷ Cf. Ezequiel Malarino: “Informe sobre Argentina”, p. 76.

La actitud de Argentina frente al ECPI ha sido, en principio, diversa. A su destacada labor en los trabajos preparatorios del ECPI sumó una temprana actividad tendiente a concretar la adecuación normativa necesaria para el cumplimiento de las obligaciones que surgen de él. Esta actividad comenzó incluso antes de la ratificación del tratado, a través de una comisión interministerial creada específicamente para la elaboración de un proyecto de ley. Sin embargo, transcurridos más de cuatro años desde la ratificación del ECPI, Argentina aún no cuenta con una ley de implementación. Si bien existe un proyecto aprobado por la Cámara de Senadores en junio del 2004, es muy probable que ese proyecto sufra modificaciones en el ámbito de la Cámara de Diputados, circunstancia que retrasaría su aprobación, dado que debería ser tratado nuevamente por la Cámara de origen. Por lo tanto, tampoco puede afirmarse que una ley de implementación será sancionada a la brevedad.

En el presente informe se ha intentado describir y analizar las diversas opciones de implementación que fueron consideradas en el ámbito de la legislatura nacional. Como puede advertirse, los proyectos tenían algunas divergencias. Sin embargo, el hecho de que aún no se haya logrado la sanción de una ley de implementación responde en gran medida a razones ajenas a las discrepancias técnicas. Antes bien, la falta de una ley refleja dificultades en la labor parlamentaria para lograr un acuerdo político que asuma el objetivo de sancionar en un tiempo razonable una legislación cuya necesidad nadie cuestiona. En este sentido, un rasgo que se destaca en el caso argentino es que existen ciertas *dificultades políticas* para la implementación del ECPI, pese a que no hay una oposición política a la Corte Penal Internacional, a diferencia de lo que sucede en otros países en los que la CPI genera fuertes controversias.

Es razonable pensar que estas dificultades serán finalmente superadas y que Argentina tendrá en algún momento su ley de implementación. Esta expectativa es razonable precisamente por la mencionada falta de oposición política a la CPI —la institución genera manifestaciones de apoyo de los legisladores— y porque hay actividad legislativa al respecto en ambas cámaras del Congreso.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Además de los proyectos de ley de implementación, existen actualmente proyectos para otorgar jerarquía constitucional al ECPI y para aprobar el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional firmado por Argentina el 7 de octubre de 2002.

En cuanto a las *dificultades jurídicas* de Argentina frente al ECPI, éstas se vinculan con ciertas incompatibilidades que pueden detectarse entre algunas normas del ECPI y los principios constitucionales en materia penal.

Estas incompatibilidades obligan a decidir el curso a seguir, al menos, en dos ámbitos. Por un lado, al momento de la *implementación* debe optarse por la incorporación a la legislación penal nacional de las normas del ECPI tal cual están redactadas en este instrumento internacional o, en cambio, por lo que se ha denominado “implementación problematizadora”,¹⁰⁹ esto es, el análisis y la adaptación de aquellas normas del ECPI que podrían generar problemas de constitucionalidad o de interpretación en el momento en que deban ser aplicadas por los jueces nacionales (por ejemplo, tipos penales indeterminados, regulación del error de prohibición, aspectos subjetivos del tipo).

Por otro lado, podrían generarse ciertas dificultades para el cumplimiento de los pedidos de *cooperación* de la CPI, especialmente pedidos de entrega de personas, por cuanto las normas problemáticas del ECPI podrían servir de base para el rechazo de las solicitudes por razones constitucionales. En qué medida existe un riesgo concreto de que ello suceda no es algo que pueda decirse con certeza. Como se ha intentado demostrar aquí, ello dependerá, por un lado, de la interpretación constitucional y, por otro, de la actitud que tome la CPI, cuya jurisprudencia podría eliminar o reducir los ámbitos problemáticos que surgen del texto del ECPI. En todo caso, la decisión que debe adoptar Argentina como Estado parte en el ECPI es aceptar el riesgo de que los jueces rechacen alguna medida de cooperación al ejercer el control concreto de constitucionalidad o intentar prevenirlo a través de una reforma constitucional. El costo de la primera opción es el posible incumplimiento de una obligación internacional. El de la segunda, la reducción de los derechos constitucionales que supondría la reforma.

Por el momento, no se ha planteado la posibilidad de realizar una reforma constitucional y todo indica que Argentina seguirá el camino de la *cooperación condicionada* a la inexistencia de obstáculos constitucionales en el caso concreto. Ello permitirá mantener en pie el control judicial necesario para el resguardo de los derechos constitucionales.

¹⁰⁹ Cf. Ezequiel Malarino: “Reporte final”, p. 184.

La necesidad de optar por una de las alternativas mencionadas no es una circunstancia que se presente sólo para Argentina. Muchos países que han ratificado el ECPI comparten con Argentina buena parte de sus principios constitucionales y, por lo tanto, los problemas de constitucionalidad podrían plantearse en términos similares. Una cuestión que quedará por ver es hasta qué punto el hecho de que los Estados sigan la opción de la *cooperación condicionada* puede tener, paradójicamente, cierto efecto positivo sobre la calidad del sistema del ECPI. Ello, dado que el riesgo de que los Estados rechacen las solicitudes de cooperación por motivos constitucionales podría actuar como estímulo para que la CPI efectivamente utilice las herramientas jurídicas de que dispone para que la interpretación y aplicación de las normas del ECPI sea compatible con los principios constitucionales de los Estados partes.

- ABREGÚ, Martín: "Apostillas a un fallo histórico", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IX, n.º 16, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, pp. 23-48.
- ÁLVAREZ, Alejandro: *Justicia penal y espacio regional*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- AMBOS, Kai: *La parte general del derecho penal internacional* (traducción del alemán de Ezequiel Malarino), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- APONTE, Alejandro: "Informe sobre Colombia", en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 201-258.
- BIDART CAMPOS, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada*, t. III, Buenos Aires: Ediar, 1998.
- BIDART CAMPOS, Germán: "La persecución penal universal de los delitos de lesa humanidad", en *La Ley*, Buenos Aires, suplemento del 23 de agosto de 2000, p. 1.
- CARO CORIA, Dino C.: "La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en Elizabeth SALMÓN (coord.): *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pp. 141-179.
- COLAUTTI, Carlos: "El artículo 118 de la Constitución nacional y la jurisdicción extraterritorial", en *La Ley*, t. 1998-F, Buenos Aires, pp. 110 ss.
- FERRERES COMELLA, Víctor: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Madrid: Civitas, 2002.
- GIL GIL, Alicia: *Derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 1999.
- "Informe sobre España", en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 335-402.
- KARAYÁN, Mónica: "Extradición y derechos humanos", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, n.º 9, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, pp. 333-387.
- MALARINO, Ezequiel: "Informe sobre Argentina", en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 35-81.
- "Reporte final, síntesis metodológica, un sumario ejecutivo y recomendaciones", en Jorge ROLÓN LUNA (comp.): *La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay. Aspectos legales, institucionales, participativos y Plan de Acción*, Asunción, 2004, pp. 171-256.
- MATTAROLLO, Rodolfo: "La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad", en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, n.º 0, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, pp. 93-135.
- MONCAYO, Guillermo: "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema", en Martín ABREGÚ y Christian COURTIS (comps.): *La aplicación de los tratados*

sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, pp. 89-104.

OLÁSOLO, Héctor: *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

PASTOR, Daniel: "El llamado 'impacto' de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal", en *Tensiones. ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*", Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, pp. 91-104.

— "El sistema penal internacional del Estatuto de Roma. Aproximaciones críticas", en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Prof. Dr. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, pp. 699-727.

SANCINETTI, Marcelo: "Error, dolo, culpabilidad: ¿un problema de 'lege lata'?", en *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

TRIFFTERER, Otto: "Domésticos de ratificación e implementación", en Kai AMBOS (coord.): *La Nueva Justicia penal Supranacional. Desarrollos post-Roma*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 13-47.

ZAFFARONI, Eugenio, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2000.

Jurisprudencia citada¹¹⁰

Musotto, CSJN, 29 de septiembre de 1987, publicado en *Fallos de la Corte Suprema de la Nación*, Buenos Aires, t. 310, pp. 1909 ss.

Peyrú, CSJN, 23 de febrero de 1995, publicado en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, t. 318, pp. 108 ss.

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

Arancibia Clavel, 24 de agosto de 2004.

¹¹⁰ Las sentencias de la CSJN se encuentran disponibles en el sitio www.csjn.gov.ar.