

CARLOS JULIO LASCANO (H)
SEBASTIÁN F. GARCÍA AMUCHÁSTEGUI
(DIRECTORES)

LA RELEVANCIA DE LA DOGMÁTICA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Autores

Sebastián F. García Amuchástegui
Alejandro Chehtman
Alicia Gil Gil
Alejandro Kiss

Carlos Julio Lascano (h)
Héctor Olásolo
Jesús María Silva Sánchez
Manuel J. Ventura

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	15
UNA TEORÍA DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES: ELEMENTOS CONCEPTUALES Y NORMATIVOS , <i>por Alejandro Chebtman</i> .	21
I. INTRODUCCIÓN.....	21
II. ¿QUÉ ES UN CRIMEN INTERNACIONAL?	24
III. ¿QUÉ HACE DE UNA DETERMINADA CONDUCTA UN CRIMEN INTERNACIONAL?	36
IV. CONCLUSIÓN.....	49
V. BIBLIOGRAFÍA	49
ASESINATOS SELECTIVOS EN LA «GUERRA PUNITIVA» CONTRA EL TERRORISMO , <i>por Jesús-María Silva Sánchez</i>	53
I. PAZ.....	53
II. GUERRA Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO ...	54
2.1. Matar a combatientes	54
2.2. La afectación de población civil: civiles que toman parte directa en las hostilidades, escudos humanos, otros civiles	57
III. PECULIARIDADES DE LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO COMO «GUERRA»	59
IV. LEGÍTIMA DEFENSA O CASTIGO PREVENTIVO: LA <i>WAR ON TERROR</i> COMO GUERRA PUNITIVA.....	63
V. GUERRA AL TERROR Y ESTADO DE NECESIDAD.....	67
VI. EL EMPLEO DE DRONES.....	68
VII. BIBLIOGRAFÍA	69

	Pág.
REFLEXIONES SOBRE LA CORRUPCIÓN ASOCIADA A LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA Y LOS OBSTÁCULOS PARA UNA RESPUESTA EFICAZ DESDE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL, por Héctor Olasolo	73
I. INTRODUCCIÓN: LA RELACIÓN ENTRE EL MODELO GLOBAL DE DESARROLLO Y LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA	73
II. LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS ORGANIZACIONES DE LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA	76
III. LA CORRUPCIÓN COMO ACTIVIDAD CENTRAL DE LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA	78
IV. LOS OBSTÁCULOS ENFRENTADOS POR EL DERECHO PÚBLICO PARA RESPONDER EFICAZMENTE A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA A LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA: PARTICULAR REFERENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	83
V. LOS OBSTÁCULOS ENFRENTADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL PARA RESPONDER EFICAZMENTE A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA A LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA.....	87
VI. CONCLUSIÓN.....	94
VII. BIBLIOGRAFÍA	96
COSTUMBRE INTERNACIONAL O «JURISPRUDENCIA O DOCTRINA CONSUECUDINARIA» EN LA CREACIÓN DE FORMAS DE PARTICIPACIÓN CRIMINAL ¿Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL?, por Sebastián Félix García Amuchástegui	103
I. INTRODUCCIÓN.....	103
II. DERECHO PENAL INTERNACIONAL	106
III. COSTUMBRE INTERNACIONAL.....	112
3.1. Concepto.....	112
3.2. Requisitos de configuración	115
3.2.1. Postura tradicional	115
3.2.2. Perspectivas modernas	117
IV. «CREACIÓN» DE FORMAS DE PARTICIPACIÓN CRIMINAL	128
4.1. Origen	128
4.2. Empresa criminal conjunta.....	130
V. ¿ES CORRECTO QUE EL DERECHO CONSUECUDINARIO INTERNACIONAL CONSTITUYA LA FUENTE DE CREACIÓN DE UNA FORMA DE PARTICIPACIÓN CRIMINAL?	132

	Pág.
VI. CONCLUSIÓN.....	137
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	138
EL DOLO EN LA COAUTORÍA Y EN LA COAUTORÍA MEDIATA DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 30 DEL ESTATUTO DE ROMA. ARGUMENTOS CONTRA EL CASTIGO POR LOS EXCESOS DEL COAUTOR O DEL INSTRUMENTO, por Alicia Gil Gil.....	143
I. INTRODUCCIÓN.....	143
II. EL CONCEPTO DE AUTOR ELEGIDO POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	144
III. LA IMPUTACIÓN DE LOS EXCESOS DEL CODELINCUENTE O DEL EJECUTOR.....	148
IV. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LOS EXCESOS EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.....	151
V. LA DEFINICIÓN AMPLIA DEL ACUERDO O PLAN COMÚN.....	154
VI. LA INCORRECTA CARACTERIZACIÓN DEL DOLO Y CON ELLO DEL DOLO CONJUNTO EXPRESADO EN EL PLAN COMÚN O ACUERDO.....	157
VII. EXPLICACIÓN DESDE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL.....	159
VIII. LA REGULACIÓN DEL DOLO EN EL ER.....	162
IX. LA DACIÓN DE ÓRDENES COMO IMPOSICIÓN AL EJECUTOR DE LA VOLUNTAD DE ACTUAR DEL HOMBRE DE ATRÁS.....	166
X. CONCLUSIONES.....	169
XI. BIBLIOGRAFÍA.....	170
LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, por Alejandro Kiss.....	175
I. INTRODUCCIÓN.....	175
II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR.....	177
III. EL JEFE MILITAR Y LAS FUERZAS; LOS SUPERIORES Y LOS SUBORDINADOS.....	181
IV. MANDO, AUTORIDAD Y CONTROL EFECTIVOS.....	189
V. NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE LOS JEFES MILITARES Y OTROS SUPERIORES.....	195
VI. LAS OBLIGACIONES.....	198
6.1. Ejercer un control apropiado.....	198

	Pág.
6.2. Prevenir la comisión de los delitos.....	199
<i>a)</i> Concurso de formas de participación.....	200
<i>b)</i> Las medidas para prevenir.....	203
6.3. Reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.	205
6.4. Adoptar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance	209
VII. LOS CRÍMENES «COMETIDOS» POR LAS FUERZAS O SUBORDINADOS	212
VIII. LA CAUSALIDAD	214
IX. REQUISITOS SUBJETIVOS	221
9.1. Conocimiento.....	223
9.2. Jefe militar: «hubiere debido saber».....	227
9.3. Superiores no militares: «deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente».....	232
X. CONCLUSIÓN.....	232
XI. BIBLIOGRAFÍA	233
CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE AUTORÍA EN DELITOS DE LESA HUMANIDAD A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS UBICADOS EN LOS NIVELES SUPERIORES E INTERMEDIOS DE LA ESTRUCTURA DE PODER, por Carlos Julio Lascano.....	237
I. INTRODUCCIÓN.....	237
II. DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN	238
III. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	241
IV. LA SUBSUNCIÓN DEL TERRORISMO DE ESTADO ARGENTINO EN LA CATEGORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBERES ESPECIALES	246
V. CONCLUSIONES	249
VI. BIBLIOGRAFÍA	251
EL CASO <i>BEMBA ET AL.</i> DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: COMPLICIDAD, COLABORACIÓN Y EL ARTÍCULO 25.3.C) DEL ESTATUTO DE ROMA (1998), por Manuel J. Ventura.....	253
I. INTRODUCCIÓN.....	253
II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y DE APELACIÓN DE <i>BEMBA ET AL.</i>	257
2.1. El nivel de contribución del <i>actus reus</i>	267

	<u>Pág.</u>
2.2. El ánimo o el soporte moral y los autores.....	267
2.3. La <i>mens rea</i> de «propósito».....	273
III. CONCLUSIÓN.....	279
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	281

INTRODUCCIÓN

La historia de la humanidad se encuentra inmersa en un continuo discorrir de avances y retrocesos, muchos de ellos de impacto global. Conflictos armados de diversa índole, hambrunas, pandemias, desastres ambientales, entre otras cuestiones relevantes, sacuden constantemente la de por sí endeble coexistencia mundial, poniendo en jaque las instituciones (democráticas) establecidas en ese marco y, particularmente, a los individuos.

El Derecho entendido como fenómeno social no es ajeno a dichas circunstancias. Sobre ese telón de fondo se elabora y aplica un conjunto de normas que se caracteriza —entre otros aspectos— por una finalidad general de *motivar comportamientos*, lo cual se refuerza con la aplicación de *sanciones institucionalizadas*.

Estas se presentan con específicas características en el ámbito penal que, como es sabido, puede ser conceptualizado (y utilizado) tanto para fines propios de un sistema constitucional de Derecho como para los más infames propósitos.

Lo aludido anteriormente no parece exagerado si se repara en los conceptos jurídicos teóricos que se desarrollaron durante el régimen nazi, en donde un grupo de intelectuales integrados principalmente por lo que se denominó la Escuela de Kiel (Dahm y Schaffstein), aunque no únicamente, postuló un Derecho penal de autor (que luego fue ejecutado hasta las últimas consecuencias) en base a la ideología imperante de la «supremacía blanca», en donde la voluntad del Führer constituía la fuente acabada del Derecho.

En ese contexto, los «contrarios» a los postulados nacional-socialistas no solo fueron despojados de los más básicos derechos, sino ultimados de las formas más atroces a partir de la denominada solución final. La maquinaria nazi puesta al servicio de la aniquilación encontró su clímax en los tristemente famosos campos de concentración de Auschwitz, Mauthasen, Dachau, Sachsenhausen y Ravensbrück, entre otros.

Esa época infame dio lugar al nacimiento formal del Derecho penal internacional (DPI), pues a partir de la institución del Tribunal Militar Internacional de Núremberg se persiguió y juzgó efectivamente, por primera

vez en la historia, a un grupo de personas físicas por la comisión de crímenes de Derecho internacional, lo cual no estuvo exento de críticas de diversa índole.

Y así comenzó la «historia» del mentado DPI con evoluciones y retracciones propias de una rama jurídica nueva que involucra aspectos del Derecho internacional público y del Derecho penal, en esa conjunción de principios que, en determinadas situaciones, aparentan ser de difícil conciliación y que, sin temor a equivocarnos, se *encuentran en plena construcción*.

La entrada en vigor del Estatuto de Roma y la instauración de la Corte Penal Internacional implicó, sin lugar a dudas, un avance decisivo para la consolidación del DPI a partir del establecimiento de un tribunal permanente con determinadas características y competencias, erigido exclusivamente para juzgar los denominados *core crimes* en esa afectación de bienes jurídicos colectivos.

Precisamente, algunos aspectos de dicha combinación entre ramas jurídicas cercanas en algunos de sus postulados, pero también disímiles, constituye el objeto de estudio del presente volumen.

En este libro se reúnen una serie de análisis que pretenden examinar aspectos relevantes del DPI, como cuestiones aún controvertidas de inclusión en dicho ámbito jurídico, que podemos centrar en tres ejes relevantes, a saber:

- a) El primero alude a la temática de qué debe entenderse por crímenes internacionales y las consecuencias que ello implica, incluso en su consideración de ciertos actos por su inserción en ese contexto (*v. gr.*, terrorismo, crímenes contra el medio ambiente, etc.). En este espacio de materias que son objeto —actualmente— de debate en el DPI se analizan, por un lado, aspectos centrales de la justificación y su determinación en cierta categoría dogmática penal de la lucha contra el terrorismo, y, por otro, el fenómeno de la corrupción asociada a la delincuencia transnacional organizada y los obstáculos que se presentan para una respuesta eficaz desde el Derecho público y el Derecho internacional.
- b) En el segundo se aborda la cuestión relativa a si es correcto afirmar que la costumbre internacional pueda erigirse en la fuente de creación normativa de un tipo penal internacional, específicamente de formas de participación criminal y ello en su conjunción con el principio de legalidad penal.
- c) El tercero, por último, gira en torno a las diversas estructuras de atribución de participación criminal (responsabilidad del superior, coautoría mediata, etc.), y las complejidades y divergencias existentes al respecto, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial.

Pasemos revista a una revisión sucinta de cada uno de los artículos y también de la importancia de los mismos para el análisis estructural aquí pretendido.

El texto de Alejandro Chehtman persigue el análisis de una de las preguntas teóricas fundamentales del DPI como disciplina, como lo es *qué debe entenderse por crímenes internacionales y su diferenciación de los delitos internos e incluso transnacionales*. Específicamente, sobre la idea central de que una teoría de los crímenes internacionales no solo requiere identificar las características que lo definen en tal sentido, sino también proporcionar una explicación de que por qué determinadas conductas deben estar sujetas a ese trato particular. La primera pregunta es de naturaleza conceptual; la segunda, normativa.

El texto muestra cómo una teoría verdaderamente útil de la criminalización internacional debería explicar por qué instancias específicas de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio califican adecuadamente como crímenes internacionales, pero también ayudarnos a evaluar si otras conductas, como las que caracterizan casos de terrorismo, corrupción, etc., deben ser tratadas como tales.

El artículo de Jesús-María Silva Sánchez, por su parte, analiza, con la profundidad que caracteriza al autor, la cuestión relativa a la ubicación sistemática en la teoría del delito de aquellos actos realizados por funcionarios públicos (en general) en la lucha contra el terrorismo. En especial, en qué causa de justificación, con los elementos o requisitos que ello conlleva, pueden o deben ser incluidas dichas conductas que involucran homicidios dolosos (*v. gr.*, legítima defensa, cumplimiento de un deber, etc.).

Esta temática involucra, sin lugar a dudas, un tema de relevancia para el análisis jurídico-penal de la lucha contra el terrorismo, cuestión que, directamente, se vincula en sus contornos generales con la inclusión o no de dichos actos como temas de regulación del DPI, y ello en correlación con lo tratado en otros artículos del presente libro.

Por su parte, la investigación de Héctor Olásolo se centra en un tema sumamente actual, como lo es el desarrollo de particulares estructuras de la delincuencia transnacional organizada en el contexto de una economía criminal dirigida a proveer bienes y servicios prohibidos a quienes conforman la *ciudadanía global* en las áreas conectadas.

En ese marco, el autor analiza de forma particularizada las características que presenta ese fenómeno (*v. gr.*, estructura empresarial clandestina; pluralidad de miembros; conexión estructural con los poderes públicos administrativo, legislativo y judicial, y privados; redes descentralizadas, flexibles y adaptativas a las condiciones del contexto, a través de las que construyen conexiones con otros grupos y forman cadenas de tráfico ilícito global; ame-

naza y ejercicio ilegal de la violencia, etc.), en donde la corrupción juega un papel central en sus actividades.

Dichas tipologías suponen para Olásolo que las añejas disposiciones jurídicas de prevención, control y sanción han quedado obsoletas para enfrentar a las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada y a las prácticas de corrupción que promueven, siendo necesarios nuevos mecanismos para hacer frente a ese flagelo.

Una de dichas herramientas —entre otras— se encontraría en el objetivo de terminar, especialmente, con la confrontación existente entre los defensores y detractores de la extensión de aquellas instituciones que encuentran aplicación en el Derecho internacional público y particularmente en el DPI (tribunales internacionales penales de ámbito universal o regional, tribunales híbridos y jurisdicciones nacionales actuando conforme al principio de jurisdicción universal), todo ello con miras al cumplimiento de su función originaria de poner fin a la impunidad de los máximos responsables de los crímenes de *ius cogens*.

En la segunda parte del libro, el texto de Sebastián García Amuchástegui se enmarca en una cuestión que no solamente decanta en aspectos centrales del DPI, como lo es la utilización de la costumbre internacional en cuestiones de Derecho penal, sino también en aquellos criterios relacionados con la aplicación de dicha fuente del Derecho internacional en el ámbito interno, y ello en consonancia con los alcances otorgados al principio de legalidad penal.

En especial, el artículo analiza si es correcto afirmar que la norma consuetudinaria internacional supone —justificadamente— la «fuente» de creación de un tipo penal (internacional) o de una forma de atribución de responsabilidad; ello a partir del análisis de los requisitos estructurales de la mentada norma consuetudinaria haciendo hincapié en la estructura de participación denominada empresa criminal conjunta.

Por último, en la tercera parte se reúnen una serie de artículos que analizan con suma claridad y profundidad diversas cuestiones relativas a formas de atribución penal en el ámbito internacional.

Así, en primer término encontramos la investigación de Alicia Gil Gil que se centra en el análisis de la interpretación que la Corte Penal Internacional viene haciendo de los arts. 25 y 30 del Estatuto de Roma.

Para la autora de mención, una interpretación amplia del elemento «plan común» o «acuerdo» y la desvirtuación del elemento subjetivo favorecen acusaciones a título de coautor o coautor mediato por los delitos cometidos por terceros y que no han sido acordados ni ordenados por el acusado. Ello supone la infracción de los principios de responsabilidad por el hecho propio y de culpabilidad.

Por ello, Gil Gil propone una definición estricta del art. 30 que destaca la exigencia de la intención de incurrir en la conducta, entendida como voluntad de actuar, entre otros aspectos relevantes.

Por su parte, el artículo de Alejandro Kiss se centra en la cuestión relevante para el DPI del modelo de imputación penal denominado «responsabilidad del superior», partiendo de la premisa de que el mismo fue concebido con la finalidad de cubrir ciertos casos que, a pesar de que no podrían ser criminalizados bajo las formas ordinarias de autoría y participación, merecerían una sanción penal.

El autor sostiene que, pese a los esfuerzos realizados tanto por la doctrina al respecto como por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* y recientemente por la Corte Penal Internacional por explicar su naturaleza, sus elementos y características, todavía «gobierna al respecto una preocupante falta de claridad».

Por ello, su propuesta se centra en analizar los aspectos que plantean las mayores consecuencias prácticas, entre ellos: la relación entre el superior y el subordinado incluyendo el requisito de control efectivo, los deberes que se le imponen a los superiores, el requisito de causalidad y el elemento subjetivo.

Por su parte, la investigación de Carlos Lascano se centra en una cuestión crucial para el DPI como es la categoría de participación de autoría mediata por aparatos organizados de poder. Esto a partir de la creación efectuada por Claus Roxin, específicamente, a partir del juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos por el régimen nacionalsocialista en la Segunda Guerra Mundial; más en concreto, al proceso realizado en Jerusalén contra Adolf Eichmann. Todo ello como respuesta al fenómeno de la macrocriminalidad organizada estatal.

Especialmente se analiza —entre otros aspectos— si la intervención de funcionarios públicos en delitos de lesa humanidad puede ser considerada autoría en *delitos consistentes en infracción de deber*, como han sostenido algunas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales.

Por último, el artículo que cierra el libro es el elaborado por Manuel J. Ventura, a partir del cual se analizan los pronunciamientos del caso *Bemba y otros* —y los primeros pronunciamientos de la Sala de Primera Instancia y de Apelaciones de la CPI— sobre la ley de complicidad y colaboración en la CPI dentro del art. 25.3.c), destacando los aspectos positivos y negativos al respecto.

El texto en cuestión se enfoca en tres asuntos legales sobre los cuales la Sentencia de Primera Instancia y de Apelación de *Bemba y otros* expresó una opinión (o falta de ella): *i*) el nivel de contribución del *actus reus*, *ii*) el ánimo o soporte moral y los autores, y *iii*) la *mens rea* de «propósito».

Antes de concluir con esta presentación, no queremos dejar de resaltar que el conjunto de artículos reunidos en esta obra pretende, en última instancia, contribuir al análisis de aspectos relevantes y actuales del DPI (y otros controvertidos de inclusión en ese ámbito) en lengua castellana, y esto sobre aspectos divergentes entre sí.

En tal sentido, Carlos Nino se preguntaba en su eminente obra intitulada *Juicio al mal absoluto*: «¿Cómo enfrentar el mal? ¿Cómo responder a violaciones masivas de derechos humanos? ¿Cómo hacerlo cuando son cometidas desde el Estado o por quienes cuentan con el consentimiento y la tolerancia de sus gobiernos?»¹.

Estos interrogantes encuentran, a nuestro entender, una respuesta común: la persecución y castigo de aquellos actos que socavan las bases sobre las que se asienta la comunidad internacional en su conjunto se debe efectuar, sin lugar a dudas, en base a criterios propios de la dogmática penal imperante, en su conjunción con aspectos relevantes del sistema jurídico internacional y de respeto a los derechos humanos.

En otras palabras, los fines no justifican los medios por más atroces que sean las conductas desarrolladas, sino que la respuesta firme, decisiva, concreta y rápida frente a conductas —en este caso— macrocriminales debe efectuarse en consonancia con el cumplimiento de altos estándares que podríamos centrar en el desarrollo del debido proceso, especialmente de principios fundantes de Derecho penal y constitucional, entre otros tantos aspectos, que cumplan con los objetivos propuestos, pero bajo estos criterios fundamentales.

Por otra parte, queremos hacer explícito nuestro agradecimiento a los doctores Ignacio Sánchez Gavier y Fernando Miguel Comuñez, así como a la doctora Ana María Cortés de Arabia por su valiosa colaboración en la corrección y compaginación de determinados textos y, también, en sus aportes sobre la obra en general.

Por último, queremos agradecer especialmente a los profesores Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Ramon Ragués i Vallès y Luí Greco por su especial consideración de la inclusión de la presente obra en la prestigiosa colección *Derecho penal y criminología* de la editorial Marcial Pons que dirigen.

Córdoba (Argentina), enero de 2022.

Carlos Julio LASCANO (h)
Sebastián F. GARCÍA AMUCHÁSTEGUI

¹ Carlos Santiago NINO, *Juicio al mal absoluto*, 1.ª ed., Ariel, Buenos Aires, 2006, pp. 33 y ss.

UNA TEORÍA DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES: ELEMENTOS CONCEPTUALES Y NORMATIVOS

Alejandro CHEHTMAN*

I. INTRODUCCIÓN

Determinar si una conducta en particular constituye un crimen internacional es un asunto importante tanto desde el punto de vista jurídico como político y moral. En la Argentina, por ejemplo, es la distancia que separa los crímenes perpetrados durante la década de 1970 que pueden ser enjuiciados hoy, más de cuarenta años después de los hechos, de aquellos que no pueden por estar sujetos al régimen de la prescripción¹. La constatación de que una conducta determinada constituye un crimen internacional explica también que los tribunales belgas puedan juzgar y castigar a dos monjas ruandesas por participar en un genocidio perpetrado en Ruanda contra víctimas ruandesas, mientras que carezcan de la facultad de juzgar el asesinato de un ciudadano brasileño en Londres. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo en cuenta este concepto de manera central al decidir

* Este trabajo es una versión apenas modificada de mi contribución «A Theory of International Crimes: Conceptual and Normative Issues», que aparecerá en *The Oxford Handbook of International Criminal Law* (Oxford University Press, en prensa), compilado por Kevin Jon HELLER, Fred MEGRET, Sarah NOWEN, Darryl ROBINSON y David OHLIN. Agradezco a los participantes de la Conferencia de la Filosofía Política de los Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires y el Seminario de la Facultad de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona por sus discusiones tan valiosas, especialmente a Jordi Ferrer, Jeffrey Howard y Saladin Meckled-García. También estoy en deuda con Fabricio Guariglia, Ezequiel Malarino, Justina Uriburu y los compiladores del Oxford Handbook por los comentarios y sugerencias que realizaron por escrito a un borrador anterior de este capítulo. Por último, agradezco especialmente a Sebastián García Amuchástegui por hacer una traducción tan cuidadosa. Los errores son únicamente mi responsabilidad. Los sitios web fueron visitados por última vez el 3 de diciembre de 2018.

¹ *Vid.* Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 24 de agosto de 2004, *Arancibia Clavel*, Fallos 327:3312 (Arg.), y Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 2005, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, Fallos 328:2056 (Arg.).

la nulidad de las amnistías dictadas por las autoridades nacionales del Perú y Uruguay². Finalmente, esta pregunta también subyace detrás de buena parte del debate sobre la posible inclusión del crimen de terrorismo dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (en adelante, la CPI)³. En resumen, qué distingue a los crímenes internacionales de los delitos internos, e incluso transnacionales, es una de las preguntas teóricas centrales que subyacen tras el Derecho penal internacional como disciplina. Por consiguiente, no es sorprendente que este tema haya recibido una atención considerable tanto en la literatura jurídica como filosófica.

La lista de crímenes internacionales incluye de forma estándar los llamados «crímenes nucleares», como los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el crimen de agresión. Muchos agregan tortura a esta lista. Existen, por supuesto, casos controvertidos, desde el terrorismo (o ciertas variedades de terrorismo) hasta crímenes contra el medioambiente y de corrupción. Sin embargo, la cuestión teórica sobre la criminalización internacional no es solo sobre cuáles de estas conductas específicas justifican el estatus de crímenes internacionales. También involucra la pregunta acerca de qué implica tratarlos como tales. A saber, una teoría de los crímenes internacionales no solo requiere identificar las características que lo definen, sino también proporcionar una explicación de que por qué estas conductas deben estar sujetas a ese trato particular. La primera pregunta es de naturaleza conceptual; la segunda, normativa.

La construcción de una teoría general sobre la criminalización es una de las preguntas centrales también en la teoría del Derecho penal nacional. Dicho sucintamente, las teorías de la criminalización (a nivel interno) buscan explicar cuándo una conducta particular justifica que el Estado inflija un castigo legal a su autor⁴. En este sentido, estas teorías están estrechamente vinculadas a justificaciones del castigo penal, así como con argumentos relativos a los alcances de la autoridad del Estado. En cambio, hay mucho menos

² Vid. Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*, fallo del 14 de marzo de 2001 (méritos), y *Gelman v. Uruguay*, fallo del 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221. Para ver la jurisprudencia expansiva de la Corte IDH, vid. el caso *Bulacio v. Argentina*, fallo del 18 de septiembre de 2003 (fundamentos, compensaciones y costas).

³ Vid., por ejemplo, B. SAUL, «Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, núm. 3, 2011, p. 677, y M. J. CHRISTENSEN, «Crafting and Promoting International Crimes: A Controversy between Legal Professionals of Core Crimes and Anti-corruption», *Leiden Journal of International Law*, vol. 30, núm. 2, 2017, pp. 155-172.

⁴ Vid. J. S. MILL, *On Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2008 [1859], cap. 1, y la monumental obra de cuatro volúmenes de J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1984-1986. Más recientemente, vid. A. DUFF, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart, 2007; V. TADROS, *Wrongs and crimes*, Oxford, Oxford University Press, 2018, y D. HUSAK, *Overcriminalization: the Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

acuerdo sobre qué debe proporcionar exactamente una teoría de la criminalización internacional. Podría decirse que esto es consecuencia de que existe mucho menos acuerdo en cuanto al concepto de crimen internacional. Por consiguiente, para poder identificar las conductas que justifican la criminalización internacional primero debemos acordar qué significa que dicha conducta se considere un crimen internacional. Esta es la primera cuestión que esta contribución abordará.

La pregunta normativa, a su vez, requiere proporcionar buenas razones sobre por qué deberíamos someter una determinada conducta al trato que conlleva la criminalización internacional. Algunos afirman que esta pregunta debe responderse exclusivamente por referencia al Derecho internacional existente. Argumentaré, por el contrario, que una explicación fructífera de la criminalización internacional debe dar sentido al derecho existente, pero también debe ir más allá de los crímenes internacionales existentes *lex lata* y proporcionar argumentos para la criminalización internacional *de lege ferenda*. Es decir, una teoría verdaderamente útil de la criminalización internacional debería explicar por qué instancias específicas de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio califican adecuadamente como crímenes internacionales, pero también ayudarnos a evaluar si otras conductas, como las que caracterizan casos de terrorismo, corrupción, etc., deben ser tratadas como tales. Este aspecto adicional es importante también para poder evaluar críticamente la pertinencia y los alcances de los distintos elementos de los crímenes internacionales existentes, como, entre otros, los requisitos de un ataque generalizado o sistemático, o un elemento de política para la perpetración de crímenes de lesa humanidad⁵.

En consecuencia, en el epígrafe II defenderé una definición conceptual particular de crimen internacional mediante un escrutinio crítico de dos posiciones influyentes en la literatura. El epígrafe III, por su parte, se centrará en los fundamentos normativos que hacen de una acción particular un crimen internacional. Este tema ha recibido considerable atención en la literatura, particularmente en relación con los crímenes de lesa humanidad⁶. En esta contribución, evaluaré dos argumentos recientes que abogan por ampliar la lista de crímenes internacionales «nucleares». En contraposición, defenderé una posición ligeramente revisionista respecto del Derecho positivo en vigor al sugerir que no hay buenas razones para exigir que los crímenes

⁵ *Vid.*, por ejemplo, C. KRESS, «On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 CPI, Kenya Decision», *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, núm. 4, 2010, p. 855.

⁶ *Vid.* D. LUBAN, «A Theory of Crimes against Humanity», *Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, pp. 85-167; L. MAY, *Crimes Against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; A. ALTMAN y Ch. WELLMAN, *A Liberal Theory of International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, cap. 4, y R. VERNON, «What is a Crime against Humanity?» *Journal of Political Philosophy*, vol. 10, núm. 3, 2002, pp. 231-249, entre otros.