

Tema III: Cuestiones de Política Criminal en la legislación penal.

Título: “Política criminal: Aproximación desde el Derecho Penal Internacional”

Autor: Fernando M. Machado Pelloni

Asociado de Derecho Penal I, U. del Salvador.

ABSTRACT

El trabajo pretende mostrar, sin un pretensión de agotamiento, la realidad de los ordenamientos comparados, en la medida que reflejan, no sin pocas dificultades, respuestas de política criminal frente a fenómenos concretos de hechos punibles que trascienden hoy cualquier Derecho interno.

La circunstancia comprobada que envuelve a que distintos tráfico y los producidos de su comercialización no reconocen fronteras, como así también que la pluralidad de agentes involucrados en los múltiples actos tengan tan divergentes nacionalidades, es razón más que suficiente para que, a nivel internacional pero, fundamentalmente, a nivel regional, los Estados asuman el compromiso de elaborar un plan común de acción, que pueda tenerse como respuesta ajustada a la transnacionalidad de los comportamientos y de las personas que convergen en ellos.

Europa ha elaborado un plan que pretende hacer las veces de escudero del desarrollo de su Unión. Esto se planificó y responde a un proceso de lenta a moderada evolución. Lo que se recoge de esta experiencia es que se tuvo en claro que manifestaciones transnacionales como el lavado de activos pondría en peligro el presupuesto de los Miembros, así como el afianzamiento de los vínculos entre estos (p.ej. no podría prohibirse algo en Alemania y ser, a su vez, aceptado sin más consecuencias por el Reino de España). Si debía encontrarse un lugar común a esto, lo que también resulta es que, tan ambiciosas pretensiones no deben hacer olvidar que, como cualquier programación, ajustar hasta el más mínimo detalle cuenta (y no olvidar así, p.ej., trazar un supuesto reglado de tentativa).

En sintonía a lo ya expresado, existe otro costado convencional a nivel de Derecho Internacional Público, que implica también diseñar instrumentos óptimos en pos de la cooperación internacional. Sin una merma de garantías, con amplio espectro de facultades jurisdiccionales internas para su resguardo, la experiencia europea de crear un tendido de área única para personas requeridas, puede ser seductora. No digo copiarlo. Sostengo estudiarlo y ver que posibilidades de implantación desarrolla, atendiendo a las realidades distintas de América del Sur, y en ella, a las de sus diferentes Estados.

Otro aspecto, no menor, es llevar a la agenda interna e integral regional preceptos de terrorismo. Brevemente intentado, aquí se persiguió dejar sentado que como problema estatal registra, por así decirlo, “antecedentes”. Lo que distingue su *aggiornamento* está

asociado en la posmodernidad con la inconveniencia (porque nadie va a dudar del costado de conveniencia) en el uso de las nuevas tecnologías. Ello se da aquí y también en otros hechos que alcanzan y cuentan con cruzar las fronteras de innumerables países. Creo pues que la tipicidad que se trace debe ceñirse a esta realidad que no ha de ser igual a un acto tradicionalmente típico con multiplicidad de resultados, por citar un caso.

Tampoco esta presentación estima favorablemente, como medida de respuesta, la inflación del catálogo por tipos de actividad o asociación. Siguiendo a la escuela napolitana, estas figuras suelen ser inútiles para estructuras organizadas (donde comanda, “el sujeto detrás de”) criminales. De igual modo, objeto que la elaboración de respuestas incluya una excepción o muchas excepciones al Derecho Penal liberal. No las acepto porque consentir una, ha importado siempre mucho más.

Finalmente, se hace mención a una incorporación en el Derecho interno de la materia de ciertos instrumentos internacionales, que mencionan hechos de relevancia a la comunidad mundial. La Argentina ha adherido a ellos y ha sido evidente su compromiso con el juzgamiento de aquellos y la asignación de culpabilidad y responsabilidad a los autores y partícipes en ellos. Por razones no menores de su propia Historia constitucional, en paralelo a la Historia de los principios del Derecho Penal liberal, actualmente se suscitan conflictos profundos entre la persecución y el castigo, y el reconocimiento -también a los que niegan el Estado de Derecho (o de Justicia)- de valores elementales que a víctimas del terrorismo de Estado no se les han reconocido. Esta situación, por supuesto tampoco el antecedente que la genera, no debemos repetirla. Ello asume el compromiso de ajustar el Derecho interno a estas convenciones. En tal sentido, el actual Anteproyecto de Código Penal tiene un mensaje muy claro al anteponer en la Parte Especial estos hechos y también hacer un ajuste a las pautas con las que se ha de manejar la aplicación espacial de la Ley Penal.

Aunque hace a una descripción iusfilosófica de un trasfondo mayor a la del Encuentro, de todo el conjunto de temas abordados, subyace en la presentación que parte de ellos, y que hacen a la agenda de política criminal, podrían contenerse al menos en la teoría de Rawls, con mayor solidaridad de los países desarrollados hacia los subdesarrollados.

SUMARIO:

I. Política Criminal y Derecho Penal supranacional.- II. El crimen organizado transnacional.- III. El terrorismo en particular.- IV. Armonización del derecho interno, *Corpus iuris*, cooperación pannacional y derechos fundamentales.- V. Los crímenes de lesa humanidad y el Estatuto de la Corte Penal Internacional.- VI. Hacia el futuro

I. POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL SUPRANACIONAL (1)

En este trabajo trataré de abordar las diferentes cuestiones penales que, en mi opinión, son objeto de actual preocupación por parte de la comunidad internacional y que deben hacer eco en lo interno; asuntos que si bien, como dato en común, han llevado a los

Estados -interesados por la seguridad de sus habitantes- a adoptar políticas determinadas, por sus distintos matices merecen un análisis diferenciado.

Por un lado podríamos agrupar a los hechos que, sin serlo en un primer momento, resultan ser hoy parte del gran problema transnacional de los *delicta iuris gentium*, como lo es el crimen organizado, en sus máximas expresiones. Ello, a su vez, toma dos niveles más de análisis. En efecto, además del difícil proceso de armonización en cuanto a las legislaciones de carácter sustantivo relativas al tema, debe adicionársele el sendero iluminado por la cooperación internacional entre los Estados a nivel procesal (lógicamente, gestado a la luz del Derecho Internacional Público), a efectos de poder aplicar la ley penal en cuanto a tal delicado tema (2) . Todo este esfuerzo asume, por si fuera poco, un desafío mayor aún, pues como señalara Silva Sánchez, "[...] no es sin embargo suficiente si no se trabaja simultáneamente en una construcción supranacional relativamente homogénea del sistema de Derecho Penal, de los conceptos y categorías de la teoría jurídica del delito" (3) .

Mi interés aquí, para apreciar la relevancia de esta primera asociación, radica en que si bien en la Unión Europea todos los países tienen una legislación acorde sobre lavado de dinero, en la diversidad terminan por restarle eficacia al sistema penal, de ahí la justificación -en un importante sector dogmático- de un *Corpus iuris* que proteja la integración comunitaria (4) . Y si bien es cierto que los delitos-tipos que éste contiene en su catálogo tienen directa e inmediata conexión con el proceso político de unión e integración y la salvaguarda del presupuesto supranacional, no es menos cierto que una gestión tal debe contar con una válvula penal si no quiere fracasar desde su puesta en marcha por los distintos Estados miembros que la encarnan. Si esto parece adecuado allí, podría pensarse, por su parte, y en lo que hace al Mercosur, en algo análogo respecto de lo que supere ampliamente al Derecho Penal territorial propio de sus países (piénsese en el contrabando de obras de arte, tabaco, estupefacientes y automotores, blanqueo de capitales, trata de blancas, tráfico de niños, de órganos y animales silvestres, etc. (5)).

Además, dentro de este primer grupo no puede estar ausente el árido tema del terrorismo. Su práctica conspira contra la paz y la seguridad común de la comunidad global. Ello queda en evidencia (para el que por entonces lo dudara) tras el atentado del 11/9/2001 en la ciudad de Nueva York -trágicamente confirmado en los sendos ataques en la capital del Reino de España e Inglaterra-, y así lo ha puesto de resalto el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el dictado de su resolución 1368, en donde exhorta a sus miembros a redoblar esfuerzos para prevenir y suprimir los actos de terrorismo mediante el incremento de la cooperación y la plena implementación de las más relevantes convenciones internacionales antiterroristas, así como las resoluciones emanadas por ese órgano a esos fines (6) .

A lo anterior, conforme adelantara, deberá sumársele el otro andarivel de estudio. Como bien sostiene Rozo Acuña, "[...] si buena parte del crimen organizado es hoy transnacional, su lucha también debe serlo" (7) . A su vez, y en este sentido en particular, es menester adelantarlo, no todo es objeto de eficiencia en la prevención y represión del delito; los derechos fundamentales deben servir de guía y marcar un límite infranqueable para la persecución penal en el concierto de los Estados. Así, entonces, el cuadro de situación requerirá de un adecuado balance entre aquéllos y lo que resulte del principio de cooperación panamericana y las obligaciones asumidas por los países en uno y otro sentido (8) .

En una agrupación diferenciada de la tratada en primer lugar, a su vez, pueden encontrarse hechos con características muy distintas de las mencionadas anteriormente. Caen aquí gravísimas formas de criminalidad, tipificadas en el tratado firmado en Roma

en 1998, donde se crea también la Corte Penal Internacional, nuevo órgano competente en la misión de juzgarlas. La República Argentina -por la ley 25390 (9) - ha aprobado el Estatuto de Roma del Tribunal Supranacional y la competencia ya referida a este órgano de justicia. En cuanto a los delitos, como se adelantó, el documento hace especial referencia al genocidio, a los crímenes de guerra, a los crímenes contra la humanidad y - en un futuro- al crimen de agresión, todavía a definir (10) .

Si lo que se entendía tradicionalmente por delitos que lesionaban bienes jurídicos comunes era relacionado con su ejecución en lugares no sometidos a jurisdicción de un Estado en concreto, fácil es deducir que las violaciones masivas a los derechos fundamentales son un tema axiológico distinguido de la histórica aplicación de la ley penal a hechos cometidos en el exterior (11) . Por ello las meditaciones que se generen no pueden asociarse a casos como, por ejemplo, de daños en cables submarinos.

Naturalmente, ya sea tanto sobre las violaciones masivas a los derechos fundamentales como en los actos de terrorismo, se deben estudiar las nociones actuales y, en consecuencia, realistas del *ius gentium*. Un enfoque como el de John Rawls permite reflexionar en la cuestión y notar que los grandes males de la historia de la humanidad, como ser guerras injustas y opresión, persecuciones religiosas y negación de la libertad de conciencia, el hambre y la pobreza generalizada, por no mencionar el genocidio, siguen a políticas injustas, de gran crueldad. En estrecha unión a lo anterior, entonces, aunque exceda -de algún modo- el marco específico del Derecho Penal Internacional, deberá recogerse que la eliminación de esas políticas injustas por otras justas en lo social -decentes o más apropiadas, al decir del autor-, sumado ello a instituciones básicas, haría que los grandes males disparados desde allí eventualmente desaparezcán (12) .

Como este estudio fue pensado como provocación a la reflexión, trataré de volver sobre todos estos puntos.

II. EL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

La criminalidad organizada internacionalmente puede exteriorizar un hecho punible de formas poco convencionales. Ésta es una característica de su propia existencia a la que cabe agregar "estructura" y, siguiendo elementos aportados por la experiencia de Naciones Unidas, la infracción de -cuanto menos- la legislación interna de dos Estados (13) .

A diferencia de lo que acontece frente al autor de un hecho punible común, ejemplo docit, en el caso de blanqueo de capitales, las distintas operaciones que se dirigen hacia su consumación asumen, en rigor -por lo general-, el cumplimiento de todos los pasos previstos en un ordenamiento dado respecto del acto jurídico (de un objeto caracterológicamente lícito) con que se lo pretenda ocultar. Su rostro, en consecuencia, no aparece como señal de delito.

El caso del lavado de dinero, dada su dimensión extranacional, demanda una política gestada por los Estados más allá de los instrumentos concebidos internamente en pos de una armonización en común (14) ; esto, al menos, si se esperan resultados de prevención, o incluso de represión, de razonable suceso (15) . La idea que guía una acción en tal sentido es la eliminación de áreas geográficas ideales para el desembarco de capitales "sucios", al tiempo de impactar contra patrimonios acumulados por operaciones de origen delictivo.

El circuito económico, operado generalmente a través de una entidad bancaria con conexiones en el exterior, permitirá que el giro de capitales, sus inversores, los orígenes, etc. vayan perdiéndose poco a poco, hasta que, por fin, un paraíso con un estricto

secreto bancario lo reciba y, eventualmente, vuelva a permitir su salida o reinserción dentro del circuito económico y financiero del mismo, otro, u otros países, lo que terminará impactando en el Producto Bruto Interno (PBI.) del respectivo Estado, justamente, con la salvedad de que no provienen de actividad comercial lícita (16) . Alteraciones en el mercado de capitales, con posiciones competitivas que resultan anormales en el desarrollo de las relaciones comerciales, es uno de los signos del problema enfocado. Lo curioso de esta realidad es que en la mayoría de las ocasiones la sociedad -por lo general- apenas alcanza a advertir el potencial destructivo del fenómeno a nivel macroeconómico, pues también incide en el balance del Estado como déficit (17) .

En lo que hace a la economía del crimen organizado, preocupa -entre otras variables- el emprendimiento de producción y comercio de bienes y servicios prohibidos. Señalé antes, cuando dejé planteado el problema y su desarrollo en el Mercosur, los hechos punibles que se presentan como más sugestivos en cuanto a la adopción de un modelo penal en común para todos los países que lo conforman (18) . La justificación de tal empresa comunitaria obedece a la necesidad de hacer frente a la actividad redistributiva en donde se cubre y protege lo facturado por las operaciones objeto de prohibición (19) . En efecto, la gran fortuna que depara el crimen organizado es inutilizable si no se la "lava", y de ahí, en suma, que hacerle frente implica detener la "infiltración criminal" (20) .

Cuatro parecen ser la direcciones adoptadas para el progreso de la economía criminal que -al parecer de Trevisson Lupacchini- deben tenerse presente en tal sentido. Primero -en lo más sencillo-, la inversión en bienes inmobiliarios, que termina por tomar buena parte de los más grandes procesos de urbanización. Segundo, la puesta en marcha de empresas legales pero funcionales a la actividad criminal, "instrumental" a su funcionamiento. En tercer lugar está la oportunidad de realizar una gestión legal con el único objeto de obtener ventajas igualmente permitidas. Y, finalmente, la adquisición de instrumentos financieros -más difíciles de confiscar, en cuanto logran mayor éxito en la conservación del anonimato-, o la directa financiación de gestiones para tomar control de situaciones empresariales en crisis económicas, aun cuando las personas jurídicas no tengan directa incidencia sobre la organización criminal (21) . Ocupa aclarar que la mecánica repasada también puede reconocer a la combinación de las tres fases en el procedimiento de blanqueo, las que responden, en orden programado, a la ocultación del origen, su enmascaramiento y, de última, su integración (22) .

Lo que acaba de exponerse no es otra cosa que el complemento de la transnacionalidad generada por los delitos que alimentan la economía criminal. Piénsese que en el tráfico de drogas y armas -para limitarme a casos obvios- involucra el paso exitoso por muchas fronteras, además del empleo de bancos o agencias que posibiliten transacciones como contraprestación de aquéllas, cuando no alcancen, por si fuera insuficiente, a focos de corrupción en niveles oficiales de prevención y represión de estos hechos, vale decir, la ejecución de estos actos con cobertura y, por lo tanto, con impunidad (23) . Es que el proceso de integración, así como supone un incremento del ámbito de libertad de circulación de personas y bienes, naturalmente conlleva, como en toda relación con un poder (esta vez, comunitario), un ablandamiento de controles, ideal para un complejo y completo circuito delictivo en la región (24) .

En mi opinión, de todo esto se impone -además de un plan supranacional conjunto para los hechos mencionados en la introducción- un tratamiento particular más severo respecto del secreto bancario, así como la adopción de medidas acordes con la protección del mercado respecto del abuso de información privilegiada en el que puedan verse involucrados los operadores (25) . Por otra parte, tampoco puede descuidarse el

impacto que el uso de *internet* tiene en el tema. Además de los desafíos que representa esto último desde el ángulo de la tipicidad, las cláusulas de privacidad y los servicios de *home banking* podrían llevar a proporciones insospechadas los capitales involucrados en las operaciones (26).

III. EL TERRORISMO EN PARTICULAR

El terrorismo, como tal, no es sino un apéndice expresivo del crimen organizado transnacional; de hecho, su financiación también se nutre activamente de la economía criminal, en alguna de sus formas de redistribución (27). No obstante, su título autónomo se apoya en los altos niveles de impacto que los hechos perpetrados por grupos terroristas han dejado, en cuanto a vulnerabilidad, para la comunidad global. De ahí, entonces, que una definición -difícil, por cierto- del fenómeno la contemple en cuanto amenaza de violencia o su ejecución directa contra no combatientes, con una finalidad de venganza o intimidación, o para influir de algún modo sobre una sociedad determinada (28).

Los antecedentes históricos del asunto revelan que la magnitud del problema siempre fue alta. Stern da cuenta de los sicarios zelotes que tuvieron en jaque a los romanos por el siglo I, de los ismaelitas nazaríes que propagaban mediante la ejecución de asesinatos una versión extrema del islam por el siglo XI, de los estranguladores -*thugs* o *tugs*- en la India erradicados en el siglo XIX, que ofrecían sacrificios a Kali (diosa de la destrucción), y de anarquistas y revolucionarios que asolaron Europa y Estados Unidos a comienzos del siglo XX con motivo de la imposición de sus ideas o para contraponerse a las ajenas. Los grupos nacionalistas o fanáticos extremistas de la actualidad no tienen una sustancial diferenciación de sus predecesores, pues aun partiendo de guerras sobre bases razonables (que no es necesariamente así), en cuanto *ius ad bellum*, normalmente afectan las reglas de proporcionalidad en los medios y las formas en sus respuestas -aspecto comprendido en la definición dada (29) - en cuanto *ius in bello* (30).

Simplemente los desafíos son otros. Siguiendo las clasificaciones que propone Stern, la seguridad y la paz internacional se ven afectadas por amenazas de empleo de armas no convencionales (31), también llamadas de destrucción masiva. Los grupos terroristas pueden servirse del empleo de agentes biológicos en sus distintas categorías: virus (por ej., el caso del ébola) que no puede reproducirse sin huésped; bacterias (por ej., el ántrax) que sí pueden vivir sin huésped, incluso indefinidamente; hongos y riquetsias (organismos parasitarios); toxinas que derivan como compuestos químicos de organismos vivos (por ej., el ricino de la planta del tártago); etc (32). Los agentes químicos (por ej., el gas sarín), que pueden matar más rápido que los biológicos, pues no dependen de su cultivo en un huésped, han sido empleados ya en guerras convencionales (33). Los radioactivos, en tanto, causan daño cuando son absorbidos por el cuerpo (por ej., rayos gamma, protones y neutrones), ya sea esparcidos por aire o agua, de acuerdo con la medición en rads (34). Finalmente, también están las armas nucleares, construidas en base a uranio o plutonio, cuyo valor en "pánico" es insuperable (35).

Entiendo que a nivel regional estos asuntos deberían estar en un plan de acción política inmediata, pues los atentados acaecidos en la Argentina (más los ocurridos en el mundo) y el difícil -o nulo- ejercicio del poder de policía en los espacios de fronteras, donde bien podrían converger las armas no convencionales o de destrucción masiva, junto con las otras expresiones de criminalidad organizada transnacional, enunciadas y conocidas por las autoridades, exponen la seguridad y la paz de nuestros habitantes a

riesgos que deberían ser controlados y minimizados razonablemente. Es que puede prestarse total acuerdo al dato empírico que arroja que el terrorismo internacional constituye un fenómeno ambiguo, polimorfo, inaccesible y, por norma, cuando se desata, incontrolable (36). Lo que no puede concederse es la contemplación pasiva del fenómeno o su deliberada ignorancia, no bastando (es apenas un saludable comienzo) con la sanción de la ley 25762 (37).

Ciertamente esto no cierra todo lo relativo al terrorismo extremo, mucho menos el de tipo represivo, que se verá por separado. Recientemente, girando por completo el área en este tema y a propósito de la advertencia, Alejandro Angulo Fontiveros se lanzó, con un análisis poco común, a sacudir posiciones conservadoras respecto de la distinción de tratamiento respecto de uno y otro bando.

El autor venezolano no hace otra cosa que indagar sobre la justificación del criterio diferencial. En su agudo análisis se podría presentar, entre otros, el siguiente interrogante: "¿por qué no se considera un crimen de lesa humanidad un proceder tan perpretrado de abyección hasta la médula como el terrorismo?" (38). Sabiendo lo que es obvio, del estudio en inspección surge como respuesta a la cuestión "que porque no es un Estado el sujeto activo". Ahora bien, Fontiveros critica este enfoque, por insuficiente, sobre la base de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra aprobados en 8/6/1977 (39). Más puntualmente, en el segundo de ellos, que versa sobre víctimas de conflictos armados internos, se dejó abierta -refiere- la posibilidad a que se cometan crímenes de lesa humanidad. En atención a tal perspectiva, si bien resulta razonable que el sujeto activo de tales delitos sea un país, y los dependientes de éste (40), los hechos podrían imputarse "[...] también por individualidades o grupos no gubernamentales o no estatales u oficiales [...]" (41). Para tal conclusión -razonando más allá de lo plasmado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional- Fontiveros rescata episodios que sostienen que el terrorismo promueve ataques contra poblaciones civiles, ejecuta asesinatos y exterminios, priva de libertad, tortura y viola, cuando no hace desaparecer personas, "[...] lo cual, vaya coincidencia, es exactamente todo lo que asigna el Estatuto de Roma a los delitos de lesa humanidad" (42).

Las reflexiones precedentes servirán de guía para profundizar el debate en el futuro del Derecho Penal Internacional (43) y sobre la argumentación jurídica y ética en la discriminación de los casos tratados aquí (44).

IV. ARMONIZACIÓN DEL DERECHO INTERNO, CORPUS IURIS, COOPERACIÓN PANNACIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Los distintos Estados, en la diversidad que plantea el ejercicio de la soberanía política en la adopción de catálogos penales, han recogido los temas abordados anteriormente. Al entrar al caso europeo, en un relevamiento muy elemental, se observa que mientras que en Alemania el delito de blanqueo de capitales afecta a todos los caracteres del hecho -o sea, objeto de la acción, esta última, los delitos precedentes de los que proviene el dinero, el tipo subjetivo (extendido incluso a la imprudencia) e incluso circunstancias que cuadran como excluyentes de responsabilidad (45)-, en el caso italiano se dejó a salvo además un precepto específico para el empleo económico o financiero de bienes, así como la licencia para recurrir a testigos de identidad protegida para las investigaciones de estos casos (46). A su vez, el Código francés introduce el problemático concepto del beneficio para el autor (especial elemento del tipo) (47), en tanto el legislador español contemporáneo lo suprimió -en la versión "ánimo de lucro"- en los sujetos activos del lavado de dinero, al tiempo que no delimitó qué delitos harían de antecedentes a la operación (48).

De la ligera observación anterior se cae en la cuenta de la importancia de coordinar el derecho sustantivo, en miras a que, por poner en evidencia, la selección de especiales elementos subjetivos no sujeten la efectividad de los tipos objetivos adecuados para hacer frente a la economía del crimen organizado. A su turno, servirse o recurrir a la exposición de los delitos que generen capitales, como presupuesto del injusto autónomo del blanqueo, debe igualmente ser coherente entre los distintos países, dado que con tan sólo un delito que no sea específicamente tratado como precedente en determinado Estado, puede llevar a su impunidad por falta de subsunción típica, entre algunas de las cuestiones más sobresalientes que pueden destacarse.

Naturalmente, lo puntualizado en el caso europeo tiene puntos de coincidencia con el caso del Mercosur. Retomando el último aspecto, el de los delitos precedentes al blanqueo, la ley 25246 no ha querido limitar la enunciación de aquellos que pudieran originar recursos para el lavado (aquí la técnica legislativa ha sido correcta), a excepción (en esto otro no) de tomar una circunstancia cualificante cuando se tratara de un delito especialmente grave, con pena superior a tres años (que bien podría disminuir a dos). E, igualmente, cabe indicar que también se escogió -como figura especial- que el autor se guiara con "ánimo de lucro". Lo interesante de la desconexión es que la ley 9613/1998 del Brasil sí hace, por el contrario, una específica enunciación de los delitos precedentes que pueden generar el reciclaje de capitales. Esto nos deja en los problemas ya anunciados (49). De ahí que un Corpus regional -que dé acabada uniformidad de respuesta a los fenómenos expresivos de criminalidad organizada- sea, en buena medida, un punto de partida eficaz para hacer frente al delito, coordinando por su intermedio el derecho de los países miembros.

Para encarar tan importante proyecto un par de advertencias, en mi opinión, podrían servir para prevenir excesos o defectos de un emprendimiento de semejante vuelo, en lo que hace a una política criminal internacional del Mercosur (50). Primeramente, establecer si los delitos de pura actividad, del tipo de asociación criminal, sirven -sin quebrantar la regla de un Derecho Penal liberal- para resolver el problema del crimen organizado. Moccia -tras los pasos de Roxin- ha planteado que no y ha motivado su razonamiento, criticando, a su vez, la legislación penal italiana contra la mafia, en que mediaba en esto una confusión entre bien y ratio, que acciones con seguridad contrarias a la última no afectan bajo ningún aspecto al primero y que, en consecuencia, nada efectivo de allí puede surgir (51). Por esto el autor considera que sería mejor la implementación de soluciones sobre la base de elementos de la autoría, en concreto mediata, lógicamente abordados en la parte general de los Códigos, en detrimento de las alternativas buscadas sobre la parte especial de ellos (52), postura que luce dogmáticamente correcta y que comparto. Completando las recomendaciones, que la tarea no pierda de vista todos los elementos de la teoría horizontal del delito, asegurándose así, por ejemplo, que por tratar correctamente el tema anterior no se omita un dispositivo acorde con la tentativa, que puede contradecir la coherencia que busca, de última, la adopción de un Código común (53).

En otro orden de consideraciones, Brasil no ha desarrollado una legislación proporcional a la magnitud del fenómeno del terrorismo, ni tampoco la Argentina (54). El contrabando agravado, estragos o tipos análogos cualificados por el resultado, a mi ver, obviamente presentan defectos de estructura en la conformación de los delitos-tipos que hagan las veces del esquema de tutela. En Europa, todo lo contrario, se ha venido legislando en tal sentido, con distintos alcances, como parece ser una constante, en este delicado tema; ello, más allá de que tras el atentado al *World Trade Center* la Comisión Europea diera el primer paso hacia una única legislación. Los antecedentes más significativos, que, como adelanto, contradicen la crítica de Moccia *supra* expuesta, no

hacen más que demostrar que el asunto siempre ha sido encarado desde la emergencia. Los tipos de asociación que en Alemania (55), España (56) e Italia (57) se mezclaron con arrepentidos, agentes encubiertos, premios por información y detenciones sin comunicación rápida a la autoridad judicial -cuya constitucionalidad salió confirmada por la justicia constitucional- (58) no han dado, a juzgar por los resultados, con el camino a seguir. Francia (59), sin dejar de unirse a los anteriores en el punto en cuestión, en cambio, toma distancia al legislar sobre el uso de armas biológicas, químicas o tóxicas que pudieran aparejar una intoxicación o llevar peligro a la salud o al medio ambiente, ventaja que ahora quiere compartir Italia (60).

Nada de lo expuesto, en mi opinión, es lo más significativo. Resolver, en cambio, qué concepción de Derecho Penal se desarrollará para el terrorismo y sus ejecutores es prioritario y marcará todo lo demás. El Derecho Penal del enemigo, de un lado, puede encarar un modelo de reacción de una tercera velocidad (61), pudiendo caracterizarse por depararles a los autores y partícipes un destino distinto -presuntamente más represivo y sin concesiones- del de aquel que ejecuta un hecho común (62).

Cancio Meliá expone gráficamente la idea de los partidarios de esta tesis: "[...] deben ser desautorizados [los terroristas] mediante la pena, sino como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste [...] El Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos" (63). El autor luego hace su análisis desde el ámbito interno del sistema de la teoría del delito, en el enfoque de la imputación objetiva. Sobre el análisis del nivel de puestas en "riesgo" que domina a este enfoque, niega que se encuentre justificada una "anormalidad" tal en el enemigo, al menos respecto de otros peligros provocados por actos "normales" (64). Ahora, como dije, a mi modo de ver, el tema pasa por el análisis externo de su estudio, es decir, la legitimidad de este modelo, a luz de un Estado de justicia.

El Derecho Penal es la Carta Magna para un ser humano (65). Ello quiere significar, siguiendo la claridad de Wolfgang Naucke, que los principios que lo informan previenen la desviación o la perversión del ejercicio del *ius puniendi* y que cuando se los deja de lado, por la razón que fuere, nada bueno puede esperarse (66). Por el contrario, si se estima que aquí opera como Norma Fundamental para el "enemigo" en contra del Estado "bueno", van a desarrollarse motivaciones para sustituir sus bases y, abandonándose la experiencia indicada, se confiará en que algo alentador podría seguir (67). Eso sí, la historia ha negado esto último (68). De ello extraigo, por ej., que en materia de cooperación internacional -al menos a nivel regional- es menester conformar una jurisdicción única para evitar sustracciones al proceso justo, en el que, además, para no violar la soberanía de los Estados miembros, los cursos de investigación puedan ser desarrollados por una policía comunitaria especial (69).

El conjunto de mis intuiciones dudan frente al acertijo de si el optimista enfoque del que trata Naucke vencerá frente a las amenazas que se asoman sobre el futuro, pero quiero creer que lo hará (70).

V. LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En este delicadísimo tema, la Convención sobre Imprescriptibilidad (ley 24584) elevada a la jerarquía privilegiada (ley 25778) y la anulación parlamentaria (ley 25779) de las Leyes sobre Obediencia Debida y Punto Final (leyes 23492 y 23521) han dado para que la doctrina trabajara constantemente (71). Sobre tal tópico he avanzado en otro lugar,

aunque valga reproponer los costos de la ecuación sobre la impunidad que proviene de la falta de castigo, el perjuicio derivado de ella y el otro, que es consecuencia de la falta de seguridad jurídica en la claridad necesaria a toda aplicación de la ley penal -en el tiempo y en el espacio-, de manera pareja a todos y lo más cercana al momento de ejecución de tan aberrantes hechos. Con esa aclaración, los delitos, la Corte y la adecuación de la legislación interna merecen espacio *infra*.

Parece ideal comenzar por la noción de crimen de lesa humanidad; y a propósito de ello, Guerrero Apréiz le ha dedicado un trabajo de reciente aparición (72). El autor expone, como lo permitiera deducir Stern en torno al terrorismo no estatal (73), que el *ius in bello* y el *ius ad bellum* no pueden hacer frente a una respuesta al concepto, más allá de servirnos como antecedentes necesarios. Acercándose a su objeto, explica que la aparición del *crimen de lesa maiestatis*, que traía consigo el poder extremo de dictaminar la muerte de un monarca, desprovisto de su influencia teológica, con el tiempo daría lugar a otro enemigo absoluto: la humanidad (74). Ahora los registros del profesor colombiano lo han llevado a encontrar que la Convención de la Haya de 1899 trataba como un límite de "humanidad" a las acciones de guerra.

Tras la Segunda Guerra, crímenes de alemanes contra alemanes, minorías, etc. no cuadraban con los tradicionales y no podrían haber quedado en la impunidad. Por ello, la redacción del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg parece -al fin de cuentas- el punto de partida ideal (75). Sin embargo, como con acierto señala Guerrero Apréiz, lamentablemente se lo sujetó de modo que las acciones de asesinato, exterminio, esclavitud, deportación u otros actos inhumanos contra la población civil terminaron instrumentándose a otros móviles, bajo especiales ánimos (76). A pesar de ello, y más allá del asunto semántico, no menor, por cierto, de lo que no hay dudas es del *atrocitatem facinoris* inherente a los tipos objetivos allí descritos, reformulados a partir de los arts. 6, 7 y 8 Estatuto de Roma. Por eso puede concluirse en que los delitos allí recogidos son una amenaza al género humano, a su existencia o a su desarrollo (77).

Los hechos en cuestión acontecieron, y ocurrieron tanto en guerras como en otros ámbitos diferenciados del *publicorum armorum contentio*. Que a partir de julio de 2002 puedan resultar juzgados por la jurisdicción de la Corte Penal Internacional implica que a la humanidad toda (no falta la afirmación de que los jueces la representan) le resulta fundamental asegurarse de que no queden impunes ante la contingencia de que los países afectados no celebren los juicios desde adentro (78). Sin embargo, no deriva de ello la anulación del ejercicio de soberanía que supone que un Estado particular pueda someter a los autores en su sistema judicial. Antes lo contrario, el tribunal tiene una actuación complementaria -principio de complementariedad- y subsidiaria (79). De hecho, adecuándose la legislación interna y, en consecuencia, aplicándose el principio de la territorialidad, sería muy difícil darle paso a su intervención (80). Hasta cierto punto, en mi opinión, es una vuelta de "tuerca" a la regla *aut dedere aut iudicare*.

El publicista venezolano Fernández propone, situado sobre la plataforma del Código de su país, la incorporación de dos dispositivos que podrían servir de modelo al legislador nacional (81). De un lado, un artículo en la parte general del ordenamiento penal que consagre el principio de universalidad para la aplicación de la ley respecto de los delitos que trata el Estatuto. Del otro, en la parte especial, debería desarrollarse la descripción de los tipos abarcados por la jurisdicción de la Corte (82). Finalmente, en sentido análogo, el autor hace movimientos en el Código de Justicia Militar a raíz de los crímenes de guerra (83). No es de descartar su camino, pero adaptado para el caso argentino (84). *Amnesty International* y *Human Rights Watch*, en tanto, y a propósito de nuestro país, presentaron un muy completo informe, aportando algunas sugerencias incluso para temas menos específicos que los sustanciales referidos, como el de hacer

frente a las necesidades de la Fiscalía, de llevar adelante las investigaciones en un Estado -art. 54.2, con la venia de una sala-, etc. (85) . Tengo para mí que lo más sobresaliente es la audaz proposición de "positivizar" de algún modo la costumbre y algunos principios -*ius cogens*- del Derecho Internacional (86) .

Por otro lado, tomando en consideración que el Estatuto no rige para hechos pasados, cabe preguntarse: ¿podría un Estado dictar indultos o amnistías para actos futuros pero tipificados por él? Francamente es poco probable, a la luz de una interpretación leal del ordenamiento. El interrogante, no obstante, va a ser difícil de resolver. Porque si, como ya se dijo, la soberanía no se ha de perder por la puesta en marcha del instrumento de Roma, si se decidiera recurrir a los citados institutos en pos de alcanzar la paz, es más que complicado desautorizar la gestión interna y su privilegiada relación de cercanía con la comunidad de pertenencia.

El marco precedente quedó flotando como *obiter dictum* en una sentencia -SC.- 578/2002- por la que la Corte Constitucional de Colombia inspeccionaba el Estatuto. Granados Peña, sin perjuicio, no ha dudado en pronunciarse por la negativa. Apelando a que los valores tales como la verdad y la protección jurídica son soportes en la creación de la Corte Penal Internacional, ellos le parecen contradecir la afirmación del supremo intérprete constitucional. Así las cosas, tiene toda la lógica su tono crítico: por ej., la amnistía no supone la realización del proceso penal (87) .

Naturalmente, es de desear que en nombre de la soberanía de un determinado Estado no se caiga en abusos que en alguna forma puedan culminar como franca violación al Derecho Internacional. Primero, porque ningún efecto jurídico podría seguir a tal acto interno, pero, por fuera de tal extremo, además, porque podría dar lugar a acciones directas u oblicuas que es menester desechar, probablemente por sus insospechadas derivaciones, que en este terreno hasta podrían dar con el derecho del enemigo, que el Estatuto para nada auspicia (88) . Engaños, manipulaciones u otras estrategias como para plantarse y resolver una crisis ante la no adecuación interna a la Corte (que es algo así como desconocer la evolución del propio *iuris gentium*) lejos de debilitarla la consolidaría, pues cuanto menos se considere la necesidad de su razón de ser -por la intervención del Estado que sea-, más se impondrá la defensa de la humanidad y la de su ley natural -la libertad- con racionalidad y sin desesperación (89) .

VI. HACIA EL FUTURO

La ayuda mutua entre los países para replicarle al crimen organizado, al terrorismo de cualquier signo o extracción, será de indudable importancia. Cuando ello ocurra bajo los tratados a la luz del Derecho Internacional, estará asegurado además el proceso justo y la tutela de los derechos fundamentales (90) . Pero ¿y eso es todo? Naturalmente que no. Esto aborda una parte del desafío, la faz represiva, pero no la preventiva del fenómeno. "Ciertas formas de delincuencia pueden obstaculizar el progreso político, económico, social y cultural de los pueblos, amenazar los derechos humanos, las libertades fundamentales y la paz, la estabilidad y la seguridad [...] [lo que] exige una respuesta concertada de la comunidad de Naciones para reducir las oportunidades de la comisión de delitos y tratar los factores socioeconómicos pertinentes, como la pobreza, la desigualdad y el desempleo" (91) . Este pasaje responde al art. 1 del VII Congreso de Naciones Unidas -Milán, 26/8 al 6/9/1985- y deja al descubierto que a la par, o incluso antes que trabajar en la emergencia de la delincuencia internacional, hay que resolver las causas o los factores que inciden en las distintas expresiones de criminalidad. A partir de este reconocimiento es que parte de las respuestas dejarán de ser estrictamente

penales y pasarán a esferas de política social, económica y de finanzas, pero a nivel internacional (92).

Lo anterior brinda una manifiesta advertencia de que una cosa sin la otra perjudicará la implementación de reacciones penales ciegas o deficitarias de políticas de promoción de derechos fundamentales. Y la sociedad global se está dando cuenta. En efecto, hace más de un año -lógicamente, el "11-M" no estaba en los cálculos de nadie- que desde Cataluña se venía dando una fenomenal descripción de retóricas cuyas bases denotaban falsedad. El trato diferencial dado a los "peligros" representados por -hasta ese momento- Corea del Norte e Irak al menos sustentaba que la amenaza nuclear no era "bastante" razón para una "única" -en lugar de una "múltiple"- "guerra preventiva". A su vez, la carta de la "espada", sin ninguna reserva, empleada en dirección al terrorismo, como discurso penal, dejaba el flanco al siguiente horizonte: si las condenas deben ser de cumplimiento efectivo y a cuarenta años, ¿ello aseguraría que la organización cuyos componentes soporten la pena desaparecerían en igual tiempo? (93).

En los dos asuntos la crítica llevaba la razón. En uno y en otro campo, el empleo improvisado de los instrumentos de fuerza no hace más que exacerbar los contornos que envuelven a aquellos "a los que les llegó la hora" (94). Tanto así, que del lado de los francos, días después de los talismánicos anuncios de las autoridades españolas, los fundamentalistas tenían como prioridad en su agenda matar a una hábil *juge d'instruction*, plan felizmente abortado por la *Division Nationale Antiterroriste* (DNAT.) (95). Del otro lado, no estoy en condiciones de decir cómo se gana una "guerra preventiva", pero una aproximación empírica y racional a la verdad me marca que la paz en Irak está lejos de alcanzarse.

La tutela de los derechos fundamentales está más allá de las cuestiones culturales de cualquier Nación o país, argumento principal por el que no es algo, justamente, en lo que deba darse ni un sólo paso atrás (96). No obstante, de ahí en más hay una considerable distancia hasta justificar casi cualquier acción ejecutada en nombre de aquéllos (97). Todavía aceptando los actos hostiles contra algunos Estados en nombre del núcleo de constitucionalidad occidental, ello no basta para formarnos la convicción de que un mundo mejor sucederá a la guerra. Primero, porque cientos o miles -aunque me bastaría con una sola persona (98) - no la sobrevivirán. Segundo, porque la determinación del vencedor carece de la imparcialidad propia de una noción asociada a la justicia (99). Por último, porque no advierto que se haya intentado lo suficiente por otras vías (100).

De lo expuesto surge que la Corte Penal Internacional debe tener también su oportunidad, pero, además de los crímenes que hacen a su competencia actual, Naciones Unidas tendrá que repensar, con un átomo de coherencia a su razón de ser, el hecho punible de la agresión, el rol de los miembros permanentes de su Consejo de Seguridad -China, Estados Unidos o Rusia, por caso (101) - en cuanto a las tres contra-argumentaciones opuestas a las que sustentan el empleo de la fuerza y también el rediseño de una estrategia en cuanto a la prevención de conflictos (102); a la vez, recordar que todavía le resta resolver, entre otras asignaturas pendientes, el idear una forma que lleve a los países más poderosos, por acción u omisión, a la redistribución de las ventajas que ellos ostentan y así, en verdad, globalizarlas (103).

John Rawls -según adelantara al comienzo- no cree en la separación de estos problemas, habida cuenta de que soluciones parciales no hacen una tentativa de solución definitiva (104). Las guías de intervención tienen que estar influenciadas del deber de asistencia para mejorar la vida de todos los individuos, pudiendo cesar cuando las instituciones básicas (o decentes) han logrado su objetivo primario. Recursos y desarrollo tecnológico que posibiliten el desarrollo humano hacen a un deber de justicia. Esto va a

reactuar sobre el nivel cultural, uno de los aspectos ciertamente más complejos (105) . Sea por asimilación individual, sea por reconocimiento grupal, esta política a largo plazo debería mostrarnos sus primeros frutos, dejando atrás tanta intolerancia de todos los sectores involucrados.

Notas al pie:

(1) Los primeros temas que se abordarán son más propicios al Derecho Penal Internacional y los últimos al Derecho Internacional Penal. Evitaré entrar en esta discusión terminológica. Aquí se empleará únicamente la primera denominación.

(2) Conf. Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, "*Diritto Penale. Pte. generale*", 2001, Ed. Zanichelli, Bologna, p. 116.

(3) Conf. Silva Sánchez, Jesús M., "Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del Derecho Penal", en AA.VV., "Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin", J. M. Silva Sánchez (ed. española), B. Schünemann y J. de Figueirredo Dias (coordinadores), 1995, Ed. Bosch, Barcelona, p. 11 y su nota 3, Courakis, "*Struktur und Auslegungaspekte des angelsächsischen Strafrechts*", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1981, p. 533.

(4) Conf. Bacigalupo, Enrique, "La parte especial del Corpus iuris", en AA.VV., "Revista Canaria de Ciencias Penales", n. 3, 1999, Las Palmas, p. 151. En un trabajo anterior el autor agrupó las dificultades en la diversidad, la aplicación del principio de territorialidad y las diferencias procesales entre los Estados miembros; más puntualmente en cuanto a derecho sustantivo, se limitó a tratar los problemas en la tutela del ambiente y el tráfico de bienes y lavado de dinero. Ver "El Corpus europeo y la armonización del Derecho Procesal Penal en la Unión Europea", en AA.VV., "Curso de Derecho Penal Económico", Bacigalupo, Enrique, director, 1998, Ed. Macial Pons, Madrid, p. 411.

(5) Conf. Aller, Germán, "Prevención y represión del crimen organizado en el Mercosur", en AA.VV., "Revista canaria de Ciencias Penales" n. 3, 1999, Las Palmas, p. 163. Los delitos son sólo algunos de los que allí se citan. El dato es que en estos casos los hechos terminan consumándose en el exterior (conf. Fiandaca, G. y Musco, E., "*Diritto Penale*" cit., p. 116).

(6) Conf. UN. Security Council, 12/9/2001, "*Threats to international peace and security caused by terrorist acts*", con remisión en el punto 4 a la resolución 1269, "*On the responsibility of the Security Council in the maintenance of international peace and security*", 19/10/1999. En cualquier caso, en inglés, ampliar en http://www.un.org/Docs/sc/unsc_resolutions.html para consultar los textos completos.

(7) Conf. Roza Acuña, Eduardo, "Anotaciones al margen de los objetivos del `Mandamiento Europeo de Detención y Entrega'", publicado en número especial, Derecho Penal Internacional, LexisNexis JA, febrero 2005, Boggiano, A.-Coordinador-Machado Pelloni, Fernando M., Colaborador.

(8) Véanse a propósito de esto, por ej., las reflexiones que propone el Prof. Fierro, Guillermo J., "Extradición y non bis in idem", publicado en este número especial, Derecho Penal Internacional, LexisNexis JA, febrero 2005, Boggiano, A.-Coordinador-Machado Pelloni, Fernando M., Colaborador. De otro lado, téngase presente la manifiesta inconstitucionalidad del art. 26 ley 24767 (LA 1997-A-29), que prohíbe toda excarcelación en su aplicación, no importa la imputación que sea objeto del pedido de extradición por parte del Estado requirente.

(9) Publicada en el B.O. del 23/1/2001 (LA 2001-A-26).

(10) Conf. Fiandaca, G. y Musco, E., "*Diritto Penale*" cit., p. 116. Sobre la Corte de Roma consultar muy especialmente el trabajo de Eiroa, Pablo D., "La Corte Penal Internacional: un análisis de su relación con

los Estados", publicado en Derecho Penal Internacional, LexisNexis JA, febrero 2005, Boggiano, A.- Coordinador-Machado Pelloni, Fernando M., Colaborador.

(11) Conf. Bacigalupo, Enrique, "Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero", en AA.VV., "Revista canaria de Ciencias Penales", n. 5, 2000, Las Palmas, p. 8.

(12) Conf. Rawls, John, *"The law of the peoples"*, 1999, Harvard University Press, Cambridge, ps. 7 y 131. Palmisano, Giuseppe, en tanto, ofrece su enfoque sobre una alternativa preventiva a esos males. Véase en Derecho Penal Internacional, LexisNexis JA, febrero 2005, Boggiano, A.-Coordinador-Machado Pelloni, Fernando M., Colaborador. "Reflexiones sobre la conciliación `directa' en una perspectiva de prevención del conflicto" ("Reflections on `directed' conciliation in a conflict prevention perspective", traducción nuestra). La diplomacia preventiva impulsada por la Secretaría General de Naciones Unidas en la persona de Dag Hammarskjöld, desde la Guerra Fría, se caracterizó por contener la extensión o la entrada a los conflictos. También Boutros Boutros-Ghali la ha intentado; ampliar en Del Vecchio, Anna M., *"La prevenzione dei conflitti nell'impegno della cooperazione internazionale organizzata"*, en AA.VV. *"Studi urbinati"* A-54, 2, 2002-2003, p. 141.

(13) Gustavo Laya señala como característico que la delincuencia se presenta de un modo similar en varias partes del mundo, extendiéndose a través del último sin reconocimiento de frontera alguna; Laya, Gustavo, "Transnacionalización de sociedades contemporáneas en el campo de la criminalidad", en AA.VV., "Revista Jurídica de Mar del Plata", 2002-1, Muguillo, Roberto, director, 2002, ps. 213/4.

(14) Los ejemplos que se citan para reforzar la posición son numerosos. Así, la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y de Sustancias Psicotrópicas, abierta a la firma en Viena el 20/12/1988 (y su antecedente, la Convención Única de 1961), el reglamento CEE. 3677/1990, en cuanto al control y prevención en la desviación de precursores -modifs. 900/1992, 3759/1992, 2959/1993, etc.- y, más puntualmente sobre el caso europeo del tema en análisis, la Convención Europea sobre Reciclaje, Búsqueda, Secuestro y Confiscación de Bienes Procedentes del Delito, abierto a su firma en Estrasburgo el 18/11/1990, la directiva comunitaria 91/308/CEE., del 10/6/1991, que promueve la transparencia en instituciones crediticias y sus precedentes 77/780/CEE. y 89/646/CEE. (contexto de la Declaración de Basilea, de diciembre de 1989) de recomendaciones a distintos profesionales. Puede agregarse a tan extensa lista la Convención General sobre Corrupción de Funcionarios Comunitarios y de los Estados Miembros, del 26/5/1997, etc.; y, más recientemente, la Convención Contra el Crimen Transnacional Organizado, firmada en Palermo el 15/12/2001, que puntualiza sobre el reciclaje, así como la corrupción, a la vez que obliga a adoptar tipos-legales en pos de la punibilidad del tráfico de personas.

(15) Conf. Trevisson Lupacchini, Tiziana, *"Strumenti internazionali per il contrasto del riciclaggio di capitali"*, en AA.VV., *"La giustizia penale"*, aprile 2002, Roma, p. 193.

(16) Conf. Prado Saldarriaga, V. R., "La criminalización internacional del lavado de dinero: sus desarrollos regionales y nacionales", [HREF:www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artalidx.htm], entre otros trabajos del autor.

(17) Conf. Trevisson Lupacchini, Tiziana, *"Strumenti internazionali"* cit., p. 195.

(18) A uno y otro lado del Atlántico el blanqueo de capitales se relaciona con el crimen organizado, de ahí la tesis de su trato supranacional coordinado, aunque ello no ocurra de modo armónico; ver *infra*, IV. No obstante, tráfico y contrabando de armas, drogas, corrupción, terrorismo, trata de personas (en especial niños), cibercriminalidad, e incluso tutela del medio ambiente, parecen ser parte de los hechos punibles de cuya cita no podría prescindirse. El título XVI del Tratado de la Unión, art. 130R-T, recoge la cuestión de la defensa del medio ambiente, relacionándola con el derecho a la salud, el empleo racional de los recursos naturales y el fomento de políticas acordes con la solución de problemas en la región, e incluso del mundo.

(19) El Grupo de Actividad Financiera Internacional para el Reciclaje, gestado a instancias del G-7 en 1989, ha individualizado a países y territorios no cooperativos para hacer frente al lavado de dinero. Bahamas, Islas Caimán, Líbano, Filipinas y Rusia son algunos de los Estados citados como no propicios a la colaboración; conf. Trevisson Lupacchini, Tiziana, *"Strumenti internazionali"* cit., p. 203, nota 25.

(20) Conf. Callegari, André L., "El delito de blanqueo de capitales y la ley brasileña", en AA.VV., "Derecho Penal contemporáneo", n. 5, 2003, Ed. Legis, Bogotá, p. 84, y Bacigalupo, Enrique, "Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE. sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido", en AA.VV., "Curso de..." cit., p. 195.

(21) Conf. Trevisson Lupacchini, Tiziana, "*Strumenti internazionali*" cit., p. 197.

(22) Conf. Callegari, André L., "El delito de blanqueo." cit., p. 88.

(23) Los estudios desarrollados en Italia con posterioridad al estallido de los casos de corrupción permiten una visión "distinta" de los delitos "políticos". En efecto, según se infiere de Tullio Padovani, el delito como tal no debe ser atado únicamente a ataques enderezados a la captura esencial del poder; también los existen transnacionales, fundamentalmente en cuanto su exteriorización se vincule con terrorismo, mafia (criminalidad organizada en general) y destrucción institucional. Es una visión más "ordinarizada" que la forjada a la luz de los viejos conceptos. De todos aquí tiene incidencia la última, en cuanto perversión de la legalidad y usurpación "material" de funciones; ampliar en el trabajo del profesor "*Il delitto politico tra vecchi concetti e nuove applicazioni*", en AA.VV., "*Il delitto politico, tra storia e cronaca politica*", Nuove Ricerche, 1996, Ancona, p. 36. La transnacionalidad de la corrupción ha quedado, por otra parte, en evidencia, aunque a otro nivel, tras la firma de la Convención Interamericana Contra la Corrupción del año 1996 y, un año más tarde, con la suscripción -entre los países más avanzados- de la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE.) sobre Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Esto impacta especialmente a la hora de ejercer la jurisdicción argentina sobre funcionarios en sobornos transnacionales -art. 258 bis CPen. y ley 25188 -.

(24) Como hipótesis de política criminal comunitaria, la base no difiere de la que se tuvo como punto de apoyo en Europa con los Tratados de Schengen del 14/6/1985 y 19/6/1990. Por lo demás, que el Mercosur eventualmente extienda el libre comercio con países miembros de la Comisión Andina de Naciones (CAN.) no hace sino acentuar el deber de trabajar sobre estos y otros temas.

(25) En tal sentido, la prudencia de Europa canalizada -por entonces- en la directiva 89/592/CEE. Los agentes de bolsa y operadores bancarios suelen ser parte esencial en la integración del dinero; conf. Callegari, André L., "El delito de blanqueo..." cit., p. 88. En Estados Unidos la política estatal tuvo inicio desde 1970, con la promulgación de la *Bank Secrecy Act*. Desde otro ángulo, también deberá pensarse (ya se está concretando) hasta qué nivel son los respectivos Parlamentos los que pueden o están obligados a responder a todos los fenómenos delictivos; es decir, si no es tiempo de que una Cámara a nivel comunitario intervenga en estas direcciones políticas y un Consejo Ejecutivo supranacional las canalice, como lo marcan los pasos de Europa, como es evidente. Ello contribuirá a un sentir latinoamericano también (*modus vivendi*, al decir de Zagrebelsky). Ampliar en AA.VV. "*Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*", a cura di Zagrebelsky, Gustavo, Laterza, Roma-Bari, 2003, "*Introduzione*", p. V-XV.

(26) También la cibercriminalidad, con una agudizada crisis respecto de la determinación precisa de la comisión del delito por la implementación tecnológica, es objeto de políticas supranacionales a instancias de la Unión Europea, como lo muestra la agenda del Comité de Ministros para Asuntos Criminales desde 1997. Actualmente está abierta a la firma desde el 23/11/2001, impulsada por el Consejo de Europa en Budapest, la Convención respectiva. En algún momento de las fases del blanqueo se hace aplicación de una transferencia electrónica de fondos; conf. Callegari, André L., "El delito de blanqueo..." cit., p. 88.

(27) Es claro que el blanqueo de capitales no tiene una relación unilateral, es decir, con el tráfico de drogas; el crimen organizado y el terrorismo se sirven de las operaciones de lavado. La exposición de motivos de la directiva 91/308, ya citada, lo pone de manifiesto: "[...] el reciclaje de dinero se debe combatir principalmente con medidas de carácter penal y en el marco de la cooperación internacional entre autoridades judiciales y policiales [...] el fenómeno del reciclaje de capitales no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también con otras actividades delictivas (tales como la delincuencia organizada y terrorismo)"; ampliar el análisis de la disposición in comento en Bacigalupo, Enrique, "Estudio comparativo..." cit., p. 196. De otro lado, la *United States Patriot Act* tiene un título dedicado a la disminución del lavado de dinero internacional y del financiamiento antiterrorista.

(28) En tal sentido, la obra de Stern, Jessica, "El terrorismo definitivo" (*"The ultimate terrorists"*, trad. de Silvia Peña W.), 2001, Ed. Granica, p. 33; por cierto que, aunque la autora no la cita en concreto, se deja advertir la influencia del 22 USC. 2656f (d). Similar en Francia, *"Code Pénal. Livre IV": "Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur..."* (tit. II, cap. I^o, art. 421-1).

(29) Conf. Ottenhof, Reynald, *"Terrorisme ou terrorismes? Dialogue autour d'un singulier pluriel"*, en AA.VV., "Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-homenaje al Prof. A. Beristain", Instituto Vasco de Criminología, Donostia-San Sebastián, 1989, p. 1187.

(30) Conf. Stern, Jessica, "El terrorismo..." cit., p. 43.

(31) Recientemente, la Argentina aprobó por ley 25843 (sancionada el 26/11/2003 y promulgada el 19/2/2004; B.O. del 24/2/2004 [LA 2004-A-73]) la Convención Interamericana sobre Transparencia de las Adquisiciones de Armas Convencionales, seguida por la OEA. desde el 7/6/1999. Su artículo primero remite al anexo I en cuanto a una definición de "armas convencionales". Éstas son: carros de combate, vehículos blindados de combate, sistemas de artillería de gran calibre, aviones de combate, helicópteros de ataque, naves de guerra, misiles y lanzamisiles (no incluye del tipo tierra-aire).

(32) Conf. Stern, Jessica, "El terrorismo..." cit., ps. 48/49. La Convención respectiva contra el desarrollo de estas armas entró en vigor el 26/3/1976. Respecto de antecedentes del bioterrorismo puede ampliarse en Grillo, Carlos M., *"Il bioterrorismo in il Diritto Penale"*, en AA.VV., *"La giustizia penale"*, Roma, 2003, p. 530.

(33) Conf. Stern, Jessica, "El terrorismo..." cit., p. 50/51. La Convención respectiva contra el desarrollo de estas armas entró en vigor el 29/4/1997.

(34) Conf. Stern, Jessica, "El terrorismo..." cit., p. 53/54. De momento sin prohibición internacional, aunque estas armas no están entre las primeras opciones del terrorismo, en mérito a que sus efectos son a largo plazo.

(35) Conf. Stern, Jessica, "El terrorismo..." cit., p. 58/59. El tratado de no proliferación de estas armas entró en vigor el 5/3/1970.

(36) Conf. Ottenhof, Reynald, *"Terrorisme ou terrorismes?..."* cit., p. 1187.

(37) La Convención para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos por Bombas, aparecida en el B.O. del 11/8/2003, impone -entre otros de sus dispositivos-, por su art. 4, obligaciones a los Estados en cuanto a adoptar una política criminal contra el terrorismo.

(38) Conf. Angulo Fontiveros, Alejandro, "Crímenes de lesa humanidad", en AA.VV., "Ciencias Penales: temas actuales. Homenaje al R. P. Pérez Llantada", coords.: Vásquez González y Chacón Quintana, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, p. 190.

(39) Arts. 3 común a los Convenios de Ginebra, 4 Protocolo Adicional II párr. 2^o inc. d -"Actos de terrorismo"- y 13 Protocolo II -"Medidas de protección a la población civil"- . La Argentina ratificó los primeros en 1956 y los últimos en 1986.

(40) Son los que -por norma- tienen el monopolio de la fuerza pública, quienes con arbitrariedad más daño naturalmente pueden hacer; conf. Angulo Fontiveros, Alejandro, "Crímenes de lesa humanidad" cit., p. 189.

(41) Conf. Angulo Fontiveros, Alejandro, "Crímenes de lesa humanidad" cit., p. 190, énfasis original del autor.

(42) Conf. Angulo Fontiveros, Alejandro, "Crímenes de lesa humanidad" cit., p. 191. Quien hace una interpretación -dentro del Estatuto, art. 28.2 - de probable responsabilidad para fuerzas irregulares es Jaime E. Granados Peña; ampliar en "La responsabilidad de los jefes y otros superiores en la Corte Penal

Internacional y el conflicto colombiano", en AA.VV., "Derecho Penal contemporáneo" n. 1, 2002, Ed. Legis, Bogotá, p. 188 y ss.

(43) Con la prudencia que exige el tema, como lo señalé en otra oportunidad a propósito de la polémica desatada entre Gustav Radbruch y Herbert L. A. Hart ("Sobre algunas excepciones perentorias y reflexiones sustanciales en torno a los crímenes de Estado", en AA.VV., "Revista de Derecho Procesal", "Defensas y excepciones-II", 2003, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 249 y ss.), estas apreciaciones acuden de una forma u otra al principio de igualdad, el que, a su vez, se encolumna en la profundización de la aplicación de máximas de derecho natural -últimamente aceptado, incluso en demasía, por positivistas en materia de crímenes de Estado- a los actos de terrorismo. Dada la volatibilidad en evidencia, que el autor venezolano percibe, éste trata de "positivizar" la aplicación de la regla por imperio de que el trato diferencial es inconstitucional "[...] a tenor de todas las Constituciones del orbe [...]" (p. 200).

(44) Ampliar -el último aspecto- en una relativamente reciente obra de Savater, Fernando, "Perdonen las molestias. Crónica de una batalla sin armas contra las armas", 2001, Ed. El País, Madrid. En ambos aspectos, la opinión del catedrático de la Universidad Complutense Rodríguez Braun, Carlos, "España mide con doble vara", diario "ABC" de Madrid, 3/9/2003.

(45) Conf. Bacigalupo, Enrique, "Estudio comparativo..." cit., p. 201.

(46) Conf. Bacigalupo, Enrique, "Estudio comparativo..." cit., ps. 202/3.

(47) Conf. "Code Penal", art. 324-1: "Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect [...]".

(48) Conf. Bacigalupo, Enrique, "Estudio comparativo..." cit., ps. 205/6.

(49) Hay problemas adicionales que son planteados y respondidos por la doctrina y que, de no estar a una definitiva solución legislativa, tendrán igual variedad de resolución en los tribunales de nuestros países. Una exposición suficiente se observa en los interrogantes abiertos por Callegari, a saber: ¿cómo se define que la acción practicada en el exterior constituye un delito?; ¿el delito debe tener doble tipificación, esto es, dónde fue cometido y en dónde los bienes fueron blanqueados, o basta con la tipificación donde el delito se ejecutó?; o mejor, ¿es acaso suficiente que la tipificación cuadre en el país donde se reciclaría el capital?; ver las respuestas proyectadas sobre Brasil en "El delito de blanqueo..." cit., p. 101.

(50) Dice Naucke que es función del estudioso del Derecho Penal, la creación y aplicación racional de las normas jurídico-penales, punto que comparto. Ver su "*Strafrecht - Eine Einführung*", Verlag GmbH & Co. K. G., 1991, Berlín, p. 43.

(51) Conf. Moccia, Sergio, "El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales" ("*I sistema penali alla prova del crimine organizzato*", trad. de Antonio Cavaliere), en AA.VV., "Revista canaria de Ciencias Penales", n. 5, 2000, Las Palmas, p. 15. No obstante, el *Corpus iuris* europeo ha tratado el tema y lo ha ubicado en la parte especial; ver Bacigalupo, Enrique, "La parte especial..." cit., p. 155.

Como sea el anteproyecto de CP -Resols. MJ. 303/04 y 136/05- tiende a eliminar figuras asociativas.

(52) Conf. Moccia, Sergio, "El crimen organizado..." cit., p. 20. Su reflexión es la siguiente: puede que quien ordene algo no tenga ni conocimiento de quién lo ejecutará. Y, hasta cierto punto, se me presenta intuitivamente obvio para el éxito de la empresa criminal.

(53) Conf. Cancio Meliá, Manuel, "Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa", en AA.VV., "Revista canaria de Ciencias Penales", n. 5, Las Palmas, 2000, p. 38. También crítico como el anterior ante la falta de trato del tema, Bacigalupo, Enrique, "El *Corpus iuris* en la tradición jurídico-penal de los Estados miembros de la Unión Europea", en AA.VV., "Curso de Derecho Penal Económico", Enrique Bacigalupo, director, Ed. Macial Pons, Madrid, 1998, p. 405.

(54) Conf. Callegari, André L., "El delito de blanqueo" cit., p. 100. La ley 20840, llamada entonces "de Seguridad Nacional", no cuadra como antecedente para resolver el problema del terrorismo,

probablemente por su contaminación política. Las iniciativas legislativas locales en curso, de otro lado, poco agregan, más allá del compromiso que surge de la Convención para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos por Bombas (art. 4 ley 25762).

(55) Por ejemplo, el art. 129.a del StGB. de 1976, la "Ley Mainhof", etc.

(56) Desde el art. 55.2 CE. se ha gestado una profusa legislación -alguna puntual, otra general- sobre el tema: LL.OO. 11/1980, 9/1984, 3/1988, 4/1988 y 10/1995. Más recientemente se dictó la L.O. 7/2000.

(57) Por ej., el decreto legislativo de 1978 -art. 270 bis CPen.-, la ley de 1982 (arrepentido, etc.) y la ley 34/1987.

(58) España y Alemania incluso han afectado la relación privilegiada abogado-cliente. Claro que será constitucional en la medida en que la libertad o el peligro para la vida de una persona esté en riesgo; conf. BVerfGE 4/7/1975.

(59) Primero, por la ley 86/1020; y luego, más cerca en el tiempo, por la ley 96-647. Ver especialmente arts. 421-2 y ss. CPen.

(60) Los arts. 270 bis y ter -ley de reforma de diciembre de 2001- no varían respecto de la técnica recurrente en la puesta de tipos de asociación. Sin embargo, en el art. 422 -id.- tipifican el estrago por explosión de medios violentos, agentes químicos o biológicos. Véase Grillo, Carlos M., "*II bioterrorismo...*" cit., p. 530 y ss.

(61) Madeddu, Claudia muestra las dos velocidades clásicas del Derecho Penal: el delito, que se identificaba con lo *malo in se*, no puede perder requisitos de exigencia ("clásicos", por así llamarlos) en cuanto al principio de culpabilidad, por dar un caso, lo que lo ubica como de velocidad "estática"; mientras la contravención, en tanto *malo quia prohibita*, puede ablandarse en igual tema, dándose así la velocidad "dinámica". Ver su "*Nuovi orientamenti sulla distinzione tra delitti e contravvenzioni*", en AA.VV., "*La giustizia penale*", aprile-maggio 2002, Roma, p. 257. No obstante, valga como advertencia, cuando se hace relativo lo menos, crece lo más.

(62) Probablemente sean los Estados Unidos el país que, al menos en una visión personal, más respeto por derechos fundamentales por norma concentra pero que, no obstante, a la par cuenta con los mayores antecedentes de lo que serían las grandes excepciones que se gestarían a la luz del Derecho Penal del enemigo. En "*Ex parte Milligan*" -71 US. (4 Wallace) 2, 1866- se sentó un precedente que marca que se sujetan a tribunales militares los asuntos que se susciten en lugares donde no estén presentes -o no puedan con los casos- Cortes civiles (*Open Court rule*). Es más conocida y mucho más reciente, en tanto, la jurisprudencia sobre la constitucionalidad de mandatos de internación en campos militares de ciudadanos de ascendencia japonesa ex post Pearl Harbor; conf. "*Korematsu v. United States*", 323 US. 214, 1944.

(63) Conf. Cancio Meliá, Manuel, "Derecho Penal del enemigo y delitos de terrorismo", en AA.VV., "Derecho Penal contemporáneo", n. 3, 2003, Ed. Legis, Bogotá, p. 35, con remisión a Jakobs, Günther, "La ciencia del Derecho Penal frente a las exigencias del presente", en CGPJ./Xunta de Galicia, "Escuela de verano del Poder Judicial. Estudios de Derecho judicial", 20, 1999, ps. 139/40.

(64) Esto encuentra sólido respaldo en el estudio muy completo de Stern, donde termina por concluir que los actos terroristas no son menos peligrosos que cientos de momentos cotidianos, con la diferencia del impacto que los primeros causan en nosotros. Ver "El terrorismo..." cit., ps. 62/83.

(65) La dignidad de cada ser humano, sea valor, principio o considerada derecho, es fundamental en la construcción de la teoría del delito en un Estado de justicia y se proyecta a todos sus elementos. Ampliar, entre otros, Wolter, Jürgen, "Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de Derecho Penal", en AA.VV., "Fundamentos de un sistema europeo" cit., p. 37 y ss.; también del autor, "Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional de Derecho Penal", en AA.VV., "Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin", J. M. Silva Sánchez (ed.), 1997, Ed. Bosch, Barcelona, p. 101 y ss.

(66) Conf. Naucke, Wolfgang, "*Strafrecht...*" cit., ps. 81/2.

(67) Conf. Naucke, Wolfgang, "*Strafrecht...*" cit., ps. 81/2.

(68) Recientemente, por responder con una contribución personal a un comentario bibliográfico (Masciotra, Mario, "El hábeas data: la garantía polifuncional", con prólogo de Morello, Augusto M., Librería Editora Platense, 2003, p. 666 para ED), pude descubrir los peligrosos horizontes de la pesquisa tecnológica por medios informáticos. La *Rasterfahndung* alemana supone un gran invasión a la autodeterminación informativa de los individuos para completar el perfil de un sospechoso, y esto trabaja electrónicamente sobre datos personales, lo que en principio ya nos enfrenta a un Derecho Penal de autor que viene siendo utilizado sin reservas contra el terrorismo en Alemania, para el descubrimiento de posibles Schläfer. La historia, entonces, se repite.

(69) Desde Maastricht, en Europa se ha venido trabajando sobre la Europool (autoridades de policía) de los Estados miembros, más puntualmente sobre las Unidades de Drogas de la Europool, con el fin de prevenir y reprimir con mayor eficacia, pero con apego a la ley, el crimen organizado en sus distintas expresiones, tema también tratado por el Tratado de Amsterdam; ampliar en Trevisson Lupacchini, Tiziana, "*Strumenti internazionali...*" cit., p. 211. Sin embargo, aplicado al caso del terrorismo, la hipótesis vino propuesta por lo decidido por el *Bundesverfassungsgericht* (2 BvR., rta. el 5/11/2003) respecto de la extradición de A., presunto terrorista miembro de *Al-Qaeda* y *Hamas*, solicitada por Estados Unidos. A. había sido investigado en Yemen mediante un agente encubierto, y la prueba del proceso de extradición se apoyó en evidencia obtenida a través del último. Este caso despierta además especial atracción para los estudiosos del derecho procesal constitucional, puesto que el máximo tribunal del *länder* (*Oberlandsgericht*, con asiento en Frankfurt) antes que decidir sobre la extradición, como se planteaba un tema constitucional, debió suspender el proceso y disponer su remisión en consulta al *Hüter der Verfassung*. Sin embargo, no procedió de ese modo, y aunque el órgano constitucional lo advirtió, dejó a salvo que la postura asumida por el inferior no era ostensiblemente inconstitucional y no afectaba el principio del juez natural (constitucional, desde luego) como planteaba la defensa del detenido, en mérito a la interpretación constitucional que se había dado a la cuestión planteada.

(70) No es lugar para ampliar sobre ejercicios morales e incluso jurídicos de cara a situaciones extremas, pero algunos muy buenos me han venido trascartón de la lectura de Savater, "Perdonen las molestias..." cit.

(71) También en Derecho Penal Internacional, LexisNexis JA, febrero 2005, Boggiano, A.-Coordinador-Machado Pelloni, Fernando M., Colaborador, Gil Domínguez, Andrés, "Derecho de gentes, crímenes de lesa humanidad e imprescriptibilidad".

(72) Conf. Guerrero Apráez, Víctor, "La génesis de la noción de crimen de lesa humanidad", en AA.VV., "Derecho Penal contemporáneo" n. 6, 2004, Ed. Legis, Bogotá, p. 197.

(73) Conf. Stern, Jessica, "El terrorismo..." cit., p. 33 y ss.

(74) Conf. Guerrero Apráez, Víctor, "La génesis de la noción..." cit., p. 208.

(75) Conf. Alía Plana, Miguel, "Derecho Penal..." cit., p. 4.

(76) Ampliar sobre la influencia soviética en el tema en Guerrero Apráez, Víctor, "La génesis de la noción..." cit., ps. 221/222.

(77) Conf. Angulo Fontiveros, Alejandro, "Crímenes de lesa humanidad..." cit., p. 176; también, Fernández, Fernando M., "Los crímenes previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la reforma penal y militar en Venezuela", en AA.VV., "Ciencias Penales: temas actuales. Homenaje al R. P. Pérez Llantada", coords.: Vásquez González y Chacón Quintana, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, p. 516, y Himiob Santomé, Gonzalo y Meier García, Eduardo, "Aproximación al contenido y alcance de los crímenes de lesa humanidad", en AA.VV., "Temas de Derecho Penal. Libro homenaje a Tulio Chiossone", Tribunal Supremo de Justicia, n. 11, 2003, Caracas, p. 361.

(78) Ésta es la opinión generalizada en la doctrina; por ej., en el ya citado Granados Peña, Jaime E., "La responsabilidad de los jefes y otros..." cit., p. 185.

(79) Conf. Fernández, Fernando M., "Los crímenes previstos..." cit., p. 514, nota 2. También cabe dejar para otro ejercicio sobre dilemas morales y jurídicos el interrogante acerca de si es más legítimo -o no- juzgar estos crímenes desde afuera o desde adentro.

(80) Entre las hipótesis de no adecuación, Fernández apunta a los Estados que no aprueben el Estatuto o no reformen sus legislaciones, o bien que, haciéndolo, no lleven adelante juicios o indulten o beneficien con amnistías a los sospechosos; conf. Fernández, Fernando M., "Los crímenes previstos..." cit., p. 518, nota 13. A continuación diré algo al respecto.

(81) Una tercera reforma trata de la clasificación delictiva, ajena a nuestro sistema.

(82) Conf. Fernández, Fernando M., "Los crímenes previstos..." cit., p. 530.

(83) Conf. Fernández, Fernando M., "Los crímenes previstos..." cit., ps. 531/2.

(84) Información adicional puede consultarse en el vol. 13, n. 4, IPC. -para asegurar su funcionamiento- de septiembre de 2001 de *Human Rights Watch*, http://www.hrw.org/campaigns/icc/docs/handbook_s.pdf.

(85) El informe presentado ante la Comisión Interministerial de la Argentina para la implementación del Estatuto puede ser consultado en <http://>.

(86) Nuestra Corte Suprema ha dicho -en Fallos 318:2148 (JA 1996-I-328)- que ello está contenido en el art. 118 CN. (LA 1995-A-26) y antes de la reforma de 1994 -en Fallos 43:321- lo pudo sugerir, según se lo mire. Dos reservas en cuanto al tema: ¿para qué recoger algo que "es parte" del ordenamiento federal argentino?; ¿o acaso no surge del art. 118 CN. lo que la Corte creyó ver en él? Si está consolidado que el *ius cogens* se inserta desde la Ley Fundamental, no parece necesario su tratamiento en particular; si, por el contrario, es menester recurrir a ello -porque existen temores o dudas respecto de aquello-, la seducción desde la Constitución no tenía el real asiento que -en función a ella- se dijo. Como sea el anteproyecto de CP -Resols. MJ. 303/04 y 136/05- hace ajustes en cuanto al principio de universalidad y recoge a partir del art. 70 lo que hace a la materia del *ius cogens*. Además el art. 57 los declara imprescriptibles en consonancia con ordenamientos sustanciales europeos.

(87) Conf. Granados Peña, Jaime E., "La responsabilidad de los jefes..." cit., p. 211. Cabe recordar que los Estados deben cooperar con la Corte en los hechos que habilitan su competencia, conforme lo manda el Estatuto -art. 86 -, por ej., en materia de extradición de acusados, y es difícil resolver el dilema hermenéutico que pueda extenderse a las negativas con base en privilegios de soberanía por razones de seguridad nacional -art. 93.4, en función del art. 72 y concs.- más allá de estas disposiciones.

(88) Con el citado caso de A., si Yemen hubiese tenido un régimen de extradición y adoptado criterios de cooperación internacional, con seguridad no se hubiera visto afectada en su soberanía por la investigación encubierta de un Estado extranjero; sin embargo, en imperio de su soberanía es que se niega y origina el caso judicial en un tercer país; así, *Bundesverfassungsgericht* -2 BvR., rta. el 5/11/2003-. Alemania dijo que como la técnica empleada no era propia, no se daba con una afectación del proceso justo. No obstante el ingenio evidenciado ante tal compleja encuesta (con los valores en tensión), la defensa también alegaba que la extradición expondría al detenido al peligro de dudosos métodos de interrogación, respecto de la que el Tribunal Constitucional le depositaría toda su fe para que no fuera así. En función del considerando respectivo -75/76-, los Estados Unidos restringieron la aplicación de la orden presidencial del 13/11/2001, ni lo llevarían a un campo de internación, y con eso, conforme sentenciaron, bastaba.

(89) Ampliar la visión en un artículo del Prof. de la Universidad Pompeu Fabra Fernández Buey, Francisco "Tres razones contra esta guerra", en AA.VV., "Jueces para la democracia. Información y debate" n. 42, noviembre de 2001, Madrid, p. 13. La desnaturalización inaceptable puede hacerse evidente en lo que puede considerarse incluso para los americanos *bad law* -en la legalización del *male captus-bene detentus*-, "*United States v. Álvarez-Machain*", vol. 504 US. 655 et seq., 1992, deliberación del *chief justice* William Rehnquist (por acción directa, se extrae a un sospechoso de colaborar con un cártel mexicano de drogas bajo tortura; y la Corte convalidó tal proceder). Máxime si los Estados Unidos por jurisprudencia centenaria de su Tribunal Supremo Federal habían reconocido que los principios del

Derecho Internacional hacían parte del derecho interno del país y que debían ser aplicados a casos presentados ante sus Cortes; conf. *in re "The paquete Habana"*, 175 US. 677, 1900.

(90) Al menos esto fue proclamado en el caso de A., *Bundesverfassungsgericht -2 BvR.*, rta. el 5/11/2003-.

(91) Conf. Laya, Gustavo, "Transnacionalización de sociedades..." cit., p. 215.

(92) Conf. Laya, Gustavo, "Transnacionalización de sociedades" cit., p. 215. El autor agregará, con razón, que debe criticarse la reacción originada en iniquidades criminógenas impulsadas por los poderes sancionadores, autores de las mismas injusticias.

(93) Conf. Cardús I Ros, Salvador, en una muy inteligente columna: "Desacreditar al sistema", para "La Vanguardia", 8/1/2003, p. 18.

(94) Conf. Cardús I Ros, Salvador, "Desacreditar..." cit., p. 18. Véase la ironía del analista al evaluar el "...a por ellos" emblemático del gobierno del Partido Popular de Aznar. Es verdad que en este y otros temas el -a partir de ahora- sector de la oposición española cuando era oficialismo giraba su plan de acción política en torno al Derecho Penal como primera ratio. La inmigración es un buen ejemplo de ello, pues no era sino un apéndice penal o policial del diagrama del titular del Ejecutivo. La dificultad evidenciada por los inmigrantes que querían trabajar y los propios ciudadanos españoles que querían darles empleo los arrojaba a la marginalidad -ante la complicadísima y continuamente reformada legislación de residencia y ciudadanía-; las autoridades de entonces, como colofón, les endilgaron el crecimiento del delito. Sin embargo, no es así; es más, quienes manejan la entrada ilegal en estos países son nativos de él. Ampliar en el artículo de Ramoneda, Josep "Bajo el signo de lo penal", en "El País", 14/1/2003.

(95) Según confió el periódico "*Le Figaro*" (22/1/2003), la juez que lleva adelante procesos anti-terrorismo, Laurence Le Vert, estaba destinada a ser asesinada por la puesta de un artefacto explosivo que iría como "*ventouse*" en algún vehículo.

(96) Existen derechos básicos o urgentes que incluso sociedades no liberales pueden reconocer; conf. Rawls, John, "*The law...*" cit., p. 79. El tema es que estas otras, no liberales, desde luego, cuentan con la dificultad adicional de que la autonomía de su comunidad o la soberanía del Estado no hacen nada a favor de tal reconocimiento. No obstante, podría concederse, sin dificultad, creo, que "tolerar" estos derechos es siempre una cuestión de poder; conf. Walzer, Michael, "*On toleration*", Yale University Press, New Haven, 1997, p. 52.

(97) Obsérvese que podría terminarse ante la alternativa de tirar una bomba atómica en una ciudad como para desmoralizar al enemigo y precipitar así el fin de una guerra, o continuar con la contienda en términos convencionales a costa de bajas propias, lo que como cuestión moral y jurídica es inmoral y un crimen internacional; y todo para la defensa de los derechos fundamentales o de libertad.

(98) También, Fernández Buey, Francisco, "Tres razones..." cit., p. 13.

(99) Atrás en el tiempo lo vivieron los alemanes, quienes, creyendo superados sus males con la derrota del nazismo, no advirtieron los relativos al arribo -vencedor- de los soviéticos, situación que Ralf Dahrendorf describiría -en su célebre "*Law and order*", 1985, Westriew Press, Colorado- como de verdadera anomie.

(100) ¿Hay ayuda internacional para los países cuya macroeconomía se solventa por la producción de sustancias estupefacientes? O ¿qué se hizo para promocionar los derechos fundamentales en países musulmanes, salvando el apoyo a un bando -y en interés propio- en el enfrentamiento interno con otro? Sanciones económicas o uso de la fuerza son alternativas que plantean objeciones al recurso de la última, cuando antes se la evitó por la aplicación de las primeras; véase Rudolf, Peter, "*Power without principles? Ethical problems of international economic sanctions*", en AA.VV., "*Law and State*", vol. 57, Institut für Wissenschaftliche Zusammenarbeit, Tübingen, 1998, p. 12.

(101) No han ratificado el Estatuto de Roma.

(102) Giuseppe Palmisano muestra que cuando se ha recurrido a ella ha sido eficaz. Véase en este supl. "Reflexiones sobre la conciliación..." cit. También lo confirma, en cuanto al caso de la desintegración o transformación de los antiguos Estados miembros del Pacto de Varsovia, Del Vecchio, Anna M., *"La prevenzione dei conflitti..."* cit., ps. 141/143.

(103) Sobre la meta ampliar en Laya, Gustavo, "Transnacionalización de sociedades..." cit., p. 226. Por otra parte, piénsese en que la consolidación de la democracia y las ventajas que el sistema puede traer consigo pueden constituir una notable defensa de los derechos fundamentales allí donde puedan existir minorías que de otro modo se verían amenazadas. Hungría y Rumania muestran que el ingreso a la OTAN. resulta ser una llave en este sentido; conf. Boffo, Mario, *"L'allargamento e le alter trasformazioni della NATO. all'alba del terzo millenio"*, en AA.VV., *"Studi urbinati"*, A-54, 3, 2002-2003, p. 348.

(104) Conf. Rawls, John, *"The law..."* cit., ps. 106/7.

(105) Conf. Rawls, John, *"The law..."* cit., p. 108. Advertirá aquí el lector cómo el autor muestra que todo lo demás, desde un nivel de condiciones, no es per se necesario. Con ayuda y guía, países con pocos recursos pueden salir adelante, citando como ejemplo a Japón. Otros con muchos recursos, no; tal el caso de la Argentina.