

Prólogo

El presente libro sintetiza los principales conceptos del Derecho penal internacional, proporcionando una visión completa de sus problemas y de las incógnitas que ofrece hacia el futuro. Por cierto, esta síntesis que el autor logra, no es sencilla. Quien la intenta debe eludir, en primer lugar, las frecuentes confusiones con otros aspectos en que el Derecho penal roza o se toca con el Derecho internacional. Por otra parte, debe enfrentarse con las que surgen de su desarrollo relativamente reciente, que hace que el penalista tradicional no esté habituado a sus particularidades.

Se trata —sin duda— de un Derecho penal nuevo, no sólo por su creación, producto de las trágicas experiencias del siglo pasado, sino también por las características de su jurisdicción.

Somos conscientes de que sus peculiaridades no le han ahorrado críticas, entre otras, su escasa efectividad preventiva de nuevos crímenes y su muy marcada selectividad.

No obstante, al menos estas dos objeciones no nos parecen válidas: tampoco el poder punitivo que habilitan los derechos penales nacionales tiene mucha eficacia preventiva y, además, su selectividad está hoy fuera de discusión. Por ende, las razones para deslegitimarlo en función de estas críticas no son diferentes de las que merece todo el Derecho penal, puesto que no por devenir internacional, el poder punitivo que habilita pierde sus caracteres estructurales de ineficacia preventiva y de selectividad criminalizante.

Además, cabe observar que el pensamiento jurídico tiende a ser sistemático, pues así lo impone su tarea de interpretación. Con frecuencia, la *vocación sistemática* del jurista, su predilección *geométrica* —por así llamarla—, lo mueve a una crítica institucional basada en las incoherencias y contradicciones del material a interpretar. El jurista que se deja llevar por su *vocación de coherencia y armonía*, pretende en el fondo que las instituciones nazcan perfectas y acabadas,

cuando la realidad impone que éstas se generen al compás de coyunturas políticas que, además, son completamente dinámicas, como siempre lo es el poder.

Las instituciones, nacionales o internacionales, nacen como las circunstancias políticas lo permiten en cada momento histórico, y es al jurista a quien incumbe la tarea de una interpretación que, esa sí, debe ser lo más lógicamente completa posible.

Lo cierto es que no es sencillo legitimar un poder punitivo tan extremadamente selectivo como el habilitado por el Derecho penal internacional —y tan poco eficaz en la práctica—, con los discursos tradicionales que esgrime la doctrina penal dominante y que, además, parecen haberse anquilosado, hace más de dos siglos, en los enunciados clasificatorios simplistas de las llamadas *teorías de la pena*.

La doctrina penal en general, ante esta dificultad, optó por desarrollar con extremo cuidado la teoría del delito, y dejar raquítica la teoría de la pena. Se concentró en el *qué* del Derecho penal y dejó de lado su *para qué*. En el curso del siglo pasado, esta desviación de la atención doctrinaria tuvo algunas consecuencias trágicas, por todos conocidas y aún no del todo superadas.

Como es lógico, esta característica de la doctrina penal general repercute fuertemente sobre esta rama especial, en particular a la hora de responder a los cuestionamientos que se le formulan. La legitimación del Derecho penal internacional en base a las viejas *teorías preventivistas* no se sostiene, porque nadie puede creer seriamente en la eficacia preventiva del Derecho penal frente a estos crímenes atroces y, menos aún, cuando son unos pocos casos los que la selectividad política del poder punitivo deja filtrar, en clara relación inversa con el poder de los estados comprometidos.

En esta rama es más evidente que en cualquier otra, que la vulnerabilidad depende de la lejanía del poder internacional que ejerce la persona o el Estado al que pertenece: a mayor poder, menor vulnerabilidad, y viceversa.

Más aún: sería dramático que se creyese seriamente que el Derecho penal internacional previene estos crímenes, porque dejarían de buscarse otros caminos preventivos de mayor eficacia.

Desde hace tiempo venimos sosteniendo que la legitimación del ejercicio del poder punitivo que el Derecho penal internacional habilita, debe procurarse por otro camino, que comienza claramente con la experiencia de los juicios de Nuremberg, criticados por muchos penalistas, desde la perspectiva de los principios rectores del Derecho penal liberal. No nos cabe duda acerca de esas críticas: es innegable que los jueces eran *ex post facto*, que se trataba de un tribunal establecido por los vencedores, que las penas no estaban establecidas por ley anterior, etcétera.

No obstante, el modelo contrario a Nuremberg era Dongo, donde Mussolini, su amante y otros, directamente fueron ejecutados sin proceso alguno. Cabe re-

cordar que se instruyó un proceso con motivo de ese hecho, que más de dos décadas después fue clausurado con el curioso argumento de que se trató de un acto de guerra, pues el Estado social italiano no había firmado el armisticio, cuando las víctimas eran justamente las autoridades de ese Estado títere, que estaban huyendo en procura de cruzar la frontera suiza.

Este hecho, al igual que el caso de la ejecución del genocida turco Talat en Berlín en los años veinte (en que el tribunal berlinés, sin ningún fundamento serio, absolvió por inimputabilidad), demuestran claramente que el Derecho carece de autoridad ética para condenar a cualquier víctima de genocidio u otras atrocidades que diese muerte al criminal, en los casos en que el propio Derecho no ha hecho nada en pos de la punición.

De hecho, los autores de estos crímenes, cuando quedan impunes, sufren una *Friedlosigkeit* o *pérdida de la paz*. Su impunidad deja al Derecho impotente para condenar a cualquiera que los ejecute.

No se trata, por cierto, de que el poder punitivo sea necesario para evitar la *venganza privada*, que es un desgastado argumento para legitimar cualquier poder punitivo, sino de que, aunque sean pocos los casos reales, *el Derecho, el orden jurídico, no puede condenarse a sí mismo a la impotencia* y, tampoco puede dejar a una persona en situación de *pérdida de la paz*, porque se negaría a sí mismo, dado que esta situación significa —nada más ni nada menos— que colocar a un ser humano en condición de *no persona*. Dejar a un ser humano sin tutela jurídica para su vida es negarle su condición de persona, en abierta violación al principio de que todo ser humano es persona, piedra fundamental del Derecho internacional de los derechos humanos.

Entendemos que ésta es la legitimación de Nuremberg y de todo el Derecho penal internacional posterior. Nuremberg no fue un acto de barbarie, no se condenó a muerte a ningún hermano de la amante de nadie, se dio la oportunidad de escuchar a los condenados, tuvieron defensores letrados de confianza, etcétera. Lejos de ser un acto de barbarie, fue precisamente lo único que los vencedores pudieron hacer para deslegitimar cualquier eventual acto posterior de barbarie.

Es difícil que el penalista, habituado a las simplistas legitimaciones preventivistas de la doctrina corriente y a los principios del Derecho penal liberal estatal, pueda extraer estas conclusiones de la disyuntiva entre Dongo y Nuremberg. Para eso debe vencer algunos obstáculos del hábito de pensamiento más corriente en la doctrina.

Ante todo, debe manejarse con datos de realidad, lo que no es fácil en quienes se nutren de un neokantismo idealista o de su renovación normativista, en que la metodología misma le impide la incorporación de esa información.

En segundo lugar, debe enfrentar la contradicción de que está juzgando crímenes cometidos en buena medida por quienes ejercían el poder punitivo, dado

que la mayoría de ellos los practicaron agencias policiales, ante la indiferencia de jueces y a veces con su participación activa (las miles de penas de muerte ordenadas en sólo tres años por el *Volksgericht*, bajo la presidencia del verdugo Freisler). No es fácil deglutir la realidad de que el poder punitivo que el mismo Derecho penal habilita, se puede superponer e identificarse con los crímenes más atroces.

En tercer lugar, al ignorar la disyuntiva —es decir, la necesidad de optar—, suele creerse que se está entrando al campo del Derecho suprallegal o *natural*, lo que también provoca espanto, pues la propia racionalización legitimante de esos crímenes, por regla general, también apeló a la suprallegalidad iusnaturalista, como lo prueban, por ejemplo, los disparatados escritos de Helmut Nicolai sobre la *ley de las razas*.

A todo lo anterior se agregan desconfianzas políticas en cuanto al propio Derecho penal internacional: por izquierda, se teme que sea un instrumento de las grandes potencias del mundo; por derecha, las grandes potencias son reacias a ratificar los instrumentos internacionales en esta materia, porque temen que puedan quedar entrampadas en ellos.

A nuestro juicio, sólo venciendo todos estos obstáculos, podrá comprenderse la legitimación del Derecho penal internacional. Despejando estas dudas, creemos que este interesantísimo y bien elaborado esquema se podrá leer con menor desconfianza. La extraordinaria labor de síntesis que logra su autor será, pues, mejor valorada.

Eugenio Raúl Zaffaroni

Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires