

SOBRE LOS FINES DE LA PENA AL NIVEL NACIONAL Y SUPRANACIONAL

KAI AMBOS*

(Con la colaboración de CHRISTIAN STEINER**)

El sentido y los fines de la pena raramente se ven reflejados en el debate sobre el endurecimiento del Derecho penal. Dicha situación se repite en torno al debate sobre el sistema de justicia penal internacional emergente, con especial énfasis, en lo que concierne a la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo CPI)¹. El presente ensayo tiene por obje-

* Privatdozent Dr. iur. (Universidad de München), catedrático interino de las Universidad de Freiburg y de Göttingen (a partir de 1ero de abril de 2003); referente científico del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg im Breisgau (R.F.A.).

** Christian Steiner merece una mención aquí porque el texto alemán se publicó originalmente en una versión más breve, en la que Steiner colaboró (cfr. 40 *Juristische Schulung* (JuS), 2001, pp. 9-13). La versión original fue ampliada y traducida al inglés por el autor con la ayuda de Guy Cumes, docente de la Universidad de Gales del Sur, Australia. Finalmente, la presente versión fue traducida al castellano por Marta Susana Donís Galindo y revisada por el abogado Alfonso Fco. Palacios Huerta y el autor. Me siento en deuda asimismo con Emily Silverman, una colega investigadora en el Max Planck Instituto para Derecho Penal Internacional y Extranjero, por traducir las notas de pie de página y por sus comentarios críticos. Y, en fin, agradezco a Steffen Wirth, asistente en la investigación en el MPI, por sus comentarios y su apoyo técnico.

¹ Véase el Rome Statute of the Corte Penal Internacional (UN-Dok. A/Conf. 183/9; www.un.org/icc), adoptado el 17 de julio de 1998. Véase ZIMMERMANN, 58 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV), 1998, pp. 47 y ss.; AMBOS, 51 *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), pp. 3743 y ss.; *ibid.*, 1998, p. 111 y *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 1999, pp. 175 y ss., con referencias adicionales. La versión francesa apareció en la 10 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, pp. 739-772; y en castellano, en la *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid), 2.ª época, núm. 5, enero de 2000, pp. 127-169.

to llenar o al menos disminuir, en cuanto sea posible, dicho vacío, sobre la base de las teorías nacionales acerca de los fines de la pena.

I. Sobre la función del Derecho penal

1. *Ámbito nacional*

La cuestión en torno a la función del Derecho penal es la cuestión acerca de lo que el legislador puede y debe prohibir a sus súbditos bajo la amenaza de una pena. Pero, ¿Conforme a qué criterios debe resolver el legislador este dilema? ¿Qué conductas debe, y le es permitido, prohibir al Estado? ¿Cualquier acto inmoral, indecente o antisocial? El catálogo de patrones de conducta a penalizar por el Estado no es susceptible de ser determinado con facilidad. Este depende del sistema de valores de una sociedad determinada y es por tanto, y hasta cierto punto, relativo². De hecho, los delitos cambian con el transcurso del tiempo, al igual que sus respectivas sanciones. Del mismo modo, pueden regir en un mismo momento, en lugares distintos, prescripciones penales muy diferentes. Lo que hoy es punible, mañana puede ser socialmente aceptable en virtud de un cambio en las actitudes sociales de la población. En tal caso, el Estado podría o incluso debería abstenerse de castigar³.

En este sentido, la capacidad de un sistema de Derecho penal para liberarse de las exigencias de encarnar un determinado orden moral o religioso es de enorme importancia para la adaptabilidad del mismo⁴. A este respecto, es útil recordar que la separación entre Religión y Estado —existente desde larga data en Occidente— aún no exime de la pre-

² Se trata aquí de la cuestión del concepto material de delito. Al respecto véase ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner*, Teil, vol. I, § 2 márgenes núms. 1 y ss. (3.^a ed., 1997); BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht Allgemeiner*, Teil § 3 márgenes núms. 10 y ss. (10a. ed., 1995); JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner*, Teil, 1/1, 2/21 (2.^a ed., 1991).

³ Cfr. ROXIN *supra*, nota 2, § 2, margen núm. 15 menciona, por ejemplo, el exhibicionismo, que continúa siendo un delito punible según el § 183 StGB, Código General Alemán. La homosexualidad y el adulterio podrían mencionarse igualmente aquí. Véase asimismo GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner*, Teil, § 1 C II, márgenes núms. 77 y ss. (2a. ed., 2001).

⁴ En cuanto al dilema entre el pluralismo de valores en la sociedad y la desmoralización del derecho penal, véase WOLF. *Verhütung oder Vergeltung?—Einführung in die ethischen Straftheorien*, 1992, pp. 28 y ss. Wolf propone cuatro respuestas posibles a la pregunta de qué puede pretender el Estado con el Derecho penal. El Estado impone: 1) la verdadera moralidad, 2) la moralidad positiva, 3) su propia continuación o 4) la moralidad mínima.

sencia de transgresiones morales consideradas por éste, como merecedoras de sanción⁵. En este contexto, ciertamente son menos flexibles aquellos sistemas jurídicos cuyos delitos son religiosamente prescritos, esto es, donde Religión y Derecho se encuentran estrechamente asociados entre sí, como todavía sucede, o sucedió, en algunos Estados de tradición «islámica»⁶.

Un buen ejemplo acerca de la relatividad del Derecho penal lo encontramos en la regulación del consumo de alcohol, el cual se encuentra estrictamente prohibido por el Derecho islámico basado en la Shari'a, al menos, según algunos eruditos (aquí, nuevamente, hay espacio para la interpretación)⁷. Así, sí el Estado adoptase la Shari'a como patrón de juridicidad, el consumo de alcohol naturalmente tendría que ser penalizado (en tanto que en nuestra cultura se prohíbe el consumo de otras drogas)⁸.

Conforme a una concepción moderna del Derecho penal, éste se encuentra al servicio de una *finalidad* determinada, es decir, debe garantizar la protección de una pacífica convivencia entre los individuos que integran una comunidad⁹. Esta consideración del Derecho penal

⁵ Respecto de la República Federal Alemana véase *supra*, nota 3. Desde luego que también hay opiniones divergentes entre los seguidores de una misma religión, y también respecto de la justificación de la pena. Sobre la ética cristiana puede consultarse, por ejemplo, la visión general en HONECKER, *Grundriß der Sozialethik*, 1995, pp. 596 y ss.

⁶ KHADDURI, *The Islamic Conception of Justice*, 1984, p. 135: «En el Islam la Ley (Shari'a) está íntimamente entrelazada con la religión, y ambas se consideran como la expresión de la voluntad y la justicia de Dios; sin embargo mientras el propósito de la religión es definir y determinar finalidades, entre éstas la justicia, la función de la ley es indicar el sendero (el término *Shari'a* tiene tal significado) gracias al cual se realizan la justicia de Dios y otros fines».

⁷ La prohibición (al-haram) del consumo de alcohol, que por cierto se aplica a todo tipo de drogas intoxicantes, puede encontrarse en el Corán, Sure al-Maida 5: 93, citado según AL-QARADAWI, *Erlaubtes und Verbotenes im Islam*, 1989, p. 67. AL-QARADAWI, *ibid.*, en la p. 73 señala que el castigo en estos casos está previsto por el mismo Corán (es el caso del llamado castigo *hadd*, como algo opuesto al *tazir*, en el caso de delitos que este libro sagrado prohíbe pero para los cuales no prescribe un castigo y, en vez de ello, deja al gobierno la resolución respectiva). KHADDURI, *supra*, nota 6, p. 216, sostiene por otra parte que el consumo de alcohol no está prohibido necesariamente por el Corán con la amenaza del castigo, sino que dicho libro recomienda la abstinencia del mismo. Para una perspectiva histórica sobre la Shari'a, véase HOURANI, *Die Geschichte der arabischen Völker*, 1997, pp. 154 y ss.

⁸ Según KHADDURIS, *supra*, nota 6, pp. 214 y ss. (con referencias adicionales), la doctrina jurídica islámica egipcia se muestra renuente a secularizar el código penal.

⁹ JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner*, Teil, § 1 I 1, 5.^a ed., 1996, p. 2; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 10. Esta frase puede ciertamente exigir una validez general incluso si se somete a controversia

como «protección de bienes jurídicos afecta a un fin» (*zweckbewusster Rechtsgüterschutz*) se remonta a Platón y Séneca y ganó significado en los tiempos modernos gracias a los escritos del penalista alemán Franz von Liszt¹⁰. Conforme a ella, de las respectivas circunstancias históricas y sociales surgen una serie de condiciones básicas para la vida en comunidad, tales como la protección de la vida e integridad física, de la libertad de autodeterminación y de la propiedad. Tales condiciones las denominamos bienes o intereses jurídicos (*Rechtsgüter*)¹¹. Respecto de ellos, el Estado está autorizado —e incluso obligado— a protegerlos, y sólo a ellos, mediante la amenaza de una sanción penal.

No obstante lo anterior, la utilización del Derecho penal para garantizar el orden de la comunidad suele ser —por lo general— innecesaria, puesto que la mayoría de sus integrantes acatan voluntariamente los mandatos del orden jurídico. Sólo en el caso de que la «totalidad del sistema de control social» fracase (familia, comunidad local, escuela, vecindario, asociaciones, etcétera), y otros medios alternativos para resolver conflictos sociales resulten ineficaces, deberá recurrir el Estado al empleo del Derecho penal —entendido como *ultima ratio* de los instrumentos de orden— a fin de garantizar la integridad del orden jurídico¹². En atención a ello, se puede hablar de la *subsidiaridad* de Derecho penal¹³.

qué es lo que protegen exactamente las leyes criminales a fin de proteger la cohabitación pacífica de los seres humanos: ¿bienes jurídicos?, ¿intereses?, etcétera. Para un resumen de esta disputa véase ROXIN, *supra*, nota 2, § 2, márgenes núms. 42 y ss.; JAKOBS, *supra*, nota 2 1/4, se aviene fundamentalmente a la función de estabilización de las normas: «La misión del castigo es la preservación de la norma como modelo de orientación para la relación social» (*id.*, margen núm. 11, traducción del alemán); para él la evitación del daño en búsqueda del bien no es una función de las leyes penales (*id.*).

¹⁰ SÉNECA, *De ira*, liber 1, XIX-7; PLATÓN, *Nomoi*, 934.^a (citado por ROXIN, *cf. supra*, nota 2, § 3, margen núm. 11); VON LISZT, 3 ZStW (1883), pp. 1 y ss. (33 y ss.) —el denominado Programa Marburgués—. Respecto de este punto, *vid.* ROXIN, *id.* márgenes núms. 11 y ss.

¹¹ ROXIN, 6 *JuS*, 1966, pp. 377, 381. Acerca del concepto de «bien jurídico» y su derivación de la Constitución en el Derecho alemán, véase ROXIN, *supra*, nota 2 § 2, márgenes núms. 2 y ss., especialmente 9 y ss.; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2 § 3, márgenes núms. 10 y ss. Por el contrario, JAKOBS, «Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht», en *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Isensee ed., 1992, p. 38, hace hincapié en la garantía de las normas principales, que son indispensables para la subsistencia de una sociedad. Es improbable que este planteamiento sea diferente.

¹² JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, §1 I 1. pp. 2 y s.; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, márgenes núms. 11 y 19, ROXIN, *supra*, nota 2, § 2, márgenes núms. 29 y ss.

¹³ Así, por ejemplo, BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 19; ROXIN, *supra*, nota 2, § 2 XI, margen núm. 28, con referencias adicionales. JAKOBS, *supra*, notas 2, 1/12 y ss. se refiere a la «resolución del conflicto sin castigo».

La experiencia muestra, sin embargo, la necesidad del recurso penal: Por un lado, la contemplación pasiva por parte del Estado de un serio quebrantamiento del Derecho, dejando con ello a disposición de los individuos la validez del ordenamiento jurídico, representaría una suerte de renuncia al poder del Estado. Por otra parte, el peligro de hacer justicia por propia mano, a lo cual probablemente se llegaría si el Estado no reaccionase en absoluto frente a los delitos cometidos, sólo puede ser sorteado por medio de un sistema penal público¹⁴.

2. Aspectos especiales en Derecho penal internacional

El Derecho penal internacional¹⁵ se distingue del Derecho penal nacional no sólo en cuanto a su *campo de aplicación* (universal), sino también, en cuanto a otra categoría básica, esto es, en su limitación para proteger los *bienes jurídicos fundamentales* de los individuos y de la comunidad internacional¹⁶ (protección que incluso justifica, en gran medida, el reconocimiento del deber internacional de castigar)¹⁷. Si el Derecho penal internacional pretende ser reconocido como expresión de un sistema de normas universalmente válido, dada la mencionada relatividad del Derecho penal nacional, no puede partir de un determinado consenso valorativo de un círculo cultural específico, y confeccionar con arreglo a éste sus delitos. Por esta razón, el Estatuto de Roma sólo codificó los llamados «core crimes» (o *delitos esenciales*) como estándar mínimo del Derecho penal internacional contemporáneo¹⁸.

¹⁴ Vid. JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, § 8 I 2, pp. 64 y ss. Por tal motivo se pronunciarían contra el abolicionismo MERTE, RECHTSTAATLICHKEIT y GNADE, columnas 42 y ss. (1978); ROXIN. *Strafverfahrensrecht*, 326 (15.ª ed., 1979).

¹⁵ Con «Derecho penal internacional» nos referimos al Derecho penal sustantivo de carácter internacional que fundamenta directamente, esto es, incluso sin un acto estatal de transformación (artículo 59 II de la Ley Fundamental Alemana), la punibilidad de las personas físicas. Véase IPSEN, *Völkerrecht*, § 42, margen núm. 1 (4.ª ed., 1999), con referencias adicionales; JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, § 14 I, pp. 118-119, III, pp. 123-124; véase también AMBOS, 76 *Deutsche Richtzeitung*, 1998, pp. 251, 252-253; *id.*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlín, 2002, §1.I.

¹⁶ Véase también SAFFERLING, 4 *Austrian Review of International & European Law*, 1999, publ. 2000, pp. 126, 149 y ss.

¹⁷ Vid. ORENTLICHER, 100 *The Yale Law Journal*, 1991, pp. 2537 y ss.; ROHT-ARRIAZA, 78 *California Law Review*, 1990, pp. 449 y ss.; AMBOS, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, pp. 163 y ss.; *id.*, 37 *Archiv des Völkerrechts Menschenrechtsverletzungen*, 1997, pp. 163 y ss.; *id.*, 37 *Archiv des Völkerrechts (AVR)*, 1999, pp. 318 y ss.; *id.*, *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1999, pp. 66 y ss.

¹⁸ Se trata del crimen de agresión, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra (véanse los artículos 5 y ss. del Estatuto de Roma,

II. Poder punitivo nacional y supranacional

1. *El poder punitivo del Estado nacional*

¿De dónde obtiene el Estado la autoridad para hacer de un acto que él considera dañoso, un delito punible y, en consideración a ello, castigar al malhechor? Frente a esta interrogante, afirmamos que la potestad de castigar (*ius puniendi*) forma parte del poder del Estado¹⁹; que el Estado tiene la misión fundamental de crear e implementar un orden jurídico destinado a facilitar la coexistencia pacífica de las personas; y que el Derecho penal es una parte de dicho orden jurídico²⁰.

El que la titularidad y ejercicio de la potestad punitiva correspondiese únicamente al Estado, no se sobreentiende por sí mismo, sin un breve comentario al respecto²¹. Desde tiempos bíblicos, la clase gobernante careció de la autoridad necesaria para establecer y aplicar sanciones penales: el resarcimiento de la ofensa correspondía a la familia o clan agraviado²². De hecho, en un principio no hubo límites para quienes imponían estas «reparaciones» (esto es, para quienes tomaban venganza), tanto en relación con los objetos de la sanción (la venganza podía adoptarse no sólo en contra de los transgresores, sino también en contra de sus familias), como en relación con su medida («Caín debió ser vengado siete veces, pero Lamech 77 veces»)²³, todo ello, en

supra, nota 1). El último borrador de un código penal internacional redactado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas aún contenía una cláusula por separado que regulaba los crímenes contra las Naciones Unidas y personal asociado (incluida ahora en el artículo 8 (2)(b) (iii) del Estatuto de Roma); véase International Law Commission (ILC), Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission on the work of its 48th session, 6.5.-26.7.1996, UN-Dok. A/51/10, pars. 30 y ss. = 18 *Human Rights Law Journal*, 1997, pp. 96 y ss.; en relación a este punto véase AMBOS, 7 *European Journal of International Law*, 1996, pp. 519 y ss., con referencias adicionales.

¹⁹ JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, § 2 I 2, p. 11.

²⁰ MAURACH y ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner*, Teil I, § 6 I A, margen núm. 1 (8.^a ed., 1992); véase también HIRSCH, en *StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, margen núm. 2 vor § 46 (Jähnke, Laufhütte y Odersky, eds., 11.^a ed., pp. 1992 y ss., 18.^o suplemento, 1995).

²¹ Sobre el siguiente texto véase HOFFMANN, *Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht*, 1992, pp. 8 y ss.; ROXIN, *supra*, nota 2, § 3 I 1, margen núm. 2. Acerca de la evolución del castigo puede consultarse MAKAREWICZ, *Einführung in die Philosophie des Strafrechts*, 1906, pp. 214 y ss.

²² Esto es evidente en el Antiguo Testamento, así como en las leyes griegas clásicas en los tiempos de Solón (ca. 634-560 a. C.); *vid.* HOFFMANN, *supra*, notas 21, 12 y 28, con referencias adicionales.

²³ Génesis 4, 24.

ausencia de un examen público acerca de la procedencia y justificación de la pena. Sólo con la creciente autoridad de quienes ejercían el liderazgo comunitario fue posible limitar el ejercicio de la auto tutela, sometiéndola por una parte a un examen judicial previo²⁴, y limitando por otra parte la determinación de la pena a una medida equivalente (el llamado *ius talionis*: «ojo por ojo y diente por diente»)²⁵ para el delincuente específico²⁶. Finalmente, la punición misma fue separada del ámbito individual, desarrollándose como una función única del Estado.

2. *El poder punitivo de la Comunidad internacional*

La comunidad internacional se encuentra en la actualidad, donde el Estado-Nación se encontraba en los albores de su existencia: en la formación y consolidación de un monopolio de la fuerza en el ámbito del Derecho penal internacional, sobre cuya base se pueda fundar un *ius puniendi*. La comparación es forzada, en la medida que un monopolio supranacional de la fuerza, al menos a primera vista, parece menos urgente que uno nacional, puesto que los Estados nacionales, en cuanto sujetos de Derecho internacional, son llamados a implementar no sólo sus propios preceptos penales, sino también los internacionales. Lo anteriormente expuesto se ve también reflejado en los principales tratados internacionales en materia penal, los cuales usualmente carecen de disposiciones directamente aplicables, sino que más bien exhortan a los Estados Parte a implementar sus preceptos penales²⁷.

Por otro lado, la instauración de tribunales penales internacionales *especiales*, tales como el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda²⁸, implica el esta-

²⁴ Continuación de la ley draconiana (lo más probable alrededor del 620 a. C.). Véase HOFFMANN, *supra*, notas 21, 25, 29 con referencias adicionales.

²⁵ Levítico 24, 20. La costumbre, que hoy nos parece particularmente áspera, representa en su contexto histórico una limitación progresiva sobre la práctica previamente irrestricta de tomar venganza.

²⁶ Deuteronomio, 24, 16: «Los padres no serán muertos por causa de sus hijos, ni los hijos serán muertos por causa de los padres: todo hombre será muerto por motivo de su propio pecado».

²⁷ Para un ejemplo clásico de la aplicación descentralizada de las obligaciones criminales internacionales a castigar, véanse, por ejemplo, los artículos V y VI de la Convención sobre Genocidio de 9 de diciembre de 1948 (78 UNTS, 277).

²⁸ Sobre el fundamento legal del Tribunal de Yugoslavia (ICTY) véase, por ejemplo, HOLLWEG, en 48 *Juristenzeitung* (JZ), 1993, pp. 980, 984 y ss.; AMBOS, en 51 *NJW*,

blecimiento de una primacía jurisdiccional frente a la justicia nacional²⁹. La jurisdicción nacional depende con ello, del consentimiento del tribunal internacional competente³⁰. Dicha concepción se funda en la creencia de que un tribunal internacional establecido exclusivamente en razón de un conflicto específico se encontraría en mejores condiciones de enfrentar los delitos cometidos en dicho conflicto que un tribunal nacional, por cuanto este último —en virtud de una eventual identificación política, cultural o religiosa de sus integrantes— podría estar incluso directamente involucrado en dicho conflicto. Como esta consideración colisiona con el principio de la soberanía estatal, la CPI se rige en la materia por el principio de complementariedad: según el artículo 17 del *Estatuto de Roma*, la CPI sólo ejerce una jurisdicción subsidiaria, esto es, sólo goza de jurisdicción en aquellos casos donde los procesos penales nacionales no serían posibles o serían ineficaces³¹.

III. Sobre los fines de la pena³²

La función del Derecho penal no siempre ha estado vinculada a un propósito determinado, ni éste fue siempre entendido como «protec-

1988, p. 1044; *id.*, 18 *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1998, p. 123. En Internet: www.un.org/icty y www.ictj.org.

²⁹ Véase el artículo 9, par. 2 del Estatuto del ICTY: «El Tribunal Internacional tendrá primacía respecto de los Tribunales nacionales. En cualquier etapa del procedimiento el Tribunal Internacional podrá pedir oficialmente a los Tribunales nacionales que convengan en la competencia del Tribunal Internacional...». Para una perspectiva alemana de los problemas resultantes de esta disposición *cfr.* GRIESBAUM, 10 *Humanitäres Völkerrecht —Informationsschriften (HuV-I)*, 1997, pp. 127 y ss.—. En cuanto al desarrollo de las leyes internacionales sobre los procedimientos criminales véase SAFFERLING, *Towards an International Criminal Procedure*, 2001, *passim*.

³⁰ Éste fue el caso de los juicios por crímenes de guerra en la ex Yugoslavia ante el Oberstes Landgericht bávaro (51 *NJW*, 1998, p. 392; sobre este punto *cfr.* AMBOS, 18 *NStZ*, 1998, p. 138) y el *Oberlandesgericht-Düsseldorf* (juicio de 26 de septiembre de 1997, *AZ IV-26/96*; 2 *StE* 8/96); recientemente, AMBOS y RUEGENBERG, 5 *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs Report (NStZ-RR)*, 2000, pp. 193, 208. Para el caso Djajic véase SAFFERLING, 92 *AJIL*, 1999, p. 528. Respecto de un análisis general de la jurisprudencia alemana, véase AMBOS y WIRTH, «Genocide and War Crimes in the Former Yugoslavia before German Criminal Courts (1994-2000)», en *International and National Prosecution of Crimes under International Law-Current Developments*, p. 769 (Fischer, Kreß y Lüder, eds., 2001).

³¹ *Vid.* ZIMMERMANN, 58 *ZaöRV*, 1998, pp. 97 y ss.; AMBOS, 111 *ZStW*, 1999, pp. 182-183. Continúa siendo problemática la relación con formas alternativas de superación del pasado, como por ejemplo en Sudáfrica (sobre este punto véase *infra*, III.5).

³² El volumen de la literatura sobre este punto es enorme: véase, por ejemplo, JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, §§ 1, 8; JAKOBS, *supra*, nota 2, 1.^a y 2.^a secciones;

ción de bienes jurídicos afecta a un fin». El punto de partida de la discusión sobre el fundamento de la pena se identifica más bien con la existencia de dos planteamientos diferentes.

1. ¿Retribución o prevención?

La pena puede ser considerada como la justa compensación por el mal causado por un delito, en el sentido de una teoría de la *retribución*: «*punitur, quia peccatum est*»³³. Desde este punto de vista, la pena carecería de efectos secundarios, y con ello, de una significación u orientación hacia el futuro. En atención a que los defensores de esta concepción estiman que la pena debe ser impuesta únicamente en consideración al delito concreto y en el sólo interés de la justicia, sin atender a ninguna otra finalidad específica, se habla también de *teoría absoluta* o de teoría de la justicia. Por otra parte, también es posible atribuir a la pena una significación de anticipación, en la esperanza de que su imposición prevendrá la comisión de delitos similares en el futuro, en el sentido de una teoría de la prevención: «*punitur, ne peccetur*»³⁴. Sobre dicha idea descansan las *teorías relativas o utilitarias*³⁵, en cuanto instrumentalizan la pena para fines no relacionados con el delito efectivamente cometido (propósito de protección).

Puesto que ambas propuestas, consideradas por separado, conducen al parecer a resultados insatisfactorios, las interpretaciones conciliadoras exigen la *combinación* o *complementación* mutua de las ideas de retribución y prevención (las así llamadas teorías de la unificación o *unitarias*). Más adelante volveremos sobre ellas.

BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3; ROXIN, *supra*, nota 2, § 3; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 38 y ss.; HIRSCH, *supra*, nota 20, márgenes núms. 1 y ss., antes § 46; MAURACH y ZIPF, *supra*, nota 20, §§ 6-7. Sobre la concepción de la pena en la teología alemana *cfr.* KREUTER, *Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrechts*, 1997, pp. 93 y ss. HÖRMANN ofrece una perspectiva moral-teológica en *Lexikon der christlichen Moral*, www.stjosef.at/moralexikon/strafe.htm. Para una selección de textos históricamente significativos consúltese: www.jura.uniosnabrueck.de/prof/shulz/material-seiten/fs-mat-strafzweck.htm.

³³ La traducción libre sería la siguiente: «El individuo debe ser castigado porque infringió las leyes». Véase JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, § 8 II 1, p. 66.

³⁴ La traducción libre sería así: «El individuo debe ser castigado de modo que él y los demás ya no infrinjan las leyes». Sobre este punto véanse las referencias *supra*, n. 10.

³⁵ Conceptos que se analizan en BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 24.

2. *La relación entre la idea de la retribución y la noción de Justicia*

Las teorías absolutas se distanciaron de la noción de pena como venganza en tiempos de la Ilustración, durante el siglo XVIII. La pena debía restaurar la justicia, resarcir la culpa del transgresor y reestablecer el equilibrio roto por la perturbación del orden público³⁶. La concepción de que el Estado sería capaz de velar por la justicia en el ámbito terrenal sirvió de base para esta noción de retribución. Es, por así decirlo, el marco a través del cual ingresan diferentes representaciones de justicia, cuyas variedades y discrepancias culturales, religiosas e internacionales dificultan significativamente la formación de un consenso acerca de un grado justo de retribución³⁷.

Un claro ejemplo de este conflicto, es la cuestión relativa a la legitimidad de la pena de muerte³⁸. La aceptación de su inclusión en el Estatuto de Roma por parte de aquellos Estados donde ésta ha sido abolida sería tan difícil de lograr como lo sería la aquiescencia para su prohibición a través del Derecho internacional por parte de aquellos Estados donde existe una extensa práctica de la misma³⁹. Así, se redactó una nota a pie de página al artículo 80 del Estatuto de Roma⁴⁰, de conformidad con la cual, el Estatuto no afectaría (contradictorio) la práctica nacional.

Desde tiempos inmemoriales la humanidad ha tratado de encontrar una noción universalmente compartida acerca de lo que es justo o correcto. El modelo occidental representa sólo un segmento de las

³⁶ Sobre las posibilidades de llegar a semejante equilibrio *cfr.* JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, § 8 III 2, pp. 70-71; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, márgenes núms. 50 y ss.; MAURACH y ZIPF, *supra*, nota 20, § 6 II C, pp. 72 y ss. Quien quiera abundar sobre la *lex talionis* del Antiguo Testamento y la teoría retributiva de Kant y Hegel, así como sobre los llamados castigos reflexivos de la Edad Media, *vid.* ROXIN, *supra*, nota 2, § 3 I 1, márgenes núms. 2 y ss. Más recientemente WALTHER, 111 *ZStW*, 1999, pp. 123, 136, con referencias adicionales, ha criticado la exigencia de proporcionalidad entre el delito y el castigo como una «versión contemporánea» del concepto de equilibrio.

³⁷ JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, § 8 III, pp. 70-71. Se opone a esto, por supuesto, KÖHLER, *supra*, notas 32, 43, quien considera que el objetivo de esta propuesta es restituir la relación legal modificada.

³⁸ Para un estudio completo de este asunto véase SCHABAS, *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (2.^a ed., 1997).

³⁹ El gobierno de Ruanda criticó el Estatuto del Tribunal de Ruanda por no incluir la pena capital (ver al respecto AKHAVAN, 90 *American Journal of International Law*, 1996, pp. 501, 507-508).

⁴⁰ *Cfr. supra*, nota 1.

ideas existentes (el 11 de septiembre lo hizo brutalmente evidente), y si bien podría ser razonablemente aceptado por «humanistas ilustrados» o cristianos, podría del mismo modo ser ofensivo o ridículo, por ejemplo, para el sentido budista de justicia⁴¹. En este sentido, el significado «correcto» de justicia, en cuanto producto de un lento proceso sociocultural a cuyo término es posible establecer un orden jurídico equivalente —y al menos, en el caso ideal— respaldado por la mayoría de la población⁴², no puede ser impuesto a persona o cultura alguna.

3. *Las diversas funciones preventivas de la pena*

El que la función del Derecho penal sea vista como una efectiva protección de bienes jurídicos, nada dice acerca de la *forma* en que este objetivo ha de ser alcanzado⁴³. Es comúnmente aceptado entre las teorías utilitarias de la pena, el que ésta simplemente se limite a prevenir la comisión de futuros perjuicios a determinados intereses o bienes jurídicos; mas no así, al *resarcimiento* de delitos que ya han sido perpetrados. No obstante lo anterior, el referido efecto preventivo puede ser alcanzado de distintas maneras, según las circunstancias individuales de cada caso. Más aún, es menester tener presente, que el efecto preventivo de la pena (o su simple amenaza) exige una evaluación completamente distinta, según la naturaleza de los delitos específicos de que se trate (esto es especialmente importante en cuanto a la perspectiva del Derecho penal internacional, véase *infra* 4).

La teoría de la *prevención especial* aspira a obtener un efecto preventivo por medio de la influencia que se ejerce sobre el delincuente en tres estadios distintos. Por medio de la pena, se debe proteger a la comunidad del delincuente; disuadir al delincuente de cometer nuevos delitos; y durante el proceso de ejecución de la misma, resocializar al

⁴¹ Sobre la concepción occidental de la justicia véase, por ejemplo, la visión general de Zippelius. *Rechtsphilosophie*, §§ 11-22 (3.ª ed., 1994); sobre el pensamiento islámico puede consultarse a KHADDURI, *supra*, nota 6, *passim*. WALTHER, en 111 ZStW, 1999, pp. 111, 123 y 136, advierte con igual resultado de la dependencia de la idea de ser humano.

⁴² Respecto a este punto véase KHADDURI, *supra*, nota 6, p. 160. Él distingue entre la «justicia legal», que acepta una sociedad como algo que la obliga (esto es, la ley local en vigor), y la justicia filosófica y ética, que aún está en proceso de desarrollo y no ha logrado un consenso.

⁴³ ROXIN, *supra*, nota 2, § 3 I, margen núm. 1; MAURACH y ZIPF, *supra*, nota 20, § 6 I A, margen núm. 1; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 24.

delincuente en términos tales que permita evitar su reincidencia⁴⁴. Sobre el particular, es pertinente recordar —aunque sea brevemente— tres importantes críticas formuladas a este respecto en el ámbito del Derecho penal *nacional*, las cuales pueden ser relevantes en materia de Derecho penal internacional. En primer lugar, se debe mencionar la discrepancia entre la teoría y la práctica de la resocialización. Las expectativas —aún sin confirmación— depositadas en la posibilidad de prevenir la reincidencia del delincuente mediante programas terapéuticos apropiados, en la práctica han obtenido —por el momento— resultados bastante desalentadores⁴⁵. En segundo lugar, un planteamiento orientado exclusivamente en los propósitos de la prevención especial adolece de una limitación inherente a la severidad de la sanción penal. Finalmente, el reparo hegeliano⁴⁶ continúa gozando de validez: La educación forzada de un adulto sería contraria a la dignidad humana⁴⁷.

La teoría de la *prevención general* propone un efecto preventivo frente a la comunidad⁴⁸. Por una parte, la amenaza de una pena disuadiría a los potenciales delincuentes que integran una comunidad de cometer ilícitos penales (prevención general *negativa*); y por otra, fortalecería la confianza de quienes integran dicha comunidad en la capacidad de ejecución y vigencia del orden jurídico, y con ello, la fe de la misma en el Derecho (prevención general *positiva*)⁴⁹. Según esta teoría, la conciencia jurídica de la comunidad se concilia con el delincuente por medio de la pena, resolviéndose de esta manera el conflicto existente entre ambos (efecto de pacificación: el componente de la *prevención integradora* —*Integrationsprävention*— como parte de la prevención general)⁵⁰. Sin embargo, a fin de que la amenaza que importa la imposición de una pena sea considerada seriamente, en el caso de

⁴⁴ Sobre los tres aspectos de la prevención especial pueden verse las referencias *supra*, nota 10.

⁴⁵ También la Sala de 1.ª Instancia II del TPIY, *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, juicio de 22 de febrero de 2001, IT-96-23-T e IT-96-23/1-T, par. 844.

⁴⁶ HEGEL, «Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821)», en *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, vol. 2, siglos XIX y XX, pp. 58, 65 (Vormbaum, ed., 1993).

⁴⁷ Véase, por todos, ROXIN, *supra*, nota 2, § 3 I 2, márgenes núms. 16 y ss.; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, márgenes núms. 42 y ss.

⁴⁸ Sobre la teoría de la prevención general véase ROXIN, *supra*, nota 2, § 3 I 3, márgenes núms. 21 y ss., y JAKOBS, *supra*, nota 2, 1/4-16 y 1/27-34.

⁴⁹ JAKOBS es ilustrativo en este punto. *Cfr. supra*, nota 2, 1/5.

⁵⁰ Véase ROXIN, *supra*, nota 2, § 3 I 3, margen núm. 27, con referencias adicionales. No debe confundirse con ésta la función constructora de valores —cuyo alcance tiene muy probablemente sólo un grado reducido— de las leyes criminales. Véase, por ejemplo, GROPP, *supra*, nota 3, § 1 C I, margen núm. 75.

que esta fracase, esto es, frente a la comisión de un delito, es menester que la *imposición* y *ejecución* de la misma se efectúen de manera «pública y explícita»⁵¹. En este sentido, la pena es considerada como un mal que debe ser aceptado en nombre de la eficiencia. Así las cosas, serán víctimas del delito no sólo quienes han sido directamente afectados por éste, sino todos los que integran dicha comunidad, en cuanto confían que ningún delito quedará impune⁵². Con ello, el efecto deseado —y aquí radica la diferencia conceptual con la teoría de la retribución— no depende del *sufrimiento personal del delincuente*, sino más bien de una *compensación per se*, esto es, de la producción de una justicia «abstracta»: el sufrimiento personal del delincuente es aceptado simplemente en función de esta compensación, pero para la pena fundada en la idea de la prevención general, este no es un fin en sí mismo.

Las debilidades de la teoría de la prevención general son evidentes⁵³. Al igual que en el caso de la prevención especial, carece de una pauta que limite la duración de la pena. Del mismo modo, se podrían justificar penas excesivamente rigurosas, en función de sus claros efectos disuasivos. Finalmente, el individuo corre el riesgo de ser utilizado como medio para alcanzar un propósito social colectivo. En estos términos, el delincuente sería degradado a la condición de simple objeto de la persecución estatal de finalidades preventivas⁵⁴.

Las así llamadas *teorías de la unificación o combinación*⁵⁵ intentan evitar las desventajas de las teorías de la prevención especial y de la prevención general mediante un modelo unificado. Los penalistas alemanes Roxin y Jakobs abogan por una teoría «dialéctica»⁵⁶ o «com-

⁵¹ Cfr. HASSEMER, 30 ZRP, 1997, pp. 316, 318-319.

⁵² *Id.*

⁵³ Acerca de los juicios críticos sobre este punto véase ROXIN, *supra*, nota 2, § 2 I 3, margen núm. 31. Por su parte, JAKOBS rechaza por completo la prevención general negativa. Véase *supra*, nota 2, 1/28 y ss. («El resultado... inservible», a.a.O., margen núm. 32). También HIRSCH se muestra crítico sobre la similitud estructural entre la retribución y la prevención general en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr Geier der Universität Köln*, 1988, pp. 399, 425, con referencias adicionales.

⁵⁴ Consúltese HÖFLING, en *Grundgesetz. Kommentar*, artículo 1, márgenes núms. 13 y ss. (Sachs, ed., 2.ª ed., 1999), para la intención protectora del artículo 11 de la Ley Fundamental Alemana.

⁵⁵ Véanse las referencias proporcionadas por JAKOBS, *supra*, nota 2 1/n. 70. KÖHLER, por su parte, se muestra crítico desde una perspectiva metodológica. Cfr. *supra*, notas 32, 44. Sobre la ley angloamericana véase PRIMORATZ, *Justifying Legal Punishment* (1989).

⁵⁶ ROXIN, 6 JuS, 1966, pp. 377, 382-383; *id. supra*, nota 2, §3 I 5 a, márgenes núms. 37 y ss.

plementaria» de unificación⁵⁷. En general, consienten la pena únicamente con fines de prevención, rechazando la idea de la retribución. Por otra parte, estiman necesario limitar la intensidad de la pena sobre la base de la culpabilidad del delincuente, a fin de prevenir la utilización de penas disuasivas excesivamente rigurosas, por eficaces que estas pudiesen ser. De esta manera, le asignan a la noción de equivalencia contenida en las teorías absolutas una función estrictamente reguladora o de limitación de la pena, despojándola de todo contenido justificatorio.

4. *Los fines de la pena en el Derecho penal internacional*

Las diferencias culturales, religiosas o idiosincrásicas existentes en torno a la noción de justicia no deben ser sobreestimadas en el ámbito del Derecho penal internacional. En este estadio, nos encontramos más bien en presencia de crímenes graves en contra de bienes jurídicos fundamentales de la humanidad, los cuales difícilmente podrían ser aceptados por cultura alguna⁵⁸. En efecto, el que algunos Estados suelen impedir el castigo de tales crímenes se encuentra más bien vinculado a consideraciones políticas de poderío nacional, que a un rechazo de determinadas concepciones valorativas. A la luz de lo anterior, y a pesar de las continuas e irreconciliables discrepancias existentes entre diferentes culturas, es posible afirmar que la concepción de justicia no representa en si misma, un obstáculo insuperable para la persecución internacional de crímenes graves.

En este ámbito, al igual que a nivel nacional, se debe rechazar la *retribución* en cuanto fundamento o finalidad de la pena⁵⁹. Buscar la equivalencia al perjuicio sufrido en el caso de crímenes de masas resulta sencillamente impensable⁶⁰. No obstante lo anterior, los preceden-

⁵⁷ JAKOBS, *supra*, nota 2, 1/48 y ss.

⁵⁸ En este contexto el examen que se encuentra en PERRYS, en 19 *Human Rights Quarterly* (HRQ), 1997, pp. 461 y ss., es informativo en cuanto al desafío relativista respecto de un concepto universal de los derechos humanos. Con razón sostiene: «Los seres humanos son todos parecidos en algunos aspectos que permiten hacer generalizaciones tanto de lo que es bueno como de lo que es malo no sólo para algunos seres humanos, sino para todos los seres humanos» (471). Sobre el relativismo moral en el contexto de los juicios de crímenes de guerra véase el precursor artículo de BIRMINGHAM, en 24 *University of Pittsburgh Law Review*, 1962, pp. 132, 139 y ss.

⁵⁹ Véase JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, pp. 191-192 (el juicio como venganza).

⁶⁰ Véase JÄGER, en 76 *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV), pp. 259, 270 (1993), en referencia a la polémica crítica a los vere-

tes del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) le concedieron a la noción de retribución —frente a otros fines de la pena— un rol marcadamente preponderante, en términos tales, que ésta llegó a quedar en pie de igualdad frente a la *intimidación* general, esto es, a la prevención general negativa. Así, en el fallo más reciente de la Cámara de Apelaciones en Celebici se ratificó que los «principales fines para dictar condena... son la intimidación y la retribución»⁶¹.

A este respecto, merecen tener consideración las reflexiones formuladas por Roht-Arriaza⁶² en torno al efecto intimidatorio de la pena, en el caso de delincuentes institucionalmente obligados (cumplimiento de un deber): Como estos delincuentes son protegidos por su respectiva «fachada organizacional», todo intento de intimidación y resocialización estaría destinado al fracaso. A este respecto, sólo una reforma institucional podría ser de utilidad⁶³. Más aún, atendido el carácter excepcional de los delitos y delincuentes internacionales, la intimidación especial tendería a perder significación⁶⁴.

dictos en contra de los criminales de guerra nazis, que convierten «las matanzas individuales imputables a los acusados en unidades temporales de encarcelamiento [...] que sólo pueden darse en minutos».

⁶¹ Cámara de Apelaciones del TPIY, *Prosecutor vs. Delilac et al.*, juicio de 20 de febrero de 2001, IT-96-21-A, pars. 799 y ss. (806), con referencias adicionales; *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, *supra*, nota 45, pars. 838 y ss., donde se distingue entre refrenamiento o intimidación general y el especial. Véase también AMBOS y NEMITZ, *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, vol. 2, The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994.1999, pp. 835 y ss. (Klip y Sluiter, eds., 2001). Cfr. asimismo SAFFERLING, *supra*, nota 16, en las pp. 135 y ss. (139), quien, siguiendo a Andrew von Hirsch, considera que la finalidad del castigo nacional consiste, *inter alia*, en la expresión de «una desaprobación moral» (censura) y transfiere esta idea al nivel internacional (pp. 156 y ss.). Por otra parte admite que, por lo menos en el mundo occidental, «los sentimientos de venganza prácticamente se han extinguido» (pp. 162-163).

⁶² ROHT-ARRIAZA, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, 1995, p. 14.

⁶³ *Ibid.*, p. 15: «Con todo, en el caso presente estas actitudes no son ni personales ni aberrantes, sino que más bien se inculcan deliberadamente en un ambiente institucional como parte de una misión más amplia, por ejemplo, la de la seguridad nacional, que incluso puede considerarse válida. En este contexto la rehabilitación significa la reforma institucional». Véase también MALAMUD-GOTI, 12 *HRQ*, 1, 10 (1990). Para un planteamiento parecido puede consultarse también a LIMBACH, 4 *Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift (DtZ)*, pp. 66, 69 (1993), quien interpreta el concepto «solidaridad y culpabilidad» de la Iglesia protestante alemana (1945) en el sentido de que las personas que fueron culpables de uno u otro modo actuaron a menudo creyendo que obraban de acuerdo con su país y su sociedad.

⁶⁴ Cfr. *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, *supra*, nota 45, pars. 840, 843. Consúltese asimismo SAFFERLING, *supra*, nota 16, p. 137.

A pesar que la jurisprudencia de dichos Tribunales hace referencia a distintas finalidades de la pena, éstas desempeñan para ellos un rol ciertamente secundario. Esto quedó de manifiesto en el referido proceso, en lo que a la *prevención especial* bajo la modalidad de la *rehabilitación* respecta, cuando la Cámara de Apelación de Celebici rechazó contundentemente la apelación interpuesta por el acusado Mucic: «...si bien la rehabilitación... debe ser considerado como un factor relevante, no es de aquellos que deban recibir una consideración desmedida»⁶⁵. Esta opinión contrasta radicalmente con el artículo 10 (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). A este respecto, no es incorrecto afirmar que las teorías contemporáneas acerca de los fines de la pena no han recibido una ponderación adecuada por parte de los Tribunales *Ad hoc*⁶⁶. Por otra parte, dichos Tribunales parecieran no apreciar el valor de la retribución y de la disuasión como una exigencia de resarcimiento por parte de la comunidad internacional, sino que más bien, como expresión de su determinación por evitar la impunidad de estos crímenes⁶⁷. En este sentido, es posible identificar una aproximación más positiva —nuevamente en la reciente decisión Celibici— cuando la imposición de condenas apropiadas, esto es, de condenas que reflejen adecuadamente la totalidad de la conducta criminal y de la culpabilidad individual⁶⁸, es considerada como necesaria para la restauración de la confianza pública en la integridad de la administración de justicia penal⁶⁹. Este razonamiento puede ser interpretado como expresión de una cierta proximidad a la teoría de la prevención integradora, desde el momento que, tanto estos crímenes como sus autores específicos, son situados en el contexto más amplio de la lucha internacional contra la impunidad y de la búsqueda de la justicia y la paz para la comunidad mundial considerada como un todo.

⁶⁵ *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, nota 61, par. 806; así también *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, *supra*, nota 45, pars. 844, 857.

⁶⁶ Véase también *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, *supra*, nota 45, par. 837: «Sea cual fuere el nombre por el que sea conocido...».

⁶⁷ Véase la Cámara de Juicios del ICTY II, *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, juicio de 14 de enero de 2000, IT-95-16-T, par. 848; asimismo Cámara de Apelaciones del ICTY, *Prosecutor vs. Aleksovski*, juicio de 24 de marzo de 2000, IT-95-14/1-A, par. 185; fue concurrente *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, *supra*, nota 45, par. 841. Para juicios anteriores consúltese AMBOS y RUEGENBERG, 5 *NSIZ-RR*, 2000, pp. 193, 200, 206.

⁶⁸ *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, nota 61, pars. 429-30, 755, 769, 771, 847; fue concurrente *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, *supra*, nota 45, par. 856.

⁶⁹ *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, nota 61, par. 756. Para un efecto preventivo de la jurisprudencia de los tribunales puede consultarse también a AKHAVAN, 95 *AJIL* 7, 2001, pp. 9 y ss. y 30.

La necesidad de sancionar crímenes internacionales fue vinculada tempranamente con distintos aspectos *preventivos*. Así, durante 1952, Jescheck identificó en los juicios de Nuremberg ideas de prevención general, tanto en un sentido positivo (mantenimiento del respeto al Derecho), como en uno negativo (disuasivo)⁷⁰. Con todo, las consideraciones clásicas de la prevención especial o general, basadas en un orden jurídico nacional, no son susceptibles de ser transferidas fácilmente a la punición de crímenes internacionales⁷¹. A este respecto, es posible afirmar con cierta certeza, que una teoría internacional sobre los fines de la pena aún se encuentra en vías de desarrollo. No obstante lo anterior, esto no quiere decir que la persecución de crímenes internacionales —tanto a nivel nacional (por parte de terceros Estados), como a nivel internacional— no pueda hallar justificación en su eventual efecto disuasivo (general). El caso Pinochet⁷², al menos, pareciera haber puesto fin al deseo de viajar de otros ex-dictadores latinoamericanos o de otras nacionalidades. En todo caso, y en ausencia de un orden penal internacional en funcionamiento, pareciera ser que el propósito de castigar por medio de tribunales penales internacionales se encuentra más bien identificado con un efecto de prevención general positiva, entendida ésta en el sentido de efectuar una *contribución al establecimiento y consolidación de un orden jurídico internacional (penal) de valores comunes*⁷³. Este futuro orden penal internacional difi-

⁷⁰ Cfr. JESCHECK, *supra*, nota 59, pp. 194-195 y 302 y ss. (con notas y referencias de varios juicios). No obstante también indica que el fracaso del castigo a los vencedores obstaculiza el refrenamiento (195) y que aún no se ha desarrollado el conjunto común de valores respecto de lo deseable que pueda ser el castigo de ciertos tipos de conducta.

⁷¹ Tocante a este punto véase AMBOS, 79 *KritV*, 1996, pp. 355, 365. No está convencido a pesar de todo JÄGER, 1 *Kritische Justiz (KJ)*, pp. 143, 147 (1968/69), quien más adelante se inclina sin embargo hacia el reconocimiento de un efecto preventivo general, 76 *KritV*, 1993, pp. 259, 271.

⁷² Véase AMBOS, 54 *JZ*, 1999, p. 16; *id.* 54 *JZ*, 1999, p. 564; *id.* 4 *Revista Penal* (España), 3 (1999); International Commission of Jurists, *Crimes against Humanity. Pinochet Faces Justice*; ARÁN y GARRIDO (eds.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet* (2000). Cfr. también NICHOLLS, 41 *Virginia Journal of International Law* (Va. J. Int'l L.), 2000, p. 140; BYERS, 10 *Duke Journal of Comparative and International Law* (Duke J. Comp. & Int'l L.), 2000, p. 415; HOROWITZ, *Fordham International Law Journal* (Fordham Int'l L.), 1999, p. 489.

⁷³ Cfr. TRIFFTERER, «Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum», en 70 *Geburtstag*, vol. 2, pp. 1477, 1502 (Vogler *et al.*, eds., 1985); FRANZ, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dem Völkerrecht* 32 (1996); HOLLWEG, 48 *JZ*, 1993, p. 980; WERLE, 110 *ZStW*, 1997, pp. 808, 822 y ss., quien subraya además el efecto satisfactorio de los juicios criminales internacionales, en los que se reconoce la pasada maldad y se individualiza la culpabilidad. Véase asimismo AMBOS, 79 *KritV*, 1999, pp. 355, 366-367.

cultaría —en el largo plazo— la comisión de crímenes internacionales, por medio de un sistema de ejecución de sanciones penales, que por lo mismo, podría desarrollar efectos (generales) de disuasión. En todo caso, la creciente determinación de la comunidad internacional de combatir crímenes graves contra la humanidad mediante la utilización de medios militares apunta precisamente en esa dirección.

En cuanto a la justificación del castigo de criminales nazis que mientras tanto se habían integrado a la sociedad, es posible afirmar que⁷⁴ la impunidad no sólo ofendería la conciencia jurídica (ficticia) de la población, sino que también conduciría, sobre la base del principio de igualdad de trato, a la impunidad de todos los delinquentes que dejen de presentar un riesgo o peligro de reincidencia⁷⁵.

5. Opciones alternativas a la reacción penal (pura)⁷⁶

No es posible concluir un análisis acabado sobre los fines de la pena en el ámbito del Derecho penal internacional sin prestar atención a los importantes esfuerzos, que en materia de resolución alternativa de conflictos han sido llevados a cabo, atendida su capacidad de alcanzar —incluso de mejor manera— los propósitos de la pena perseguidos por la mera reacción penal. En este contexto, la Comisión de Verdad y Reconciliación sudafricana (*Truth and Reconciliation Commission, TRC*) es un ejemplo a seguir⁷⁷: mediante la renuncia a la punición de

⁷⁴ ROXIN, *supra*, nota 2, § 3 I 2, márgenes núms. 19 y § 3 I 5 b, margen núm. 43; *id.* 6 *JuS*, 1966, pp. 377, 383. Piensa de manera similar JÄGER, 1 *KJ*, pp. 143, 148-149 (1968/69), con una referencia a la credibilidad de la justicia criminal.

⁷⁵ De manera similar piensa LIMBACH, 4 *DtZ*, 1993, pp. 66, 71, respecto del contexto de la injusticia en la RDA. JAKOBS, *supra*, nota 11, 42, hace hincapié en la estabilización de la norma cuando sostiene que el castigo de los delinquentes nazis fue necesario a fin de restablecer un sistema estable basado en el imperio de la ley. De aquí se sigue, con seguridad, la renuncia al castigo en un *Rechtstaat* estable, como en el caso del crimen de Estado en la RDA.

⁷⁶ Para un análisis legal comparativo del papel de la ley criminal a fin de hacer un ajuste de cuentas con el pasado, véase ARNOLD, 6 *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, 1998, p. 140; puede consultarse asimismo ESER/ARNOLD (eds.), *Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes*. International Colloquium Freiburg, 1999, *passim*, 2000. *Cfr.* también KREUTER, *supra*, nota 32, particularmente sobre las opciones, pp. 110 y ss. Por el contrario, WALTHER, 111 *ZStW*, 1999, pp. 123, 133 y ss., está a favor de la complementación del castigo y de las medidas mediante un tercer tipo de condena, la «medida legal criminal», que se ajusta a las compensaciones en el contexto de la ley criminal.

⁷⁷ *Cfr.* WERLE, 29 *Verfassung und Recht in Übersee (VRÜ)*, 1996, p. 58; ASMAL, en *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 465 (Hankel y Stuby, eds., 1995); MAKUE,

actuaciones políticamente motivadas (!) —condicionada a la confesión pública y detallada de sus autores— se buscó la reconciliación de la sociedad como un todo, no por medio de la persecución penal, sino primordialmente, por medio del descubrimiento de la verdad, como asimismo, y en el mejor de los casos, mediante el arrepentimiento de los transgresores y el perdón de sus víctimas. Del mismo modo, las audiencias públicas y la compensación a las víctimas o a sus familiares, así como el esclarecimiento más amplio posible del trasfondo del injusto estatal, habrían de contribuir decididamente a este propósito.

Desde ese punto de vista, atendidos sus efectos de largo plazo en materia de reconciliación, incluso se podría identificar un efecto disuasivo en el sentido de la prevención integradora (por lo demás, idea que suele ser la principal motivación de las diversas «comisiones de verdad»)⁷⁸. Por cierto que tal efecto no agrega nada a la punición en el contexto de la reacción penal pura; pero ofrece frente a ésta, una suerte de «efecto secundario» de tal entidad, que la imposición y ejecución de una pena —al menos en el contexto de ésta lógica— incluso podría llegar a ser superflua. El esclarecimiento y el descubrimiento de la verdad, el establecimiento de hechos históricos (como asimismo, la identificación de los responsables de un régimen inicuo, con el objeto de impedirles la apropiación de posiciones clave después de un cambio de sistema)⁷⁹ podrían alcanzarse con independencia de un proceso penal, e incluso, con mayor eficacia que en estos, por ejemplo, mediante el ofrecimiento de incentivos de cooperación a los transgresores (*verbigracia*. promesas de amnistía). En tales caso, nos adentramos sin embargo en un ámbito donde el Estado de Derecho y el principio de un juicio justo pueden ser seriamente vulnerados. En este contexto, y sólo a vía de ejemplo, bien podría suscitarse la cuestión acerca de si la declaración «voluntaria» del delincuente, hecha con la expectativa de una amnistía, puede ser posteriormente utilizada en un proceso penal, en el caso que ésta sea finalmente denegada⁸⁰.

en *Straflosigkeit, Gerechtigkeit, Vergebung: Christliche Wege zur Versöhnung?*, p. 35 (Collett *et al.*, eds., 1996). Sobre la compatibilidad de las regulaciones de amnistía y la Constitución sudafricana *cfr.* VENTER, 56 *ZaöRV*, 1996, p. 147. Consúltese también www.truth.org.za con vínculos con el reciente informe de la Comisión.

⁷⁸ Sobre el descubrimiento de la verdad como requisito previo para el perdón y, por tanto, también de la reconciliación, véase KREUTER, *supra*, nota 32, pp. 380-381.

⁷⁹ *Cfr.* JÄGER, 1 *KJ*, 1968/1969, pp. 143, 149. Este problema surge después de cada cambio de sistema y requiere de un equilibrio entre la «justicia» sustantiva para las víctimas, la marginación exagerada de los delincuentes y las exigencias prácticas de la situación histórica concreta.

⁸⁰ Son interesantes en este contexto las experiencias de la Comisión de la Verdad Sudafricana (véanse las referencias en la nota 77).

El éxito de estos enfoques alternativos es en verdad difícil de predecir (más aun, cuando la ventura de los mismos se encuentra estrechamente vinculada al prestigio o influencia de quienes integran estas comisiones, como sucede en el caso sudafricano con Nelson Mandela y el obispo *Tutu*); sin embargo, si éstos se encuentran fundados en un amplio consenso social y los criminales no reciben una amnistía general —como en parte sucedió en América Latina—⁸¹ no son menos promisorios que los intentos de reconciliación por medio de una «rigurosa» persecución penal. Lo anterior, es especialmente relevante en ausencia de condiciones fácticas o jurídicas para detener y juzgar a los responsables en un proceso justo.

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores, la renuncia a la persecución penal en el ámbito del Derecho penal internacional no sólo reconoce ciertos límites⁸², sino que debe ser directamente rechazada, cuando se trata de una renuncia incondicional decretada por los propios transgresores en beneficio propio. En este contexto, es útil destacar la trascendencia que detenta la reacción penal pura en materia de satisfacción y reparación de las víctimas y de la sociedad, atendida su función de esclarecimiento y descubrimiento de la verdad⁸³. Así las cosas, es precisamente en ausencia de ambos remedios, cuando la necesidad de una prosecución penal internacional, sea por medio de la CPI, sea por medio de un enjuiciamiento penal descentralizado a través de terceros Estados (como sucedió en el caso Pinochet), asume un carácter particularmente apremiante.

Conclusión

Las funciones y fines del Derecho penal nacional no son susceptibles de ser fácilmente transferidas al Derecho penal internacional. Sin perjuicio de lo anterior, las similitudes entre ambos planos son inequívocas⁸⁴. Mientras el Derecho penal nacional sirve a la pacífica convivencia de las personas dentro de un Estado, el Derecho penal internacional persigue esta finalidad cruzando las fronteras, y sólo en el evento de graves violaciones a los derechos humanos o grandes amenazas a la paz y seguridad de la humanidad. Por otra parte, mientras

⁸¹ Vid. NOLTE (ed.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*, 1996, *passim*; Ambos, 29 *VRÜ*, 1996, p. 465.

⁸² Véase *supra*, nota 16, con más referencias.

⁸³ En este sentido se manifiesta JÄGER, 76 *KritV*, 1993, pp. 259, 271-272.

⁸⁴ SAFFERLING contempla un vínculo más próximo entre los niveles nacional e internacional. *Cfr. supra*, nota 16, en particular en la p. 161.

el Derecho penal nacional pretende generar el mismo efecto, tanto para el individuo como para la sociedad en su conjunto, el Derecho penal internacional sirve más bien, atendidas las especiales características de sus delitos y de quienes los ejecutan, al propósito de crear una conciencia jurídica universal; esto en el sentido de una prevención general positiva e integradora que llama a la reconciliación, con el reconocimiento de que no se renunciará a la esperanza de alcanzar un efecto de prevención general negativo, *esto es*, a la consecución de una disuasión general íntegra.