

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

Profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana / Medellín
Colombia

Sumario

I. Introducción. II. Precisiones iniciales. III. El derecho comparado. A. Los modelos legales. 1. El sistema de tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas. 2. El modelo de tabulación con señalamiento de criterios generales de tasación, seguido de atenuantes y agravantes con penas flexibles. 3. El método de penas flexibles sin enunciación de criterios generales. 4. El régimen de tabulación de circunstancias con penas relativamente rígidas. 5. El patrón de penas flexibles sin enunciación de criterios generales, con atenuantes genéricas no especificadas. 6. Las fórmulas de criterios generales o sintéticas con penas flexibles. B. Algunas legislaciones contemporáneas. 1. El C.P. alemán de 1969. 2. El C.P. austriaco de 1975. 3. El C.P. español de 1995, reformado en 2003. 4. El C.P. portugués de 1995. 5. El C.P. ruso de 1997. 6. El C.P. francés de 1994. 7. El C.P. suizo de 1937. 8. El C.P. italiano de 1930. 9. El C.P. argentino de 1921. 10. El C.P. brasileño de 1940. 11. El C.P. peruano de 1991. 12. El C.P. colombiano de 2000. 13. El C.P. para el Distrito Federal de México de 2002. 14. El Estatuto del Tribunal para la Ex Yugoslavia. 15. El derecho anglosajón. IV. Las Previsiones del Estatuto de Roma. A. Normas básicas. B. Las penas: concepto, características y clases. 1. Concepto. 2. Características. 3. Clases. C. La determinación de la pena en sentido estricto.

to. 1. Precisiones iniciales. 2. Criterios genéricos para la determinación judicial de la pena. 3. Criterios específicos para la determinación judicial de la pena. 4. Casos especiales de determinación cuantitativa tratándose de los delitos contra la Administración de Justicia. D. La determinación de la pena en sentido amplio. 1. Los criterios de determinación para la reducción de pena. 2. Los criterios de determinación de la pena de multa. 3. Las directrices de determinación para el decomiso del producto, los bienes y los haberes directa o indirectamente ligados con el crimen. 4. Casos especiales de determinación cualitativa tratándose de los delitos contra la Administración de Justicia. 5. La ejecución de las penas impuestas. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Con miras a avanzar en el estudio del nuevo Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998¹ y que entró en vigor el 1.º de julio de 2002 —después de que, con creces, se reuniera el número mínimo de países cuya ratificación se exigía²—, se ha elegido en esta oportunidad el tema de *la determinación de la pena* el cual, como se sabe, se encuentra ligado con la Teoría de las consecuencias jurídicas del delito que, a su turno, es uno de los acápites centrales de la Parte General del Derecho Penal, al lado de las construcciones sobre la Ciencia penal y la conducta punible.

Por supuesto, como el asunto del cual se ocupa este trabajo se encuentra erizado de dificultades teóricas y prácticas, tanto en los distintos derechos positivos nacionales como en la doctrina y en la jurisprudencia, los estudiosos de diversas nacionalidades proclaman hoy la necesidad de manejar en esta parcela del saber jurídico unas reglas y unos criterios jurídicos racionalmente controlables y, por ende, no discrecionales³, preocupación todavía más válida cuando se piensa en el nuevo derecho internacional penal que hoy se abre paso. Ello, justa-

¹ Sobre los precedentes que desencadenaron la aprobación del Estatuto, Cf. AMBOS: «Hacia el establecimiento de un Tribunal internacional permanente», en *Actualidad Penal* N.º 10, págs. 223 y ss.; GIL GIL: *Derecho penal internacional*, págs. 60-65. Para una visión completa y de conjunto véase el trabajo pionero de AMBOS: *Der Allgemeine Teil*, págs. 39 y ss.

² Hasta el cinco de septiembre de 2003 se habían producido 92 ratificaciones. Cf. www.un.org/law/icc/prepcomm/report/prepreportdocs.htm

³ Cf. BRUNS, *Das Recht*, págs. 1 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal 2*, pág. 688; ZIFFER, *Lineamientos*, pág. 18; GALLEGO DÍAZ, *El sistema español*, págs. 1 y ss.; DOLCINI, *La commisurazione*, pág. 1.

mente, explica el empeño de algunos teóricos encaminado a erigir una nueva rama del saber jurídico dotada de plena autonomía —*el Derecho de las sanciones o de las consecuencias jurídicas*— buscando, sin duda, ponerle coto al azar y a la arbitrariedad, tan comunes en la práctica judicial cuando se trata de abordar estas materias⁴; dicho de otra forma: se persigue jalonar la elaboración de una Teoría de la medición de la pena que sea coherente con los principios que inspiran un determinado ordenamiento jurídico, de tal manera que sea posible lograr la imposición de una sanción racional, proporcional y, por ende, adecuada, en cada caso de la vida real⁵. Desde luego, el tema en examen es bastante complejo máxime que involucra diversas perspectivas de análisis, yendo desde las propiamente dogmáticas, pasando por las político-criminales, las criminológicas y culminando con las de índole procesal, sin perder de vista que en esta materia también se tienen en cuenta consideraciones de alcance político dado que aquí se juega la vigencia real del diseño constitucional y supranacional adoptado; esto, obviamente, sin olvidar que también constituye el más claro ejercicio de la función judicial⁶.

Así las cosas —después de definir algunos conceptos previos y de mostrar los patrones legislativos más usuales en el derecho comparado—, el presente escrito señala las características básicas del sistema ideado por el codificador supranacional de 1998, mirando tanto la determinación de la pena en sentido estricto como amplio aunque haciendo hincapié en el aspecto judicial de la misma; finalmente, plantea algunas reflexiones para ambientar la discusión en torno a tan interesante asunto, e indica la bibliografía utilizada.

II. Precisiones iniciales

La operación mental compleja mediante la cual el Juez o magistrado señala las consecuencias que se derivan de la comisión de un delito o crimen, es lo que se conoce como el acto de determinación de la pena⁷. La temática objeto de reflexión es denominada, usualmente, de diversas formas acudiendo a expresiones no siempre equivalentes desde un

4. Cf. ZAFFARONN: «Ejemplarización, prevención general y cuantificación penal», pág. 49.

5. Como afirma DEMETRIO CRESPO: «una teoría de la IJP aceptable tiene que reunir determinadas condiciones, entre las cuales estarían las siguientes: a) Tiene que ser accesible a la "comprobación" en los casos en que se aplica. b) Tiene que ser, como cualquier teoría, consistente y no contradictoria. c) No debe colidir con los fundamentos jurídico-positivos ni con las funciones atribuidas a la pena. d) De una adecuada teoría, debe poder ser deducida la pena concreta en el caso particular. e) Una teoría de la IJP debe poder ser practicable, es decir, debe tomar en consideración el marco de condiciones de organización y personales de la justicia penal» (Cf. "Notas..." en NDP 1.998A, pág. 31); también, GALLEGO DÍAZ: págs. 5 y 6.

6. Cf. GALLEGO DÍAZ: *El sistema español*, pág. 5.

7. Cf. ZIFFER: *Lineamientos*, pág. 23.

punto de vista gramatical y conceptual, como son las de *determinación*, *individualización*, *imposición*, *dosificación*, *tasación*, *medición*, *fijación*, y *aplicación*. Desde luego, el Estatuto emplea por lo menos dos de esas voces como se desprende de lo dicho en el Art. 76.1. «En caso de que se dicte un fallo condenatorio, la Sala de Primera Instancia *fijará la pena...*»; también en la misma disposición en su num. 4, aunque en un sentido técnico y no haciéndola equivaler a las locuciones indicadas, dice que «La pena será *impuesta* en audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado». Así mismo, el Art. 77.1 señala: «1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, *imponer a la persona* declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto *una de las penas siguientes*».

Es más, para corroborar que la expresión preferida por el legislador supranacional es la de «*imposición*», obsérvese la redacción del Art. 78 del mismo Estatuto: «**Imposición de la pena.** 1. *Al imponer una pena*, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado». Igual voz se emplea en el Art. 81 y en los cánones 145 y 146 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Se utiliza, pues, de manera generalizada, la locución *imposición* y no la de *determinación* que parece ser la más omnicompreensiva, para cobijar los diversos momentos en los cuales entra en escena el proceso de señalamiento de la pena. Tampoco se acude a la voz *individualización* —que, además de ser la más específica, aunque para algunos es la más amplia, es plasmación de un concepto ideológico presidido por la noción de *personalización*, esto es, se emplea para designar el fenómeno a través del cual se examina la adaptación de la pena al ser humano concreto que transgrede la Ley Penal⁸— frecuentemente usada por las legislaciones y los estudiosos.

Por supuesto, pese a que la expresión *imposición* no es la más acertada técnicamente hablando, nada impide su utilización o el de cualquiera de esas locuciones como sinónimas —recuérdese que también se habla de *fijación*—, como es frecuente en la doctrina y en el derecho comparado, a condición de que se hagan las precisiones correspondientes.

Ahora bien, la idea de *determinación* se concibe tanto en un sentido *estricto* como *amplio*⁹: el primero, designa la operación mental a través de la cual el juzgador realiza un proceso de valoración y cuantificación,

⁸. Cf. OBREGÓN GARCÍA: *Comentarios al Código Penal*, tomo III, pág. 726.

⁹. Cf. JESCHECK: *Tratado*, 4.ª ed., págs. 785 y 786; BRUNS: *Das Recht*, págs. 4 y 5; ZIPF, *Die Strafzumessung*, págs. 7 y 8; ZIFFER, *Lineamientos*, pág. 24; GALLEGO DÍAZ, *El sistema español*, pág. 8; OBREGÓN GARCÍA, en *Comentarios*, tomo II, pág. 725; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF: *Derecho penal* 2, pág. 695; DEMETRIO CRESPO: *Prevención General*, pág. 44.

mediante el que expresa en cifras concretas la magnitud de la sanción imponible; el segundo, hace referencia a un campo mucho más vasto que trasciende la tarea de medición judicial propiamente dicha, dado que también al juez le corresponde ocuparse del procedimiento relativo a todas aquellas cuestiones atinentes a la ejecución penal como la suspensión de la ejecución de la pena, el cumplimiento en un determinado establecimiento, la imposición de especiales deberes, la forma como se paga la multa, etc.

Igualmente, se suele diferenciar entre *determinación o individualización legal* y *determinación o individualización judicial de la pena* a partir de la distinción alemana —derivada del § 46 del Código Penal— entre *gesetzliche Strafbemessung* y *richterliche Strafzumessung*, con lo cual se quieren separar con claridad los momentos legal y judicial de dicha figura¹⁰. Esta distinción, obviamente, no deja de ser problemática porque, si algo está claro, es que las esferas legal y judicial se entrecruzan¹¹, sin que sea posible delimitar con absoluta exactitud donde comienza la una y donde la otra.

A lo anterior, se agrega otra separación entre *determinación o individualización abstracta* y *determinación o individualización concreta de la pena*, ambas concebibles en sus modalidades *genérica* y *específica*. De esta manera, la *determinación o individualización abstracta genérica* comprende todo lo relativo a las nociones, especies penales y límites de la pena; mientras que la *específica*, alude a la asignación de la pena a los delitos particulares, así como a la valoración de las circunstancias influyentes en los mismos. A su turno, la *determinación o individualización concreta genérica* se refiere a aquellas normas y reglas que afectan al modo de aplicación de la pena en general; y, la *específica*, a la aplicación de la pena al caso singular, esto es, la verdadera medición de la pena¹².

Incluso, como ya se insinuó, todavía es posible introducir otra distinción más, entre *determinación o individualización legal, judicial, administrativa*¹³ —que algunos prefieren llamar penitenciaria¹⁴ o ejecutiva¹⁵—. Es

¹⁰. Cf. DEMETRIO CRESPO, «Notas...», en NDP 1.998A, págs. 20 y 21; el mismo: *Prevención general*, págs. 43 y 44; SUAZO LAGOS, *La evolución histórica*, págs. 330, 339 y 340; GALLEGO DÍAZ: *El sistema español*, pág. 9.

¹¹. Así SUAZO LAGOS: *La evolución histórica*, pág. 330; GALLEGO DÍAZ: *El sistema español*, pág. 10; OBREGÓN GARCÍA, en *Comentarios*, tomo II, págs. 733 y 734.

¹². Así GALLEGO DÍAZ, *El sistema español*, pág. 10.

¹³. Cf. VALLE MUÑOZ: *Comentarios*, págs. 386 y 387; GARCÍA ARÁN: *Los criterios de determinación de la pena*, pág. 65; SANDOVAL HUERTAS: *La pena privativa*, pág. 21; ZIFFER: *Lineamientos*, págs. 24 y 25, criticando la distinción. Sus orígenes en la obra de SALEILLES, *La individualización*, págs. 269 y ss.

¹⁴. Así, GALLEGO DÍAZ, *El sistema español*, pág. 7 nota 26.

¹⁵. Cf. VALLE MUÑOZ, en *Comentarios*, pág. 387.

más, de manera acertada, se habla de la *determinación constitucional de la pena*¹⁶, con lo cual se hace referencia a los marcos trazados por las Cartas Fundamentales de los Estados en esta materia y, ahora, se debería hablar de la determinación supraconstitucional de la pena para aludir las pautas erigidas por el derecho internacional penal en este ámbito¹⁷.

Finalmente, el alcance de las fórmulas legales sobre los criterios de determinación de la pena, básicamente en relación con la normativa alemana contenida en el § 46, ha dado lugar a una serie de concepciones que se disputan su alcance¹⁸, entre las cuales cabe mencionar las siguientes.

En efecto, en primer lugar, con una profunda influencia hegeliana, se habla de la Teoría del valor relativo o Teoría gradual (*Stellenwerttheorie o Stufenwerttheorie*), para la cual el *quantum* de la pena o la determinación judicial en sentido estricto se debe hacer atendiendo a la medida de la

16. En este sentido, QUINTERO OLIVARES, «Determinación de la pena y política criminal» en CPC N.º 4, pág. 57.

17. La denominación «*Derecho internacional penal*» pone sobre el tapete la discusión atinente a las relaciones entre el *Derecho Penal* y el *Derecho internacional* (sea público o privado). En el contexto latinoamericano, autores como ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR (Cf. *Derecho penal*, págs. 195 y ss.) entienden que esos nexos dan lugar a cuatro disciplinas distintas: *Derecho internacional penal*, *Derecho penal internacional*, *Derecho internacional de los derechos humanos* y *Derecho internacional humanitario*; desde luego, para ellos en este ámbito se debe hablar de un *Derecho internacional penal*. No obstante, autores como AMBOS/STEINER (“Sobre los fines de la pena”, pág. 195), JESCHECK/WEIGEND (Tratado, 5.ª ed, pág. 126), GIL GIL (*Derecho penal internacional*, págs. 23 y ss., quien hace una magistral exposición sobre el asunto), entre muchos otros, prefieren hablar de un *Derecho penal internacional*. Obviamente, las dificultades empiezan con la traducción de la expresión *Völkerstrafrecht* —una de las tantas que se han ensayado en lengua alemana— que algunos han vertido al castellano como *derecho penal internacional* mientras que otros la convierten en *Derecho internacional penal* (así los traductores de las tercera y cuarta ediciones del *Tratado* de JESCHECK; también, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, págs. 69 y 70) cuando técnica y literalmente se debió hablar del Derecho penal de los pueblos. En fin, como el problema no es discutir cuál es la denominación correcta sino precisar el objeto de estudio de esta disciplina, es en este frente en el que deben hacerse las precisiones pertinentes advirtiendo con GIL GIL que, de todas maneras, el *Derecho penal internacional* —o *internacional penal*, como aquí se le prefiere llamar— «se caracteriza por una naturaleza mixta que participa de dos disciplinas informadas por principios muy distintos: el Derecho penal y el Derecho internacional. Es Derecho penal por su contenido, pues protege bienes jurídicos; y es internacional por su objeto: dichos bienes jurídicos pertenecen al Derecho internacional y revisten una importancia social supranacional, es decir, se trata de las condiciones necesarias para la conservación del orden internacional; y por su ámbito de aplicación: vincula directamente a los individuos de todos los Estados y, para que ello sea así, es necesario que su origen se halle en una fuente de Derecho internacional y que la norma en cuestión haya alcanzado el grado de norma imperativa de Derecho internacional general» (pág. 52).

18. Cf. JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, 5.ª ed., págs. 944 y ss.; DEMETRIO CRESPO, «Notas...» en NDP 1.998A, págs. 33 y ss.; ZIFFER, *Lineamientos*, págs. 49 y ss.; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, pág. 930.

culpabilidad, aunque opera con un concepto de culpabilidad distinto; así mismo, afirma que la determinación en sentido amplio está presidida sólo por los fines preventivo especiales. Esta opinión es rechazada por la doctrina mayoritaria, pues, se aduce, no se ajusta a los dictados del C. P. alemán que, de todas maneras, exige tener en cuenta los criterios de prevención especial en la individualización de la pena en sentido estricto, lo cual es impugnado por esta concepción —no así en un sentido amplio, como acaba de decirse—, amén de que no comprende todos los casos y es demasiado rígida¹⁹.

En segundo lugar, se defiende la denominada *Teoría de la pena exacta o puntual* (*Theorie der Punktstrafe*), según la cual en cada caso concreto es posible calcular de manera exacta cuál es la pena que se corresponde con la culpabilidad del agente, con lo cual existe un único castigo determinado que se corresponde con la culpabilidad del autor. A esta concepción se le han hecho tres críticas básicas: tiene un marcado carácter retributivo; parte de una ficción teórico-jurídica, pues, debido a la incapacidad humana de conocimientos, es imposible determinar exactamente la pena aplicable, máxime que parte de un concepto metafísico de culpabilidad. Así mismo, supone un absoluto inmovilismo desde la perspectiva político-criminal²⁰.

En tercer lugar, se ha acuñado por buena parte de la jurisprudencia y de la doctrina la llamada *Teoría del espacio de juego* (*Spielraumtheorie*), para la cual la pena apropiada a la culpabilidad no puede ser exactamente determinada, dado que existe un espacio de juego delimitado, por arriba, por la pena adecuada a la culpabilidad; y, por debajo, por la pena todavía ajustada a la culpabilidad. Dentro de este espacio de juego entran en consideración los fines preventivos.

A esta postura se le ha criticado su punto de partida mixto, pues se encuentra situada entre las teorías absolutas de la pena y las relativas, al colocar en primer plano —al comienzo— la idea de retribución y, luego, en un segundo momento, los fines preventivos que cumplen un papel dentro del marco fijado por la retribución. Además, se observa que es insegura e impracticable porque el juez no puede dividir la culpabilidad concreta en tres magnitudes: una máxima, una mínima y una intermedia que sería la culpabilidad real que le correspondería al hecho. En fin, se dice que el problema fundamental que ella presenta radica en la determinación de los criterios que se deben tener en cuenta para dotar de contenido el «margen de libertad» que se le concede al juez, preguntándo-

¹⁹. Cf. JESCHECK / WEIGEND: *Tratado*, pág. 948; SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE, *Strafgesetzbuch*, 26.^a ed., pág. 722; ROXÍN: *Culpabilidad y prevención*, págs. 117 y ss.; DEMETRIO CRESPO: *Prevención General*, págs. 200-201.

²⁰. Cf. DEMETRIO CRESPO: *Prevención General*, págs. 187 y 188.

se la doctrina si deben ser sólo consideraciones propias de la prevención especial o también caben las de prevención general²¹.

Finalmente, en cuarto lugar, se habla —sobre todo en los países escandinavos, de la mano de una corriente neoclásica en el seno de la Política Criminal— de la *Teoría de la proporcionalidad con el hecho* (*Tatproportionalitätstheorie der Strafzumessung*), la cual renuncia a los criterios de prevención en la tasación de la pena en sentido estricto y postula que la medición de la pena se debe hacer a partir de criterios como «la gravedad del hecho», «la nocividad del comportamiento» y «la culpabilidad del autor.

Esta postura ha sido cuestionada porque excluye los fines preventivos en la individualización judicial de la pena lo que, en sentir de los críticos, constituye un «retroceso lamentable». Además, se dice que es incorrecta desde el punto de vista lógico porque si no tiene en cuenta la retribución como criterio de fundamentación del Derecho Penal, no se entiende cómo la adopta para determinar la cantidad concreta de pena²².

III. El derecho comparado

Antes de adentrarse, en el tema propuesto para este acápite, debe recordarse como en Europa hasta fines del siglo XVIII —justamente, hasta 1791 cuando el Código Penal francés adoptó un sistema de penas fijas, al calor de las ideas que gestaron la Ilustración— rigió un Derecho penal cuyas notas predominantes eran la incertidumbre, la confusión en la confección de sus leyes, las interpretaciones autoritarias y acomodadas, su excesivo rigor, la atrocidad de la penalidad, todo lo cual se traducía en la conculcación de los más elementales derechos del reo. Por eso, pues, no puede hablarse de determinación o de individualización de la pena en el Antiguo Régimen, dado que la nota predominante era la abdicación en favor del juez y de la administración, de tal manera que el arbitrio judicial terminó convirtiéndose en la única fuente de los delitos y de las penas los cuales se acuñaban dependiendo, naturalmente, de los privilegios sociales; dicho en otras palabras: imperaba un sistema no reglado de penas, una pena arbitraria que, por lo demás, tiene sus precedentes en el más lejano Derecho romano²³.

21. Cf. DEMETRIO CRESPO: *Prevención General*, págs. 196 y 197.

22. Cf. DEMETRIO CRESPO: *Prevención General*, pág. 205. Una variante de este punto de partida es la concepción ecléctica sostenida por el Profesor BERND SCHÜNEMANN, quien pareciera optar por combinar prevención general positiva y negativa, dejando cierto espacio a la prevención especial negativa y otorgándole una función delimitadora tanto a la culpabilidad como a la prevención especial positiva. Cf. *El sistema moderno*, págs. 176 y 177; críticamente, DEMETRIO CRESPO: *La prevención general*, págs. 209 y 210.

23. GALLEGO DÍAZ, *El sistema español*, págs. 17 a 40.

A. Los modelos legales. Contrastando con lo anterior, desde que se inició la época de la codificación, un examen atento del derecho comparado enseña cómo son posibles, por lo menos, seis formas distintas de regular el asunto en los códigos penales²⁴; ello, obvio es decirlo, sin descartar las fórmulas mixtas que beben de dos o más de esos modelos originales.

1. El sistema de tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas. Es este el modelo establecido en los códigos penales francés del seis de octubre de 1791 y brasileño de 1830 (16 de diciembre) —el primer Código Penal autónomo de Latinoamérica—, de la mano de una concepción filosófica racionalista, que muestra una inmensa desconfianza hacia el juez; de esta manera, se señalan de forma rígida las causas de agravación y atenuación estableciendo un máximo cuando concurren agravantes, un mínimo cuando se detectan atenuantes, y una pena intermedia si no existen ni unas ni otras o se duda en torno a su presencia²⁵. Obviamente, un diseño como éste —opuesto al de las penas arbitrarias— no dejaba también de tener sus desventajas, pues la igualdad ante la ley que se buscaba no dejaba de ser meramente ficticia, posibilitando el trato igual de casos desiguales; al mismo tiempo, un sistema así diseñado era incapaz de apreciar el grado real de culpabilidad e impedía, realmente, llevar a cabo cualquier tarea individualizadora de la pena, generando no pocos resultados injustos y contrarios a los fines perseguidos, amén de que terminaba tornándose impracticable, como lo demostraron las reformas a que fue sometido el original Código de 1791 aún antes de que se expidiese el C. P. de 1810²⁶.

2. El modelo de tabulación con señalamiento de criterios generales de tasación, seguido de atenuantes y agravantes con penas flexibles. Es el sistema propio del Código Bávaro de 1813, acorde con el cual se indican algunas pautas generales para la imposición de la pena entre un mínimo y un máximo señalado para cada infracción —dentro del cual debe moverse el juez—, seguidas de unas circunstancias de mayor y de menor punibilidad.

3. El método de penas flexibles sin enunciación de criterios generales. Es el vertido en el Código penal francés de 1810 —pulido con las reformas de 1824 y 1832—, gracias al cual se señala un mínimo y un máximo de pena para realizar la tarea de medición, aunque sin indicar —como norma general— los criterios generales en este ámbito, aunque

²⁴ Sobre ello ZAFFARONI, *Tratado*, tomo V, págs. 275 y ss. Clasificaciones distintas en QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT: *Manual*, págs. 718 y 719; GALLEGÓ DÍAZ: *El sistema español*, págs. 84 y 85, 102.

²⁵ Cf. GALLEGÓ DÍAZ, *El sistema español*, págs. 70 a 72.

²⁶ GALLEGÓ DÍAZ, *El sistema español*, págs. 72 y 73.

previando en su Art. 463 algunas circunstancias atenuantes aplicables sólo en materia correccional; que, sin duda, comporta un patrón intermedio entre las penas absolutamente indeterminadas del antiguo régimen y las absolutamente determinadas del C. P. de 1791²⁷.

4. El régimen de tabulación de circunstancias con penas relativamente rígidas. Es el contenido en los C. P. Español de 1822 (repetido en esencia hasta 1870) y el C. P. Colombiano de 1837 (Arts. 119 y ss.). Acorde con este prototipo legal, se hace un largo listado de agravantes y atenuantes y se establece la tasación de la pena partiendo de un marco señalado en la ley para cada figura, a partir de tres grados de delito: al primero, se aplica el máximo; al segundo el término medio entre el máximo y el mínimo; y al tercero el mínimo de la pena. Se cae, pues, en lo que se ha calificado como una verdadera «aritmética penal»²⁸ a la que, parcialmente, vuelve el C. P. colombiano del 2000, como se infiere de los Arts. 60 y 61 al introducir la tasación de la pena acudiendo al modelo de los cuartos, según se mostrará luego.

5. El patrón de penas flexibles sin enunciación de criterios generales, con atenuantes genéricas no especificadas. Este sistema permite disminuir la pena en una proporción determinada (por ejemplo, la sexta parte), como el señalado en el Código Zanardelli para Italia de 1889.

6. Las fórmulas de criterios generales o sintéticas con penas flexibles. Un buen ejemplo de ellas es la plasmada en el Código Suizo de 21 de diciembre de 1937, que se asemeja bastante —aunque simplificándolo— al vertido en el Código Bávaro de 1813. La previsión de criterios genéricos de tasación de la pena ha sido retomada por los Códigos Peruano de 1924 y argentino de 1921, influenciados ambos por los proyectos suizos; una regulación del mismo corte se observa, aunque retocada, en el Art. 46 del C. P. Peruano de 1991.

B. Algunas legislaciones contemporáneas. Explicados ya los diversos sistemas legales es pertinente, ahora, detenerse en la forma como la materia ha sido regulada en diversas legislaciones contemporáneas que —por supuesto— son plasmación de esos arquetipos legales, con miras a compararlos con la fórmula contenida en el Estatuto de Roma.

1. El C. P. alemán de 1969. Este texto legal, vigente desde 1975, establece en el § 46 ubicado dentro del Título Segundo dedicado a la cuantificación legal de la pena, lo siguiente:

²⁷. Cf. GALLEGO DÍAZ, *El sistema español*, págs. 77 a 80; 103 a 108.

²⁸. GALLEGO DÍAZ, *El sistema español*, pág. 82.

«Principios de la medición judicial de la pena.

(1) **La culpabilidad del autor es fundamento para la medición judicial de la pena. Se deben tener en cuenta las consecuencias que son de esperar de la pena, para la vida futura del autor en sociedad.**

(2) En la medición **el Tribunal sopesará las circunstancias que hablen a favor y en contra del autor. Al efecto se tomarán especialmente en cuenta: los motivos y los fines del autor; la actitud que deriva del hecho, y la voluntad empleada en él; el grado de infracción al deber; la forma de ejecución y las consecuencias culpables del hecho; la vida del autor anterior a la comisión del hecho, sus relaciones personales y económicas, así como su comportamiento con posterioridad al hecho; sus esfuerzos encaminados especialmente a reparar el daño causado, y el denuedo del autor dirigido a alcanzar un acuerdo indemnizatorio con la víctima.**

(3) Las circunstancias que son ya características del supuesto de hecho legal, no pueden ser tenidas en cuenta».

Esta fórmula ha sido interpretada, casi de manera generalizada — aunque son plurales los matices—, en el sentido de que las pautas de determinación de la pena descansan tanto sobre la culpabilidad del agente (para algunos debe hablarse de un concepto de «culpabilidad de medición de la pena», distinto a la categoría dogmática del hecho punible que lleva dicho nombre) como en los fines preventivos (haciendo énfasis en la prevención general o en la especial, o en ambas con sus diversas variantes)²⁹. Estas previsiones legales han influido en otras latitudes al punto de que, con ligeros cambios en su redacción, han sido copiadas por el legislador paraguayo de 1997 al expedir el Código Penal, vigente desde 26 de noviembre de 1998 (Cf. Arts. 65 y ss.).

2. El C. P. austriaco de 1974. Este estatuto punitivo, en el Título IV, destinado a la cuantificación de la pena —siguiendo parcialmente el prototipo alemán—, consagra los principios generales en esta materia en el § 32, en cuyo párrafo 1.º afirma que «**el fundamento para la medición de la pena, es la culpabilidad del autor**» —que es un claro desarrollo del § 4 que consagra con toda claridad el principio de culpabilidad, al señalar que «**no hay pena sin culpabilidad**» y que «**sólo puede ser castigado quien actúa culpablemente**»—, sin mencionar los fines preven-

²⁹ Así SCHÖNCKE / SCHRÖDER / STREE, *Strafgesetzbuch*, págs. 637 y ss.; también ZIPF, «Principios fundamentales», págs. 353 y ss.; JESCHECK, *Tratado*, 4.ª ed., págs. 785 y ss.; JESCHECK / WEIGEND, *Tratado*, 5.ª ed., págs. 944 y ss.; STRATENWERTH, *El futuro del principio*, págs. 43 y ss.; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho penal 2*, págs. 717 y ss.; GALLEGÓ DÍAZ, *El sistema español*, págs. 114 a 122. Un análisis de este sistema, remontándose a sus orígenes más remotos, en SUAZO LAGOS, *la evolución histórica*, págs. 7 y ss., 328 y ss.

tivo especiales que, sin embargo, parecieran encontrar asidero en los §§ 41 y 42 (cláusula o principio de necesidad) aunque excluyendo —en todo caso— las consideraciones preventivo-generales. En el párrafo segundo, dispone que en la tasación de la pena el tribunal debe tener en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación —consagradas, respectivamente, en los §§ 33 y 34, que no existen en la normativa alemana—, oportunidad en el cual concreta el principio de culpabilidad y dispone la prohibición de la doble valoración en este ámbito. En el párrafo tercero desarrolla, igualmente, el punto de partida consagrado en el párrafo 1.^{o30}.

3. El C. P. español de 1995 reformado en 2003. En el C. P. en vigencia a partir del 1.10.2004, se señala en el Art. 66 lo siguiente:

«1. En la aplicación de la pena, *tratándose de delitos dolosos*, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.^a. Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.

2.^a. Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3.^a. Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito.

4.^a. Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.

5.^a. ***Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos***

³⁰. Así reza el texto: «§ 32 Allgemeine Grundsätze. (1) Grundlage für die Bemessung der Strafe ist die Schuld des Täters. (2) Bei Bemessung der Strafe hat das Gericht die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und auch auf die Auswirkungen der Strafe und anderer zu erwartender Folgen der Tat auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft Bedacht zu nehmen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen könnte. (3) Im allgemeinen ist die Strafe um so strenger zu bemessen, je größer die Schädigung oder Gefährdung ist, die der Täter verschuldet hat oder die er zwar nicht herbeigeführt, aber auf die sich sein Verschulden erstreckt hat, je mehr Pflichten er durch seine Handlung verletzt, je reiflicher er seine Tat überlegt, je sorgfältiger er sie vorbereitet oder je rücksichtsloser er sie ausgeführt hat und je weniger Vorsicht gegen die Tat hat gebraucht werden können».

comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, se aplicará la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.^a. Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho³¹.

7.^a. Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación aplicarán la pena en su mitad superior.

8.^a. Cuando los Jueces o Tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos imprudentes, los Jueces o Tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior».

De la regla 5.^a —en materia de reincidencia— se deduce como pauta la gravedad del injusto y de la 6.^a —cuando no concurren ni atenuantes ni agravantes— se infiere, sin duda, que se debe atender tanto a las *circunstancias personales del delincuente como a la mayor o menor gravedad del hecho* cuando se tratare de delitos dolosos, esto es, la gravedad del injusto al lado de la gravedad de la culpabilidad; desde luego, esos criterios no operan tratándose de los delitos imprudentes en los cuales se ha abierto, peligrosamente, la puerta de la arbitrariedad judicial.

³¹. El Art. 61, 4.^a del C. P. de 1973, tenía en cuenta «la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente»; esta formulación fue concebida por algún sector doctrinario —aunque el legislador pensó sólo en la idea de *retribución*— a la luz de los fines de *prevención general y especial*, predicando un «abandono» de la retribución que desembocó en una verdadera «estafa de etiquetas» máxime que a la *prevención general* se le asignaban los mismos cometidos de la retribución (Cf. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena*, págs. 21 y ss. y 84). Para una crítica de dicho sistema, Cf. QUINTERO OLIVARES, «Determinación de la pena», págs. 54 y ss.

A su turno, el Art. 66 regla 1.^a del texto original de 1995, señalaba: “En la aplicación de la pena, los Jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1.^a Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia».

Este sistema se complementa con un extenso listado de circunstancias de atenuación y de agravación (Arts. 21 y 22), y con el señalamiento taxativo de los efectos punitivos que tiene la participación en el delito, su grado de ejecución, o el concurso de delitos (Arts. 27 a 31, 73 y ss.)³².

4. El C. P. portugués de 1995. Entre los códigos más recientes debe también mencionarse éste, cuya última gran reforma data de 1995, el cual —en los Arts. 70 a 79, Sección primera del Capítulo Cuarto del Título Tercero, Consecuencias Jurídicas del hecho—, dispone lo pertinente sobre la materia. En efecto, en el Art. 71 —norma que recuerda, para mejorarla, el § 46 del Código penal alemán— regula lo atinente a las pautas para la determinación de la pena e indica que ella se hará «dentro de los límites definidos en la ley» a partir «de **la culpabilidad del agente y de las exigencias de prevención**» (párrafo 1); así mismo, establece diversos criterios en los que desarrolla los dos puntos de partida en seis literales (Cf. párrafo 2); y dispone que en la sentencia se deben indicar expresamente los fundamentos de la medida de la pena (Cf. párrafo 3)³³. En el Art. 72 se refiere a los eventos de atenuación especial de la pena, y en el Art. 73 señala las pautas a seguir en estos casos; finalmente, en el Art. 74, dispone la dispensa de pena en sanciones de corta duración (hasta seis de meses de prisión, y multa de hasta 120 días).

³² Para un examen de las notas del modelo adoptado por el C. P. originario de 1995, véase QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *Manual*, 3.ª ed., pág. 711 y ss.; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, págs. 547 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*, 6.ª ed., págs. 699 y ss.; DEMETRIO CRESPO: *Prevención General*, págs. 267 y ss.

³³ Dice así: «**Determinação da medida da pena.** 1 - A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.

2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:

a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;

b) A intensidade do dolo ou da negligência;

c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;

d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;

e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;

f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

3 - Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena». Cf. verbojuridico.net.com

5. *El C. P. ruso de 1997*. De igual forma, este texto —en la sección III del Capítulo IX de la Parte General, dedicado a la noción y a las bases de la pena así como a sus diversas especies— después de establecer que la sanción sólo se impone «a la persona que ha sido declarada culpable de la comisión de un crimen», afirma que ella «consiste en una privación o restricción de derechos y de libertades de la persona previstos en el presente Código» (Cf. Art. 43). Así mismo, en el Capítulo X, reservado a la «fijación de la pena», aparece el Art. 60 en el cual sienta los principios generales en esta materia aseverando, de nuevo, que ella se impone «a la persona que ha sido declarada culpable de la comisión de un crimen» (60.1). Además, indica que como pautas de tasación se tienen en cuenta «el carácter y el grado del peligro social del crimen cometido», «la personalidad del culpable», «las circunstancias de atenuación y de agravación de la pena» a las que dedica sendos artículos (Véase Arts. 61 y 63), y «la influencia de la pena impuesta sobre la rehabilitación del condenado y sobre las condiciones de vida de su familia» (Cf. Art. 60.3). En las disposiciones siguientes sienta diversas reglas aplicables en materia de tentativa (Art. 66), participación criminal (Art. 67), reincidencia (Art. 68), concurso (Art. 69), entre otros asuntos. No cabe duda, pues, de que se ha adoptado una fórmula bastante semejante a la de los Códigos contemporáneos en esta materia.

6. *El C. P. francés de 1994*. Un sistema de penas bastante elaborado es el plasmado en el estatuto penal galo vigente, caracterizado por las siguientes notas³⁴: en primer lugar, prevé eventos de exención de pena que proceden en casos de penas correccionales y de penas aplicables a las contravenciones, a condición de que medien tanto la rectificación del culpable como la reparación del daño causado y la cesación de la perturbación causada con la infracción (Cf. Arts. 132-58 y 132-59); en segundo lugar, consagra la prórroga del pronunciamiento de la pena correccional o contravencional en tres modalidades distintas: simple, con régimen de prueba, y acompañada de una obligación (Cf. Arts. 132-58 a 132-69). En tercer lugar, plasma la suspensión de la ejecución de la pena también en tres modalidades: la simple, la acompañada con régimen de prueba, la acompañada con obligación de realizar un trabajo de interés general (Cf. Arts. 132-30 a 132-56); y, en cuarto lugar, estatuye diversas modalidades de penas aplicables tanto a personas físicas como a personas morales, sean de naturaleza criminal o correccional (Cf. Arts. 131-1 a 131-40). Ahora bien, de cara al tema central de esta investigación, el Art. 132-24, que aparece inserto en la Sección 2.^a —capítulo segundo, Título III, Libro I—intitulada «De los modos de individualización de las penas», establece que «Dentro de los límites fijados por la

³⁴. Véase DU PUIT: «Sistemas de penas: esquemas generales», en *Anuario 97/98*, págs. 350 y ss.

ley, el juez o Tribunal *impondrá las penas y fijará su régimen en función de las circunstancias de la infracción y de la personalidad de su autor. Cuando el Juez o Tribunal imponga una pena de multa, determinará su cuantía atendiendo también a los recursos y a las cargas del autor de la infracción*³⁵, con lo cual el juez goza de pautas muy amplias a efectos de llevar adelante dicha tarea; así mismo, obsérvese, ya no se prevé el listado de circunstancias atenuantes que caracterizaba la legislación derogada, para dar paso a la «indulgencia del juez» en esta materia³⁶.

7. El C. P. suizo de 1937. Este estatuto destina el capítulo segundo del Título Tercero —dedicado a las penas, las medidas de seguridad y otras medidas—, intitulado «La fijación de la pena» (Arts. 63 a 69), a regular el asunto. En el Art. 63 establece como regla general la siguiente: «*El juez fijará la pena con base en la culpabilidad del delincuente, aunque teniendo en cuenta los móviles, los antecedentes, y las condiciones personales del agente*»³⁷; en el Art. 64 señala expresamente algunas circunstancias que atenúan la pena; y, en el Art. 65 indica los efectos de la atenuación. A su turno, el Art. 66 prevé qué hacer en casos de atenuación libre de la pena, mientras que en el Art. 66 bis —disposición introducida en 1989— establece la posibilidad de renunciar a la sanción, a la revocación de la condena condicional, o a liberación condicional, cuando el autor de la infracción «ha sido afectado directamente con las consecuencias de su acto, al punto de que una pena sería inapropiada»—. Así mismo, en el

³⁵. Véase ARANGUEZ SÁNCHEZ / ALARCÓN NAVÍO: *El Código Penal francés*, pág. 73. En efecto, dice así: «*Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction*».

³⁶. Cf. PRADEL: *Droit Pénal*, págs. 575 y ss.

³⁷. Ello no ha impedido, desde luego, que se intente interpretar el Código suizo de la misma manera que el alemán. Cf. ROXIN: *Culpabilidad y prevención*, pág. 102. El texto de los Arts. 63 y 64 es como sigue: «**Zweiter Abschnitt: Die Strafzumessung. Art. 63.** Der Richter misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.

Art. 64. Der Richter kann die Strafe mildern:

wenn der Täter gehandelt hat aus achtungswerten Beweggründen, in schwerer Bedrängnis, unter dem Eindruck einer schweren Drohung, auf Veranlassung einer Person, der er Gehorsam schuldig oder von der er abhängig ist;

wenn der Täter durch das Verhalten des Verletzten ernstlich in Versuchung geführt wurde;

wenn Zorn oder grosser Schmerz über eine ungerechte Reizung oder Kränkung ihn hingerissen hat;

wenn er aufrichtige Reue betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat;

wenn seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist und der Täter sich während dieser Zeit wohl verhalten hat; wenn der Täter im Alter von 18 bis 20 Jahren noch nicht die volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat besass».

67 regula la posibilidad de agravar la pena, dadas ciertas situaciones; en el Art. 68 se ocupa del concurso de infracciones o de leyes penales; y, para culminar, en el 69 anuncia la imputación del tiempo de la detención preventiva como parte cumplida de la pena.

8. El C. P. italiano de 1930. En el Título Quinto dedicado a la «Modificación, aplicación y ejecución de la pena», señala en el capítulo I del mismo en los Arts. 132 y 133 lo siguiente:

«**Art. 132.** *Poder discrecional del juez en la aplicación de la pena. Límites.* Dentro de los límites fijados por la ley, **el juez aplicará la pena discrecionalmente; pero deberá indicar los motivos que justifiquen el uso de ese poder discrecional.**

En el aumento o en la disminución de la pena, no se podrán exceder los límites establecidos para cada especie de pena, exceptuados los casos expresamente determinados por la ley».

Art. 133. *Gravedad de la infracción. Apreciación para los efectos de la pena.* En el ejercicio del poder discrecional indicado en el artículo anterior, **el juez deberá tener en cuenta la gravedad de la infracción**, deduciéndola:

1) De la naturaleza, de la especie, de los medios, del objeto, del tiempo, del lugar y de cualquier otra modalidad de la acción;

2) De la gravedad del daño o del peligro ocasionados a la persona ofendida por la infracción;

3) De la intensidad del dolo o del grado de la culpa.

El juez también deberá tener en cuenta la capacidad del culpable para delinquir, deduciéndola:

1) De los motivos para delinquir y del carácter del reo;

2) De los antecedentes penales y judiciales del reo y, en general, de la conducta y la vida de éste, anteriores a la infracción;

3) De su conducta contemporánea al delito, o subsiguiente a este;

4) De las condiciones de vida individual, familiar y social del reo».

Naturalmente, esta regulación —al posibilitar disímiles interpretaciones— dista mucho de ser precisa y clara como para tenerla de prototipo de previsión legal³⁸.

9. El C. P. argentino de 1921. Al ocuparse del asunto en los artículos 40 y 41, dispone:

³⁸. Cf. FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale*, pág. 705; GALLEGO DIAZ, *El sistema español*, págs. 108 a 114.

40. En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, *los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del siguiente artículo.*

41. A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1.º La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2.º La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.

El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso».

Esta previsión legal, no obstante sus parentescos con el Positivismo ferriano, ha sido entendida en el sentido de que el juez debe tener en cuenta a la hora de imponer la pena tanto el ilícito culpable —ilícito o injusto y culpabilidad, son conceptos graduables— como la personalidad del agente³⁹, al compás de los principios del acto o del hecho, de protección de bienes jurídicos y de culpabilidad.

10. El C. P. brasileño de 1940. Es el Decreto Ley 2848 de 1940 que se ocupa del tema en los Arts. 59 a 76, contenidos en el capítulo III —De la aplicación de la Pena— del Título V —Las penas— en cuyo Art. 59, intitulado «Fijación de la Pena», dispone lo siguiente:

«El juez, atendiendo a la culpabilidad, a los antecedentes, a la conducta social, a la personalidad del agente, a los motivos, a las circunstancias y consecuencias del crimen, así como al comportamiento de la víctima, establecerá, conforme sea necesario para la reprobación y prevención del crimen:

I. Las penas aplicables dentro de las establecidas;

II. La cantidad de pena aplicable, dentro de los límites previstos;

III. El régimen inicial de cumplimiento de la pena privativa de libertad;

IV. La sustitución de la pena privativa de libertad aplicada, por otra especie de pena, si es viable».

³⁹. Por todos véase ZIFFER, *Lineamientos*, pág. 116.

Así mismo, señala en el Art. 60 que la aplicación de la pena de multa se hará teniendo en cuenta la situación económica del procesado condenado; en los Arts. 61 y 65 se prevén, igualmente, las circunstancias agravantes y atenuantes; en el Art. 65 señala qué hacer cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes. Así mismo, en el Art. 68 indica que el cálculo de la pena se debe hacer atendiendo a los criterios señalados en el Art. 59 y que, a continuación, se deben tener en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes, y por último las causas de disminución o aumento, en lo que constituye una regla bastante saludable.

11. El C. P. peruano de 1991. El legislador peruano ha concebido las pautas correspondientes en el Capítulo II, del Título III, básicamente en los Arts. 45 y 46 —en verdad dos fórmulas diferentes, con orígenes distintos⁴⁰, acomodadas en un difícil ayuntamiento—, los cuales disponen lo siguiente:

«Artículo 45.º. —El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

- 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;**
- 2. Su cultura y sus costumbres; y**
- 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen».**

Artículo 46.º – Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, **el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad**, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;
3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligro causados;
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles y fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;
8. La edad, educación, situación económica y medio social;
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y
11. las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.

El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima».

⁴⁰. Sobre ello VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: «Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991» en *Revista de Derecho Penal* N.º 13, págs. 275 y ss.

12. El C. P. colombiano de 2000. Esta codificación, vigente desde el 24 de julio de 2001 —por ende una de las más recientes en el ámbito latinoamericano—, después de sentar el axioma general en su Art. 12 intitulado como *culpabilidad* de que «sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad», señala en los Arts. 59 a 61 lo siguiente:

«Artículo 59. *Motivación del proceso de individualización de la pena. Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.*

Artículo 60. *Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables.* Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.

2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica.

3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica.

4. Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.

5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

Artículo 61. *Fundamentos para la individualización de la pena.* Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, ***el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.***

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, ***en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda***».

Adicionalmente, los Arts. 55 a 58 señalan largos listados de «circunstancias» de agravación y de atenuación, que se suman a otras causas genéricas de incremento o de disminución del marco punitivo correspondiente.

Semejante fórmula no deja de ser muy casuista y alambicada, pudiéndosele calificar como de mixta, lo que genera no pocas dificultades a la hora de emprender el proceso de determinación de la pena tanto en sentido estricto como amplio⁴¹.

13. El C. P. para el Distrito de México Federal de 2002. Este estatuto, que ha empezado a regir el día 13 de noviembre de 2002, dispone en su Art. 72 lo siguiente:

«(Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad). El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;

La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;

Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;

La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;

Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción,

41. Cf. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Manual*, págs. 537 a 597.

así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes».

14. *El Estatuto del Tribunal para la Ex Yugoslavia.* En sentido similar, este Estatuto creado por la ONU en 1993 —parágrafo 2 de la resolución 808 del Consejo de Seguridad—, dispone en el Art. 24, lo siguiente⁴²:

«**PENAS.** 1. La Sala de Primera Instancia sólo podrá imponer penas de privación de la libertad. Para determinar las condiciones en que se habrán de cumplir, las Salas de Primera Instancia recurrirán a la práctica general de los tribunales de la ex Yugoslavia relativa a las penas de prisión.

2. *Al imponer las penas, las Salas de Primera Instancia deberán tener en cuenta factores tales como la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado.*

3. Además de imponer las penas de privación de la libertad, las Salas de Primera Instancia podrán ordenar la devolución a los propietarios legítimos de los bienes e ingresos adquiridos por medios delictivos, incluida la coacción».

15. *El derecho anglosajón.* Finalmente, obsérvese, en el derecho anglosajón rige un sistema distinto. En los Estados Unidos de Norteamérica el modelo se caracteriza por dos situaciones: de un lado, la posibilidad de que la pena —normalmente indeterminada⁴³— surja de acuerdos entre las partes (juez, sindicato y fiscal), los llamados *plea bargaining* —o declaración negociada o pactada—; y, del otro, la existencia de mecanismos que —a posteriori— permiten restringir el alcance de esos acuerdos mediante la aplicación de pautas o reglas estrictas de tasación de la pena, como sucede con las *sentencing guidelines*, que generan no pocas dificultades prácticas y se traducen en un gran aumento de la pena privativa de la libertad⁴⁴.

⁴² Cf. AMBOS / GUERRERO PERALTA, *El Estatuto de Roma*, pág. 424.

⁴³ Así, JESCHECK / WEIGEND: *Tratado*, 5.ª Ed., pág. 953.

⁴⁴ Sobre ello, LYNCH: «Plea Bargaining: El sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos», en *Nueva Doctrina penal*, 1.998A, págs. 293 y ss.; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, págs. 11 y ss, con prólogo de LARRAURI; ZIFFER, *Lineamientos*, págs. 187 y ss. Muy crítico SCHNÜNEMANN: *Temas actuales y permanentes*, págs. 288 y ss.

En Inglaterra, a su turno, la Ley sólo fija la pena para el delito de asesinato y en los demás casos indica un límite superior de la misma, la cual se impone atendiendo a la entidad de la ofensa (gravedad de la culpabilidad por el hecho); así mismo, no se puede aumentar la sanción para cumplir fines intimidatorios, pero es posible tener en cuenta los antecedentes penales, y en determinados delitos graves existe un patrón de individualización que se conoce como *guideline judgements* que rige para los tribunales de apelación⁴⁵.

IV. Las previsiones del estatuto de Roma

A. Normas básicas. En este instrumento como en las Reglas de Procedimiento y Prueba⁴⁶, sancionadas en el primer período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que tuvo lugar del 3 al 10 de septiembre de 2002, se encuentran las siguientes previsiones básicas aplicables a la materia aquí tratada sin perjuicio de las citadas luego.

1. Según el Art. 21 —que responde a toda la armazón jurídica construida por la Humanidad a lo largo de su historia⁴⁷— el derecho aplicable es el siguiente:

«Artículo 21. Derecho aplicable.

1. La Corte aplicará:

- a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
- b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

⁴⁵ Así JESCHECK / WEIGEND: *Tratado*, 5.ª ed., págs. 952-953.

⁴⁶ Cf. Sobre ello, AMBOS / NEMITZ: «El sistema de penas», págs. 4 y ss. Se ha utilizado el texto del Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional denominado PCNICC/2000/1/Add.1, fechado el día dos de noviembre de 2000, que aparece inserto en <http://www.un.org/law/icc>.

⁴⁷ Pese a los intentos de codificar en la Parte III del Estatuto los «Principios Generales de Derecho Penal», la verdad es que ellos quedaron dispersos a lo largo y ancho del mismo, como lo muestra esta disposición que es la columna vertebral de tal catálogo de axiomas; sobre ello, SCHABAS: «Principios generales del derecho penal», págs. 269 y ss., 313 y 314. Es más, como lo señala AMBOS (Cf. «Sobre el fundamento jurídico de la Corte penal internacional», en AMBOS / GUERRERO PERALTA: *El estatuto de Roma*, pág. 114), «la expresión «principios generales» (*general principles*) en la Parte Tercera del Estatuto induce a error, pues esta parte no sólo contiene principios generales en sentido propio...sino también reglas de imputación, es decir, disposiciones para la responsabilidad jurídico penal personal y causas de exclusión de la pena. Además, determinadas disposiciones sobre las que no podía alcanzarse acuerdo alguno...han sido suprimidas (por ejemplo, un precepto para la acción y para la omisión)».

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición».

2. Al consagrar el axioma de legalidad de la pena como principio de derecho penal que guía la interpretación y aplicación del Estatuto, éste señala en su artículo 23: «Nulla poena sine lege. *Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto*». Obviamente, por disponerlo así el Art. 1.º del mismo, la aplicación de este instrumento tiene «*carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales*»⁴⁸.

3. El artículo 25 —intitulado como «*responsabilidad penal individual*»— al prever el postulado de culpabilidad, expresa:

«1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. *Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.*

3. De conformidad con el presente Estatuto, *será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:*

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

⁴⁸. Esto, obviamente, genera también diversas dificultades desde la perspectiva de los respectivos derechos internos. Para el caso español Cf. GÓMEZ BENÍTEZ: «Elementos comunes de los crímenes...», en *El Derecho penal internacional*, págs. 16 a 19.

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional».

4. Al regular la intencionalidad lo cual equivale a consagrar un nuevo desarrollo del principio de culpabilidad, el artículo 30.1 dispone: «Salvo disposición en contrario, *una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen* de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento.

5. También, el artículo 76 —cuando prevé como se procede por la Corte en casos de «fallo condenatorio»— establece:

«1. En caso de que se dicte un fallo condenatorio, *la Sala de Primera Instancia fijará la pena que proceda imponer, para lo cual tendrá en cuenta las pruebas practicadas y las conclusiones relativas a la pena que se hayan hecho en el proceso.*

2. Salvo en el caso en que sea aplicable el artículo 65, *la Sala de Primera Instancia podrá convocar de oficio una nueva audiencia, y tendrá que hacerlo si lo solicitan el Fiscal o el acusado antes de que concluya la instancia, a fin de practicar diligencias de prueba o escuchar conclusiones adicionales relativas a la pena, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.*

3. En el caso en que sea aplicable el párrafo 2, en la audiencia a que se hace referencia en ese párrafo o, de ser necesario, en una audiencia adicional se escucharán las observaciones que se hagan en virtud del artículo 75.

4. *La pena será impuesta en audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado».*

6. Al ocuparse de la duración y clase de penas el Art. 77 —ubicado en el Capítulo VII que se denomina «De las Penas»— señala lo siguiente:

«Penas aplicables. 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o

b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe».

7. Cuando alude a los criterios que guían la *determinación de la pena*, apunta el artículo 78.1:

«1. *Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado».*

A este efecto, el canon N.º 145 de las Reglas de Procedimiento ubicado en el capítulo 7 intitulado «De las penas» y denominado como «*imposición de la pena*» —al señalar la más importante disposición en la materia en estudio— indica:

«1. La Corte, *al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78:*

a) Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal;

b) *Ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen;*

c) Además de los factores mencionados en el párrafo 1 del artículo 78, tendrá en cuenta, entre otras cosas, **la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado.**

2. Además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda:

a) Circunstancias atenuantes como las siguientes:

i) Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción;

ii) La conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte;

b) Como circunstancias agravantes:

i) Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar;

ii) El abuso de poder o del cargo oficial;

iii) Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa;

iv) Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas;

v) Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21;

vi) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas.

3. Podrá imponerse la pena de reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes».

8. En materia de la pena pecuniaria de multa, el canon 146 párrafos 1 y 2 de las Reglas de Procedimiento y Prueba —que se intitula como «imposición de multas con arreglo al artículo 77»—, sienta los siguientes criterios de determinación:

«1. Para resolver si impone una multa con arreglo al párrafo 2 a) del artículo 77 y fijar su cuantía, la Corte considerará si la pena de reclusión es suficiente. La Corte tendrá debidamente en cuenta la capacidad financiera del condenado, considerando entre otras cosas si se ha decretado un decomiso con arreglo al párrafo 2 b) del artículo 77 y, cuando proceda, una reparación con arreglo al artículo 75. La Corte tendrá en cuenta, además de los factores que

se indican en la regla 145, si el crimen estuvo motivado por el afán de lucro personal y en qué medida.

2. Las multas impuestas con arreglo al párrafo 2 a) del artículo 77 serán de una cuantía adecuada. A tal efecto, la Corte, además de los factores antes indicados, tendrá en cuenta, en particular, los daños y perjuicios causados y los correspondientes beneficios derivados del crimen que perciba el autor. Bajo ninguna circunstancia la cuantía total excederá del 75% del valor de los haberes y bienes identificables, líquidos o realizables del condenado, previa deducción de una cantidad adecuada que sirva para atender a las necesidades económicas del condenado y de sus familiares a cargo».

Al efecto, recuérdese, el Estatuto trae una previsión muy general en su Art. 77 párrafo 2 a): «Además de la reclusión, la Corte podrá imponer: a) *Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba*».

9. El Art. 80 al establecer que todo el sistema de penas previsto en el Estatuto es subsidiario en relación con los derechos penales nacionales, indica:

«El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional. *Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte*».

10. También, se señala que la pena debe ser proporcional al crimen cometido: «*El Fiscal o el condenado podrán apelar de una pena impuesta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, en razón de una desproporción entre el crimen y la pena*» [Art. 81.2. a)], con lo cual se da cabida en esta materia a uno de sus axiomas medulares del derecho internacional penal: el postulado de prohibición de exceso o de proporcionalidad en sentido amplio.

B. Las penas: concepto, características y clases.

1. **Concepto.** Formalmente hablando, la pena que prevé el Estatuto podría definirse como un mal que el legislador trasnacional señala para quien cometa un crimen; desde un punto de vista material, ella supone toda una problemática en torno a su fundamento, justificación, sentido y fin, sobre lo cual se han expuesto históricamente diversas concepciones⁴⁹.

49. Cf. DEMETRIO CRESPO: *Prevención General*, págs. 51 y ss.

Así las cosas, la pena puede conceptuarse como la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por la Corte Penal Internacional a la persona que ha realizado una de las conductas punibles que son de su competencia, acorde con las pautas correspondientes; tarea básica del castigo es la protección de los bienes jurídicos más relevantes, a fin de asegurar la coexistencia humana en sociedad en el actual contexto planetario, lo cual no significa que ella se reduzca sólo a fines preventivos dado que, en alguna medida, también tiene un cometido restaurador del orden jurídico mundial quebrantado por la infracción a la Ley penal.

En el concepto anterior se dice, en primer lugar, que ella es privación o restricción de bienes jurídicos, pues supone que se coarten derechos personales, lo cual se traduce en el recorte de intereses tan vitales para cualquier ser humano como la libertad, el patrimonio, la vida, el honor, etc. En segundo lugar, lo de impuesta por la Corte Penal Internacional busca llamar la atención sobre el hecho de que sólo ese organismo está autorizado para aplicarla, de conformidad con los marcos previamente indicados por el legislador supranacional, acorde con el llamado principio de jurisdiccionalidad. Así mismo, en tercer lugar, se dice que ella se atribuye a la persona que ha realizado una de las conductas punibles de competencia de la Corte, pues sólo aquellos comportamientos humanos graves y desconocedores del derecho de gentes⁵⁰ constitutivos de conducta típica, antijurídica y culpable son merecedores de pena criminal⁵¹, entendida en sentido estricto; y, para terminar, se insiste en que ello debe hacerse acorde con las pautas correspondientes porque la actividad del juzgador o Magistrado se encuentra demarcada por el legislador supranacional, de tal manera que éste —al contrario de lo que sucede por fuera de los marcos jurídicos— debe observar toda una serie de postulados surgidos de las bases constitucionales de los estados de derecho contemporáneos que inspiran la armazón filosófica del estatuto supranacional, teniendo siempre como guía el respeto a la dignidad de la persona humana, la legalidad, la seguridad jurídica y, sobre todo, el axioma de necesidad de pena que supone la idea de merecimiento de pena —en la medida en que el crimen cometido comporta una desaprobación que debe acarrear un castigo—. Esto último, se infiere con toda propiedad del Art. 21 ya transcrito cuando delimita cual es el derecho aplicable.

2. Características. Ahora bien, como consecuencia de la noción acabada de explicar y de los diversos postulados que la inspiran —límites

⁵⁰ Cf. GUERRERO PERALTA: *Corte penal internacional*, pág. 9.

⁵¹ Sin duda, de las diversas disposiciones dispersas del Estatuto se infiere la posibilidad de hacer una construcción dogmática del delito, entendido éste como conducta típica, antijurídica y culpable. Cf. BUENO ARÚS: «Perspectivas de la teoría general del delito en el estatuto de la Corte Penal Internacional», en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, págs. 117 y ss.

formales y materiales al ejercicio de la potestad punitiva que la comunidad de naciones ha depositado en la Corte Penal Internacional—, se le pueden atribuir a la sanción criminal imponible por la Corte las siguientes notas o peculiaridades⁵².

a. *Humana*. Se le asigna este rasgo como producto de que el Derecho penal supranacional o derecho internacional penal, según ya se dijo, se inspira en el principio de dignidad de la persona humana, verdadera columna vertebral de los actuales estados coaligados en la comunidad de Naciones. Este axioma más general arropa dentro de sí el del respeto a la integridad del ser humano, esto es, el imperativo de que se debe preservar a toda costa la indemnidad personal o la incolumidad de la persona como ser social —principio de humanidad, propiamente dicho—, de tal manera que los medios utilizados por el legislador supranacional, para el caso la pena, no atenten contra la dignidad concreta del individuo, convirtiéndose en un instrumento de sometimiento y de desigualdad. Ello explica, por supuesto, la prohibición de sanciones y de tratos crueles, inhumanos y degradantes; la proscripción de la desaparición forzada; la erradicación de los apremios, las coacciones, y las torturas, etc.; la lucha frontal contra las penas privativas de la libertad de duración excesiva que, a pesar de ser indeterminadas en algunos casos, el Estatuto atempera de forma notable como luego se indica; y, por supuesto, la erradicación de la pena de muerte, etc. No hay, pues, sanción penal sin consideración de la persona como un ser humano, porque ella no puede afectar al sujeto en su dignidad como ser social que es. Esta nota emerge, sin duda, del texto del artículo 21 en especial de su párrafo 3.

b. *Legal*. Esto porque el castigo debe sujetarse en todo al principio de legalidad de los delitos y de las penas —el más importante límite formal al ejercicio de la actividad punitiva del organismo supranacional, designado por la Comunidad de Naciones⁵³— que, para el caso, comprende esta última expresión de dicho apotegma [*nulla poena sine lege*]

⁵². Naturalmente, si algo caracteriza el sistema de penas adoptado por el Estatuto, es su excesiva generalidad apenas comprensible si se piensa que las diversas normas fueron fruto del consenso, después de que plurales delegaciones expusieron sus puntos de vista, producto de culturas jurídicas también diversas. Sobre ello, KREB: «Sanciones penales...», págs. 339 y ss.

⁵³. Pese a todos los debates que, históricamente hablando, ha suscitado el reconocimiento del axioma de legalidad en el plano del Derecho internacional penal, no cabe duda de la forma amplia como se le ha previsto en el Estatuto, a punto de que puede decirse con GIL GIL (*Derecho penal internacional*, pág. 72) que él «es un principio fundamental del derecho penal de los países civilizados y forma parte hoy en día, sin duda alguna, del Derecho internacional general, al haber sido recogido en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948». Con razón AMBOS (en AMBOS / GUERRERO PERALTA: *El Estatuto de Roma*, pág. 115), asevera que en los Arts. 22 a 24 aparecen las cuatro acuñaciones del Principio de legalidad, conocidas por la doctrina universal: *lex scripta*, *lex praevia*, *lex certa* y *lex stricta*. Véase también a RODRÍGUEZ - VILLASANTE Y PRIETO: «Los principios generales de derecho penal», en *Derecho Penal y Criminología* N.º 69, págs.19 y ss.

tanto en el plano de las prerrogativas o privilegios sustanciales (no hay pena sin ley escrita, estricta, cierta y previa), procesales (no hay pena sin debido proceso judicial, y si no es impuesta por el juez natural), como de ejecución penal (no hay pena sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial, de carácter humanitario y resocializador: el llamado principio de la ejecución de la pena). Estos privilegios, como se recordará, han sido explícitamente reconocidos por el orden jurídico transnacional (Cf. Art. 23).

De esta manera, pues, la pena se debe imponer según lo ordenado en el Estatuto y sustrayendo sus preceptos a la arbitrariedad de los juzgadores, lo cual la torna en innegable soporte para el afianzamiento y disfrute del supremo postulado de la seguridad jurídica, en la medida en que cualquier castigo para ser impuesto requiere necesariamente de la concreción legal de su duración y de su contenido.

c. Parcialmente indeterminada. Como la pena esta presidida por el postulado de determinación, de certeza, o de taxatividad —que es derivación directa del axioma de legalidad—, el legislador supranacional estaba compelido a consignar en el Estatuto sanciones penales claramente determinadas en lo que toca con su clase, duración, cantidad, monto, etc.; las penas, pues, tienen que ser expresas, precisas, manifiestas, concretas, para que no haya duda alguna en lo atinente a sus alcances y cometidos. Por eso, repugnan a un Derecho penal liberal y democrático las sanciones indeterminadas, de contenido borroso, imprecisas, discrecionales, etc. porque ellas arrasan con la seguridad jurídica.

Desde luego, cuando se lee el contenido del Estatuto se debe concluir que éste resulta mal librado de cara a esta exigencia, habida cuenta de que prevé sanciones indeterminadas para los crímenes más atroces. En efecto, no sólo no se consagra ningún marco punitivo específico o genérico para la determinación legal de la pena sino que se anuncia la sanción privativa de la libertad indeterminada para los casos de crímenes más atroces (Cf. Art. 77); así mismo, como producto de lo anterior se establece la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte (Cf. Art. 29), salvo en los casos de delitos contra la administración de Justicia, evento en el cual se señala un término de cinco años para la acción y de 10 para la ejecución de la pena (Cf. Regla 164).

Ello, por lo menos en el plano teórico, vuelve al Estatuto altamente represivo tornando en puro papel mojado las previsiones de los Arts. 21 y ss., sobre todo la del Art. 22.2 cuando —al regular el postulado de taxatividad o de determinación de la descripción típica, esto es, del supuesto de hecho de la norma penal— señala que «*la definición de crimen será*

interpretada estrictamente...». No obstante, lo que pareciera una regulación desastrosa para el ideario demoliberal en el ámbito del Derecho internacional Penal termina dando paso a un mecanismo reductor que trata de atemperar la situación, cual es el previsto en el Art. 110 párrafo 3, en virtud del cual cuando la persona haya descontado las dos terceras partes de la pena máxima de treinta años o 25 años de la perpetua, la Corte podrá revisar la sentencia impuesta atemperando la pena inicial: «Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos».

Este mecanismo, valga la pena advertirlo, termina posibilitando que —si se cumplen las exigencias previstas en el Art. 110— la cadena perpetua sólo opere, finalmente, en casos muy excepcionales, cuando la gravedad de los crímenes cometidos y el comportamiento observado por el condenado así lo ameriten⁵⁴, aunque ya empiece a abrirse paso una interpretación según la cual el monto de la sanción no podría ser superior a 37 años y medio⁵⁵. De todas maneras, que la pena sigue siendo indeterminada lo ratifica el hecho de que la multa no tenga ninguna cuantía máxima contrariando, con ello, el principio de legalidad (Cf. Regla 146). Adicionalmente, la «reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta» (Cf. Art. 77), es otra muestra evidente de que se hace tabla rasa con el postulado de taxatividad o de determinación, lo que genera no pocos obstáculos desde la perspectiva de los respectivos derechos nacionales⁵⁶.

d. *Igual*. También, el castigo se aplica a todos los infractores del Estatuto sin hacer distinciones de ninguna naturaleza en consideración a su edad, clase social, jerarquía, sexo, raza, nacionalidad, etc.; este atributo de la pena supraestatal, sin duda, es una emanación del principio de igualdad material ante la Ley penal el cual impone un trato semejante

⁵⁴. Desde luego, la introducción de la prisión perpetua doblemente condicionada: imponible sólo a crímenes muy graves y con la posibilidad de su reducción transcurridos 25 años, es también explicable por el intenso debate que se libró al interior de las diversas delegaciones que exhibieron posiciones contrapuestas a la hora de redactar el Estatuto. Así KREB: «Sanciones penales...», pág. 342.

⁵⁵. Así AMBOS (Cf. “La fundamentación jurídica de la Corte Penal Internacional” en AMBOS / GUERRERO PERALTA: *El Estatuto de Roma*, pág. 143): «La duración de la cadena perpetua no está determinada, pero cabe deducir, a partir de la revisión de la cadena perpetua tras 25 años y de la pena privativa de libertad temporal tras el cumplimiento de sus dos tercios, que la duración total (tres tercios) de la pena de cadena perpetua no puede exceder de 37,5 años (3 veces 12,5). Ello representaría también una diferencia suficiente respecto de la duración máxima de la pena privativa de la libertad temporal (30 años)».

⁵⁶. Para el ordenamiento español, véanse las observaciones críticas de GÓMEZ BENÍTEZ: «Elementos comunes de los crímenes...», en *El Derecho penal internacional*, págs. 18 y 19, nota 13.

para los casos iguales y uno desigual para los diferentes. Aquí, pues, más que en otros ámbitos del Derecho internacional penal, el juez debe tener en cuenta los criterios de diferenciación que impone el axioma de igualdad para —a partir de ellos— determinar la pena imponible con base en las diferencias fácticas que la realidad ofrece, fundándose en pautas como la razonabilidad de la diferenciación, la proporcionalidad de los medios incorporados en la norma, y los fines de ésta (Cf. Art. 21.3 del Estatuto). El axioma de igualdad emerge, además, de innumerables instrumentos internacionales a los cuales remite el Estatuto de Roma a la hora de señalar cuál es el derecho aplicable, entre los cuales cabe mencionar el Pacto de New York de 1966 (Cf. Art. 21.1⁵⁷).

e. Proporcional. Pues, acorde con el postulado más general de la proporcionalidad o de prohibición de exceso de donde se deriva esta nota, la pena debe corresponderse con la gravedad y entidad del crimen cometido, de tal manera que las sanciones graves se destinen para los atentados criminosos más atroces y las más leves para los de menor rango; justamente, una de las conquistas del moderno Derecho penal, desde la época de C. BECCARIA, es el rechazo a la imposición de sanciones iguales a infracciones a la Ley penal de diversa gravedad. En otras palabras: la proporcionalidad tiene que ser tanto de índole cualitativa —pues a infracciones de diversa naturaleza se les debe castigar con penas diferentes— como cuantitativa —en tanto que a cada conducta punible le debe corresponder una sanción que se compadezca con su importancia—; por ello, un derecho represivo gobernado por los postulados demoliberales debe llevar a cabo la cuantificación penal a partir de dos pilares básicos: la gravedad del injusto cometido (expresión del principio de lesividad) y el grado de culpabilidad (emanación del postulado de culpabilidad). Desde luego, contra este rasgo de la pena se alzan las penas draconianas y ejemplarizantes —como la cadena perpetua prevista por el Estatuto— que se imponen con la pretensión de reprimir ciertas formas de delincuencia, olvidando que el principio de prohibición de exceso representa el límite lógico al poder punitivo, derivado del concepto retributivo de pena —mediante el cual se busca, también, reafirmar el orden jurídico resquebrajado por la infracción a la Ley penal.

Ahora bien, pese a que el Estatuto prevé la pena de prisión perpetua —aunque notablemente atemperada con las posibilidades de reducción de la misma— la verdad es que, expresamente, ha declarado que su imposición debe ser proporcionada a la entidad de la infracción cometida tal como se desprende del texto del Art. Artículo 81. 2. a), en materia de apelación de la sentencia: «El Fiscal o el condenado podrán ape-

⁵⁷. El texto del Art. 21.1 y 2, es bien dicente.

lar de una pena impuesta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, en *razón de una desproporción entre el crimen y la pena*»; obviamente, también la previsión del Art. 78.1 —en cuanto señala como pautas de determinación «la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado»— es un reconocimiento expreso del principio de proporcionalidad⁵⁸.

f. *Razonable*. Igualmente, la sanción penal imponible en el caso concreto debe ser fruto de una tarea de determinación judicial ajustada a las leyes de la prudencia, el equilibrio, la moderación, y la sensatez, como consecuencia de que el Derecho internacional penal está inspirado en el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso. Es tan importante esta actividad que sólo si se logra una pena equilibrada, será posible obtener el restablecimiento del equilibrio de las relaciones entre el ciudadano infractor —que ha cometido el atentado grave contra los bienes jurídicos más relevantes— y la comunidad de Naciones llamada a salvaguardarlos mediante una respuesta equitativa, justa. En otras palabras: cuando de establecer la razonabilidad de la sanción penal se trata —lo cual va de la mano de la idea de proporcionalidad—, su justicia en el caso concreto, el juicio de ponderación pertinente debe hacerse a partir de la finalidad esencial perseguida por la normatividad penal, para el caso la seguridad jurídica, lo cual se traduce en la tutela de los más preciados bienes jurídicos. El castigo penal, pues, no es fruto del azar, el capricho, o la discreción del funcionario judicial —para el caso el magistrado de la Corte—, sino que es el producto logrado de una actividad sometida a diversos controles enmarcados dentro de los linderos propios de la razón, llamada a eliminar de este ámbito elementos irracionales e impredecibles, tornando el proceso de individualización judicial en una elaboración intelectual altamente controlable, predecible, y debatible.

Esta nota de la pena también parece inferirse del texto del Art. 81. 2. a), en materia de apelación de la sentencia, ya citado; y, por supuesto, de manera más general, de la cláusula del Art. 21. También, del contenido el Art. 74.5. que, al aludir a los requisitos del fallo —y ello está relacionado con la determinación de la pena—, señala: «*El fallo constará por escrito e incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones*. La Sala de Primera Instancia dictará un fallo. Cuando no haya unanimidad, el fallo de la Sala de Primera Instancia *incluirá las opiniones de la mayoría y de la minoría*». Adicionalmente, la Regla 145.1.b) prevé que el Magistrado debe emitir un juicio de valor razonado cuando se trata de aplicar los criterios complementarios o específicos de determinación de la pena, acorde con el

⁵⁸. Así, BUENO ARÚS: «Perspectivas de la teoría general del delito en el estatuto de la Corte Penal Internacional», en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, págs. 128-129.

principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad; por ello, justamente, afirma: «**Ponderará** todos los factores pertinentes...».

g. *Necesaria*. En el seno de un Derecho penal de garantías, inspirado en el respeto a la dignidad de la persona humana y dentro del marco trazado por el principio más general de la necesidad de intervención, de intervención penal mínima, o de necesidad —que, como se recordará, postula que el Derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes que sean imprescindibles para el mantenimiento y conservación del orden jurídico, frente a aquellos ataques que se realizan contra el mismo considerados como los más intolerables, para el caso atentados muy graves contra la paz y la seguridad de la Humanidad⁵⁹—, la sanción penal imponible sólo puede ser aquella que sea indispensable a efectos de plasmar en la realidad el programa político-criminal que la comunidad de naciones ha diseñado (*nulla poena sine necessitate*) y la que reporte un mínimo daño posible para el penado, todo ello inscrito en el marco de la prevención de nuevos crímenes; esto tiene su razón de ser desde la perspectiva de las filosofías utilitaristas, predicadas por el pensamiento penal ilustrado a través de C. BECCARIA y J. BENTHAM.

La pena, pues, sólo se puede imponer a aquellos transgresores de la Ley penal que han realizado comportamientos que sean objeto de un desvalor verdaderamente grave y que, además, supongan un elevado grado de nocividad, de dañosidad; por eso, en fin, también se le asignan a la sanción penal cometidos preventivos generales y especiales. Obviamente, la exigencia de la necesidad de la pena parte del presupuesto de que ella es merecida y al contrario, sin que ello comporte la confusión entre los conceptos de merecimiento (la punición es merecida) y de necesidad de pena (el agente requiere o necesita la pena), pues ambos se encuentran estrechamente vinculados en una especie de concatenación causal: lo que es auténticamente «necesitado de pena» lo es en cuanto verdaderamente «merecedor»; y, lo que es genuinamente «merecedor de pena» lo es en cuanto positivamente «necesario»⁶⁰.

Esta nota de la pena no ha sido prevista de manera expresa por el Estatuto, sin embargo es claro que emerge de todo su entramado nor-

⁵⁹. De ese axioma se desprende un consecuencia muy importante cual es el *carácter de ultima ratio* que, para el caso del *Derecho internacional penal*, se manifiesta en un doble sentido atendido el hecho de que es doblemente *subsidiario*: de un lado, como todo derecho penal sólo interviene cuando otros medios no son suficientes para proteger los bienes jurídicos; y, del otro, actúa cuando no puede alcanzarse dicha protección mediante el ordenamiento estatal respectivo, tal como lo dispone el Art. 1 del Estatuto cuando afirma que «...tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales». Sobre ello, GIL GIL: *Derecho penal internacional*, pág. 39.

⁶⁰. Cf. ROMANO: «Merecimiento de pena», «necesidad de pena» y Teoría del Delito”, págs. 169 y ss.

mativo (Cf., por ejemplo, el mecanismo de reducción de la pena previsto en el Art. 110 y las previsiones generales del Art. 21).

h. *Judicial*. Así mismo, como producto de que el Derecho penal propio de la comunidad de naciones debe ser el de un Estado social y democrático de derecho —modelo previsto en la Declaración de los Derechos del Hombre de diez de diciembre de 1948 y en el Pacto de New York de 1966—, la pena debe ser impuesta por un órgano judicial competente, independiente e imparcial previamente definido con anterioridad al hecho, acorde con el principio del juez natural —verdadero límite formal al ejercicio de la potestad punitiva supranacional—, con lo cual se garantiza el sostenimiento de las bases del orden jurídico mundial y el aseguramiento de la vida comunitaria; además, la imposición de la pena se debe hacer siguiendo el rito procesal ordinario, brindándole al reo la posibilidad de disfrutar de todas las garantías y prerrogativas que el Estatuto de la Corte Penal Internacional —para el caso, señaladas en las Reglas de Procedimiento y Prueba— le aseguran (Cf. Arts. 1, 5 y ss., 21, 67, 77 y 78 del Estatuto; cánones 145 y 146 de las Reglas de Procedimiento y Prueba).

i. *Individual*. Se le puede asignar esta nota a la pena supraestatal porque ella es estrictamente personal y sólo puede alcanzar a quien ha transgredido la Ley internacional penal, en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, así se encuentren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etc., como lo impone el principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*). Así lo prevé expresamente el Artículo 25.1 y 2. del Estatuto intitulado como «*responsabilidad penal individual*»; en el mismo sentido, véanse los Arts. 28 y 30⁶¹. En fin, así lo ratifica el hecho de que después de muchos debates se haya decidido no introducir en esta normatividad la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

j. *Irrevocable*. Igualmente, la imposición de la pena está presidida por la idea de permanencia, de duración, de persistencia —en realidad una consecuencia del postulado más general de la cosa juzgada, que ha sido incluido por el legislador supranacional en el Art. 20, aunque extrañamente por fuera de la Parte Tercera dedicada a «Los principios generales del Derecho Penal»—, en virtud de la cual una vez impuesta la sanción debe cumplirse estrictamente sin que —en principio— sea susceptible de revocación, modificación o suspensión. En otras palabras: cuando la Corte Penal Internacional, en el caso concreto y mediante la expedición de una sentencia debidamente ejecutoriada, realiza la individualización de la pena, emite una decisión irrevocable que debe ser

⁶¹. Cf. AMBOS, en AMBOS / GUERRERO PERALTA: *El Estatuto de Roma*, pág. 116.

cabalmente observada por el condenado, las autoridades jurisdiccionales y penitenciarias de los diversos estados y, por supuesto, por todos los asociados de la comunidad de naciones.

Desde luego, lo anterior no significa que en algunas hipótesis previamente señaladas por el legislador internacional no pueda suspenderse o revocarse la ejecución de la sanción impuesta, gracias a la vigencia de mecanismos como la reducción de la pena (Cf. Art. 110), etc. Ahora bien, esta característica del castigo significa, así mismo —lo que es producto del llamado postulado del *non bis in idem*, consecuencia del de la cosa juzgada—, que el ciudadano tiene derecho a que sobre él no se ejerza en más de una oportunidad el *ius puniendi* de la comunidad internacional, sobre la misma conducta realizada⁶².

También, el Artículo 105.1 —al regular la ejecución de la pena— prevé la irrevocabilidad de la misma: «Con sujeción a las condiciones que haya establecido un Estado de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 103, *la pena privativa de libertad tendrá carácter obligatorio para los Estados Partes, los cuales no podrán modificarla en caso alguno*». Igual sucede tratándose de los delitos contra la Administración de Justicia de que da cuenta el Art. 70, pues la Regla 168 establece el postulado de la Cosa Juzgada en estas materias específicas.

k. *Pública*. Del mismo modo, la imposición de la pena está presidida por la idea de difusión, de comunicación de ese hecho tanto al reo como a los asociados a través de la comunidad de naciones; por eso, desde la época del pensamiento penal ilustrado, se ha proclamado la necesidad de que las sanciones se hagan públicas, conocibles, de tal manera que no sólo la opinión pública pueda enterarse del comportamiento de sus jueces, sino también el directamente afectado —a quien, siguiendo un rito preestablecido, como consecuencia de la vigencia del axioma del debido proceso legal, se le debe notificar en forma debida— para que pueda impugnar la decisión que las contiene, acudiendo a los recursos

⁶². Repárese en los alcances del Art. 20 del Estatuto, para estos efectos: «*Cosa juzgada 1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte. 2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto. 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia*».

que las Reglas de Procedimiento y Pruebas prevén al efecto. Esta característica aparece consagrada en los Arts. 76.4. [*“La pena será impuesta en audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado”*], y 74.5. del Estatuto [*“La lectura del fallo o de un resumen de éste se hará en sesión pública”*].

3. Clases. El Estatuto prevé como *penas principales* la privativa de la libertad de hasta treinta años de duración y la cadena perpetua. La primera de ellas, puede ser revisada cuando se hayan cumplido los dos tercios de la ejecución de la misma; y, la segunda cuando hayan transcurrido 25 años de su ejecución (Cf. Art. 110 párrafo 3.º.), según ya se explicó. Como *penas accesorias*, se señalan *la multa y el decomiso* (Cf. Art. 77).

Adicionalmente, cuando se tratare de delitos cometidos contra la Administración de Justicia, el Estatuto prevé pena de prisión o multa hasta de cinco años, tal como se infiere del Art. 70 num. 3: «En caso de decisión condenatoria, la Corte podrá imponer una pena de reclusión no superior a cinco años o una multa, o ambas penas, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba», para el caso acorde con lo dispuesto en la Regla N.º 166.

Así las cosas, las penas anteriores no son imponibles a todos los crímenes que una persona haya cometido, dado que la competencia de la Corte se limita sólo a conductas punibles más graves que sean *«de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto»*, para el caso el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (Cf. Art. 5), o a los atentados contra la Administración de Justicia de que da cuenta el Art. 70 aunque sometiéndose a sus propias reglas.

Obviamente, como también sucede en los códigos penales nacionales, se dispone que el tiempo descontado por la persona en detención preventiva se abona al total de la pena impuesta; así se infiere del texto del Art. 78 párrafo 2: «La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito».

En fin, aunque no toca estrictamente con la problemática de la determinación de la pena en sentido amplio o cualitativa⁶³, debe decirse que en materia de la indemnización a las víctimas el Estatuto —por lo demás sumamente pródigo al prever diversos mecanismos en este ámbito— prevé que la Corte puede constituir un *fondo fiduciario*, que se nutrirá fun-

⁶³. No obstante, ZIFFER (*Lineamientos*, pág. 23) incluye la «indemnización del daño» dentro de la determinación cualitativa de la pena.

damentalmente de multas y decomisos, en favor de ellas y sus familiares (Art. 79); ello, obviamente, se inscribe en el marco de la discusión contemporánea sobre el asunto.

C. La determinación de la pena en sentido estricto. Se alude, tal como ya se indicó más arriba, a llamada individualización cuantitativa de la pena, trátase de la reclusión o de la multa.

1. Precisiones iniciales. Una primera aproximación al Estatuto y a las Reglas de Procedimiento y Prueba, indica que ellos no regulan ningún marco punitivo específico o genérico, dentro del cual deba moverse el juzgador, señalando un mínimo y un máximo; ni tampoco consagran penas fijas. Es más, las diversas previsiones —al estilo del patrón propio del Derecho anglosajón⁶⁴— se limitan a señalar que la pena de reclusión puede ser hasta de treinta años para atentados graves⁶⁵, o de reclusión perpetua para quienes incurran en infracciones muy graves contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad (el genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra o de agresión: Cf. Art. 5 y ss.) [Cf. Art. 77]. Así mismo, si se trata de un *delito* —y el Estatuto parece distinguir esta modalidad de atentado de los *crímenes* y de las *faltas*— contra la administración de Justicia, que también es de competencia de la Corte atendido el hecho de que se comete en su sede, la pena máxima es la de cinco años de reclusión o una multa, o ambas.

No obstante, así el ámbito punitivo de movilidad carezca de mínimos y de máximos, debe indicarse que puede tener un techo aleatorio en cualquiera de los dos casos de reclusión, cuando se presentare la figura de la reducción de la pena que prevé el Art. 110, en virtud de la cual la ejecución de la sanción cesa cuando el condenado haya cumplido las dos terceras partes de la misma, o cuando en los eventos de cadena perpetua haya completado los 25 años de privación de la libertad, a condición de que se den ciertas condiciones.

A la par, debe tenerse en cuenta que el Estatuto en comento señala que en casos de *concurso real*, la imposición de la pena se hace para cada uno de los crímenes objeto de juzgamiento sin perjuicio de una pena total que englobe los diversos comportamientos punibles. Consecuentemente, a título de máximo techo punitivo —lo cual no deja ser inapropiado, pues en los casos de cadena perpetua no hay en realidad ningún límite—, se dice que la pena no sobrepasará los 30 años o la prisión inde-

⁶⁴. Véase RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: «Los principios generales de derecho penal», en *Derecho Penal y Criminología* N.º 69, pág. 21.

⁶⁵. Para RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: (“Los principios generales de derecho penal”, en *Derecho Penal y Criminología* N.º 69, pág. 22) el mínimo se debe entender de un año, apoyándose en la original propuesta española sobre el asunto.

terminada: «*Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77*» (Cf. Art. 78.3).

Adicionalmente, lo que también es de interés, el Estatuto no prevé la determinación de medidas de seguridad, habida cuenta de que en esos casos se establece que la persona no es responsable penalmente hablando (Cf. Art. 31.1).

Pese a lo acabado de expresar, las Reglas de Procedimiento y Prueba complementan las previsiones del Estatuto con un modelo bastante cercano al vigente en los países que siguen el derecho continental, con lo cual se puede intentar construir una teoría de la determinación de la pena a partir de esas previsiones, sea que se conciba desde la perspectiva cuantitativa o sea que ello se haga desde el ángulo de la cualitativa. En otras palabras: ambas regulaciones prevén una serie de directrices que deben ser objeto de análisis más detenido, advirtiendo que el Estatuto se caracteriza por su elementalidad y generalidad mientras que las Reglas por su especificidad⁶⁶, en lo que parece ser una síntesis más o menos afortunada de los modelos anglosajón y continental europeo.

2. Criterios genéricos para la determinación judicial de la pena.

Mirado tanto el texto del Estatuto como el de las Reglas, se puede establecer cómo ambos señalan tres criterios básicos para la determinación o imposición judicial de la pena propiamente dicha, trátase de la reclusión o de la multa⁶⁷. En efecto, el artículo 78.1 ya transcrito —que es reproducido por el canon 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba a las cuales remite el Estatuto, cuando alude a **«las circunstancias del condenado y las del crimen»**—, señala que a tal efecto se tendrán en

⁶⁶. Así KREB: «Sanciones penales...», págs. 343-344.

⁶⁷. Desde luego, situados en la *fase de la amenaza penal*, propia de la determinación legal de la sanción, se observan en el Estatuto diversos fines de la pena como lo muestra la siguiente transcripción del Preámbulo del Estatuto: «Reconociendo que **esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad** [PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA], Afirmando que **los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo** [RETRIBUCIÓN] y que, a tal fin, **hay que adoptar medidas** en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional **para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia** [PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA], **Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes** [RETRIBUCIÓN] y **a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes** [PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA]. Decididos **a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera** [PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA]». Sobre ello, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: «Aspectos penales del Estatuto...», en *Creación de una jurisdicción penal*, pág. 133; el mismo: «Los principios generales de Derecho Penal», en *Derecho Penal y Criminología*, N.º 69, pág. 15.

cuenta «**factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado**». Estas disposiciones son objeto de complementación por los Arts. 23, 25.2 y 30, para los cuales la culpabilidad del autor es el fundamento de la imposición de la pena.

a) *La gravedad del crimen*. Sin duda, con esta pauta se alude a la *mayor o menor gravedad del injusto*, pues para el Estatuto y las Reglas no es lo mismo que se cometa un delito de homicidio que un crimen de genocidio con miles de víctimas que puede conllevar cadena perpetua. Este criterio es una consecuencia directa del principio de *dañosidad social, de trasgresión de bienes jurídicos, de la necesaria lesividad o de la ofensividad*⁶⁸ del bien jurídico, de la *objetividad jurídica del delito*⁶⁹, o de *afectación a bienes jurídicos*, el cual suele sintetizarse en el tradicional aforismo liberal *no hay delito sin daño*, que —traducido al lenguaje actual— equivale a la no existencia de conducta punible sin amenaza concreta o real, o daño para el «bien jurídico tutelado» (*nulla necessitas sine iniuria*), pues el cometido del Derecho penal —y también debe serlo para el Derecho internacional penal— no es defender ideas morales, estéticas o políticas, ni patrocinar actividades sociales concretas⁷⁰.

En otras palabras: la intervención punitiva sólo es viable en relación con conductas que tengan trascendencia social y que afecten las esferas de libertad ajenas, sin que le sea permitido al Derecho penal castigar comportamientos contrarios a la ética, inmorales o antiestéticos, so pena de invadir los terrenos de la Moral; ello, se reitera, es producto del Pensamiento liberal ilustrado, a cuya sombra se gestó el concepto de *bien jurídico*, distinguiendo con claridad entre el Derecho y la Moral. Esta concepción, como se sabe, surge como antagónica a la teoría tradicional, que consideraba la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona, acorde con la Teoría del contrato social⁷¹.

Por ello, un muy buen sector de la doctrina contemporánea —comprometido con una concepción minimalista del Derecho Penal, que el Estatuto pretende asegurar parcialmente cuando sólo castiga los atentados más graves contra unos determinados bienes jurídicos, más no cuando en ocasiones parece prever tipos de peligro abstracto— clama por la ausencia de criminalización de aquellos comportamientos que no

68. Así lo llaman FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale*, pág. 3.

69. La denominación es de BETTIOL, *Istituzioni*, págs. 81 y ss.

70. Cf. BUSTOS RAMÍREZ: *Manual*, pág. 45.

71. Cf. HURTADO POZO: *Manual*, pág. 37. No obstante, FERRAJOLI (Cf. Ob. cit., pág. 466) recuerda como «se trata de un principio que surge ya en Aristóteles y Epicuro» aunque reconoce que «es denominador común a toda la cultura penal ilustrada».

amenacen o lesionen efectivamente el bien jurídico tutelado por la Ley penal, con lo cual se descarta la punición de los llamados tipos de peligro abstracto por considerarla, justamente, contraria al apotegma objeto de estudio⁷²; también, se utiliza en las codificaciones penales el *grado de injusto* como criterio de tasación de la pena, pues no es lo mismo cometer un injusto de homicidio que recaer sobre una víctima que uno de genocidio sobre miles de seres humanos.

La función del Derecho penal, se repite, es tutelar los bienes o valores que por su importancia el legislador ha erigido en intereses merecedores de especial protección, sean de carácter individual o colectivo (bienes jurídicos). No obstante ello, debe recordarse, el delito o hecho punible además de lesionar bienes jurídicos (*desvalor de resultado*) implica también un atentado contra los valores ético-sociales predominantes en una comunidad dada y en un momento histórico determinado (*desvalor de acción*); por supuesto, enfrente a tal dilema la prioridad la tiene el bien jurídico en desmedro de los valores ético sociales, aunque ambos elementos conforman el injusto penal⁷³. Ello, desde luego, también es válido desde la perspectiva del ordenamiento penal supranacional en la medida en que con él se persigue la tutela de la paz y la seguridad de la Humanidad, a través de la protección de bienes jurídicos básicamente concretos que pueden ser comunes o generales, como la existencia de los estados, la paz internacional y la subsistencia de determinados grupos humanos, y particulares o individuales como la vida humana, la salud individual, la libertad, etc.⁷⁴.

Así las cosas, no cabe duda en el sentido de que el principio de lesividad es uno de los artífices del moderno Estado de Derecho y es bastión innegable para la elaboración de un derecho penal mínimo, de garantías⁷⁵, lo cual explica también su inclusión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

⁷². Cf. FERRAJOLI. *Derecho y razón*, págs. 472, 711, 712 y 833; también: FIANDACA / MUSCO: *Diritto penale*, págs. 19 y 20, 174 a 178; BRICOLA, *Teoria*, págs. 81 a 87; BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas*, pág. 82.

⁷³. Cf. BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas*, pág. 30.

⁷⁴. Como bien lo ha puesto de presente GIL GIL (*Derecho penal internacional*, pág. 35), «la referencia a la paz y seguridad de la humanidad en los Proyectos de Naciones Unidas no hace mención del bien jurídico protegido, sino que se refiere al objeto genérico de la tutela del Derecho penal internacional que estará integrado por los bienes jurídicos concretos protegidos en cada uno de los tipos de delitos internacionales. Por ello, *son bienes jurídicos del orden internacional la propia existencia de los estados, la existencia de determinado tipo de grupos humanos, la paz internacional...*, pero también lo son los bienes jurídicos individuales cuando son atacados de forma masiva o sistemática por el propio poder político o cuando simplemente no pueden ser protegidos por el orden estatal. Los bienes jurídicos individuales como la vida humana, la salud individual, la libertad, etc. Son bienes sin los cuales no es posible la existencia de ningún sistema social».

⁷⁵. Así FERRAJOLI: *Derecho y razón*, pág. 467.

2) *La culpabilidad del agente*. Este criterio de imposición de la pena se infiere con meridiana e indiscutible claridad del texto de los Arts. 23 [**“quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”**], 25.2 [**“quien cometa un crimen de competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado...”**] y 30 [**“...una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen...”**].

Indiscutiblemente, ello significa que la otra pauta de imposición de la pena que prevé el Estatuto es el *grado de culpabilidad* que es derivación del principio *nulla poena sine culpa*, otro postulado básico del Derecho penal supranacional acorde con el cual *no hay pena sin culpabilidad*, pues la sanción criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle «exigido» al agente⁷⁶ e implica, en realidad —como lo señala W. HASSEMER—, cuatro cosas distintas⁷⁷. En primer lugar, **posibilita la imputación subjetiva** de tal manera que el injusto penal sólo puede ser atribuido a la persona que actúa; en nuestra cultura jurídica, pues, el delito sólo es concebible como el hecho de un autor y —como producto de ello— la sanción debe ser individual o estrictamente personal, alcanzando únicamente a quien ha transgredido la Ley en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, así se hallaren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etc.

En segundo lugar, no puede ser castigado quien obra sin culpabilidad, con lo cual **se excluye la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado**; de aquí dimana la categoría dogmática de la culpabilidad —a veces llamada *responsabilidad*, pese a las diferencias entre ambos conceptos en la Teoría general del derecho⁷⁸— acorde con la cual sólo puede ser punido quien estuviere en posibilidad de gobernar el acontecer lesivo para los bienes jurídicos.

⁷⁶. Por supuesto, si algún concepto no es pacífico en la discusión contemporánea es el de culpabilidad. Cf. ACHENBACH, *Historische und dogmatische*, págs. 2 y ss.; sobre los desarrollos contemporáneos, mostrando la relación entre el concepto de culpabilidad y las teorías de la pena, es esclarecedora la lectura de ZIFFER, *Lineamientos*, págs. 59 y ss.; también, de manera pródiga y esclarecedora, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, págs. 217 y ss.

⁷⁷. Cf. HASSEMER: «¿Alternativas al principio de culpabilidad?» en CPC N.º 18, págs. 475 y ss.; ROXIN: «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?», en CPC N.º 30, págs. 671 y ss. Por su parte PUIG, *Derecho penal*, págs. 128 y ss., deriva de él cuatro principios distintos: **de personalidad de las penas, de responsabilidad por el hecho, de dolo o culpa, y de imputación personal**, afirmando que ellos derivan del postulado de la dignidad humana, de la idea de seguridad jurídica y del axioma de igualdad real. Tradicionalmente, sin embargo, se han atribuido a este apotegma sólo dos consecuencias: la exclusión de la responsabilidad por el resultado y la medición de la pena respetando el límite máximo de culpabilidad (grado de culpabilidad) [Sobre ello, JESCHECK / WEIGEND, *Tratado*, 5.ª ed., pág. 23].

⁷⁸. Sobre ello FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 91 y 110 nota 1.

En tercer lugar, **la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se de hacer atendiendo al grado de culpabilidad**, pues hay diversos niveles de responsabilidad yendo desde la culpa en sus diversas modalidades, hasta llegar al dolo que es la única modalidad objeto de punición en el Estatuto de la Corte (Cf. Art. 30.1).

Así mismo, en cuarto lugar, **este axioma impone la idea de proporcionalidad como pauta surgida del postulado de igualdad para tasar la pena en concreto**, a la cual ya se aludió. Cuando el juzgador persigue imponer una pena justa debe hacerlo acorde con el *postulado de la igualdad*, gracias al cual es posible tratar desigualmente lo que es desigual; y ello parece obvio, porque para imponer la pena es necesario distinguir dentro del juicio de exigibilidad normativa las diversas modalidades de conducta punible, de tal manera que las consecuencias jurídicas impondibles se correspondan de forma proporcionada con dichos distingos. Por este camino, pues, el axioma de culpabilidad, posibilita la operancia del llamado *principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso*, con lo cual se incardinan claramente los apotegmas de igualdad y culpabilidad, que se tornan en columnas vertebrales de la tarea de medición de la pena⁷⁹.

3) *Las circunstancias personales del condenado*. Finalmente, esta tercera pauta de imposición de la pena —similar a la que prevé el Art. 63 del Código Penal Suizo de 1937— supone que el Magistrado debe hacer un verdadero juicio de pronóstico en relación con los efectos que la pena puede generar sobre la vida futura del reo, evitando su desocialización; en otras palabras: se deben tener en cuenta consideraciones propias de la prevención especial positiva de tal manera que se vele por la resocialización del condenado lo que, en muchos casos, es calificado como imposible por la doctrina tal como sucede con el genocidio⁸⁰.

Así las cosas, de lo dicho hasta el momento se desprende que son tres los criterios que se deben tener en cuenta por el Magistrado de la Corte para imponer la pena: el grado de injusto, el grado de culpabilidad y las consideraciones propias de prevención especial positiva. Se desechan, pues, las concepciones preventivo especiales negativas que cosifican y despersonalizan al condenado y las propias de la prevención general intimidatoria o negativa⁸¹, que entienden la pena como una amenaza para el conglomerado —para el caso la comunidad de naciones— aunque —en

⁷⁹. Sobre ello, HASSEMER: «¿Alternativas al principio de culpabilidad?» en CPC N.º 18, pág. 478.

⁸⁰. Así ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR: *Derecho Penal*, pág. 197.

⁸¹. No obstante, para RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO («Los principios generales de derecho penal» en *Derecho Penal y Criminología* N.º 69, pág. 16) la prevención general negativa debe tener cabida al momento de la imposición de la pena: «En definitiva,

unión de la prevención general positiva integradora y de la retribución— aparecen en el momento de la amenaza penal, según ya se mostró.

3. Los criterios específicos para la determinación judicial de la pena. Se desprenden con toda claridad del canon N° 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba —que complementan las pautas del Estatuto, reiterándolas—, de cuyo texto se infiere que las directrices complementarias a tener en cuenta son las siguientes:

a) *Las circunstancias de atenuación y de agravación.* Observado el texto de esta disposición se concluye que, de una o de otra forma, las diversas situaciones previstas confluyen en los tres criterios genéricos acabados de examinar. En efecto, como atenuantes, se prevén «i) *Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción; ii) La conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte.*».

Obviamente, el primero de estos eventos toca con la presencia de dos causales de exención de la responsabilidad penal incompletas, esto es, el estado de necesidad por coacción y la inimputabilidad, las cuales aluden bien al grado de injusto o bien al grado de culpabilidad del agente; desde luego, lo mismo es predicable de las demás situaciones de exoneración que prevé el propio Estatuto (Cf. Arts. 31 a 33), porque la enunciación que se hace en la Regla es por vía meramente ilustrativa, como se desprende de la expresión: «*como...*». El segundo suceso, así mismo, se relaciona con el comportamiento del condenado con posterioridad al hecho criminoso dándose cabida a las consideraciones propias de la prevención especial positiva.

Lo mismo sucede con las agravantes: «i) *Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar; ii) El abuso de poder o del cargo oficial; iii) Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa; iv) Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas;*

retribución (limitada por los principios de proporcionalidad y culpabilidad) y prevención general negativa (al fijar el marco típico en función de la entidad del bien jurídico protegido, por la propia imposición de la pena y por lo que se refiere al criterio de la gravedad del crimen) y prevención especial si atendemos a las circunstancias personales del condenado. El criterio de prevención general positiva, que no guarda relación con la individualización de la pena, aflora en el contexto del Estatuto, particularmente en la tipificación de los crímenes de la competencia de la Corte». ¡Obviamente, cabe preguntar, a cual «marco legal típico» alude el expositor, si se tiene en cuenta que el Estatuto no prevé ninguno!

v) *Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21; vi) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas».*

La condena anterior hace alusión a la conducta del condenado con antelación al hecho, lo que sólo es entendible a partir de consideraciones preventivo-especiales positivas; el abuso del poder, la indefensión de la víctima, el empleo de crueldad o la pluralidad de víctimas, la discriminación como motivo, etc., son factores que tocan con la gravedad del injusto tornándole más enorme y, pensando ya en el grado de culpabilidad, más reprochable. Lo mismo sucede cuando, acudiendo a la cláusula general para agravar en situaciones semejantes, se acude a situaciones similares.

Naturalmente, cuando se trata de crímenes de extremada gravedad, la presencia de agravantes en cuanto pongan de manifiesto las circunstancias personales del condenado, puede acarrear la imposición de la reclusión perpetua, como ha dicho la parte final del texto de la Regla en comentario: «3. *Podrá imponerse la pena de reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes*». Con ello, entonces, se tienen en cuenta la gravedad del injusto y las consideraciones preventivo-especiales positivas, con lo cual se retorna a los criterios genéricos de imposición de la pena.

b) *La magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y a sus familiares.* Esta pauta específica no supone nada distinto a tener en cuenta la «gravedad del crimen» como criterio de determinación de la pena, esto es, se vuelve a hacer hincapié en la mayor o menor entidad del injusto cometido acorde con el principio de lesividad. Ello parece apenas obvio cuando se piensa en que se trata de castigar «*graves crímenes*» que «*constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad*», o «*atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad*», como reza el Preámbulo del Estatuto.

c) *La índole de la conducta ilícita.* También, este baremo es un desarrollo de la magnitud del injusto como pauta genérica de valoración a la hora de la imposición de la pena, porque el Magistrado debe precisar cuál es la naturaleza del crimen objeto de juzgamiento, esto es, si se trata de una conducta constitutiva de genocidio, de crimen de lesa humanidad, de crimen de guerra o de agresión, acorde con las precisiones que hacen los Arts. 5 y ss. del Estatuto, y las disposicio-

nes que los desarrollan⁸². Así mismo, si la conducta —acorde con lo señalado por el Art. 25— es consumada o tentada; si es fruto de una actividad individual o de un grupo de personas que se han repartido las tareas; si el agente es mero inductor o autor material; si es cómplice o encubridor, etc.

d) *Los medios empleados para perpetrar el crimen*. De igual forma, la alusión a los instrumentos de comisión de la conducta punible toca con el injusto llevado cabo, esto es, con la magnitud del crimen objeto de juzgamiento.

e) *El grado de participación del condenado*. Se hace referencia, obviamente, a las diversas modalidades de concurrencia criminal, trátase de autoría o de participación en sentido estricto, para el caso las señala en el propio Estatuto en el Art. 25.3, con lo cual se reitera —una vez más— que el grado de injusto es la pauta central de determinación de la pena en este ámbito.

f) *El grado de intencionalidad*. Se menciona, sin duda, el grado de injusto e implícitamente la magnitud de la culpabilidad del agente, pues el Magistrado está obligado a valorar la intensidad con la cual se manifiesta el aspecto subjetivo de la figura criminosa realizada por el agente; ello porque, como dice el mismo Estatuto, los crímenes sólo son punibles cuando el agente «actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen» (Cf. Art. 30). Esto significa, en otras palabras, que como norma general no se admite la comisión culposa de tales figuras, salvo el caso excepcional del Art. 28.1 a).

g) *Las circunstancias de modo, tiempo y lugar*. De igual forma, la mención a la forma, a la época y al escenario en el cual ha tenido ocurrencia el crimen objeto de disvalor, es un desarrollo cabal de la magnitud del injusto con lo cual —una vez más— se vuelve a insistir en la mencionada pauta genérica. No se trata, pues, de una consideración independiente a las ya vistas.

h) *La edad, instrucción y condición social y económica del condenado*. Se refiere a las condiciones personales, sociales, laborales, profesionales y familiares del condenado, con lo cual entran en escena las consideraciones propias de la prevención especial positiva, pues con la imposición de la pena se persigue la resocialización del reo a cuyo efecto es necesario precisar todos y cada uno de esos tópicos.

⁸². Por ejemplo, los Elementos de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra ya aprobados, que se atienen a la de las disposiciones correspondientes de los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma.

4. Casos especiales de determinación cuantitativa tratándose de los delitos contra la Administración de Justicia. Como se recordará, el párrafo 3 del Art. 70 dispone que «en caso de decisión condenatoria, la Corte podrá imponer una pena de reclusión no superior a cinco años o una multa, o ambas penas, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba»; obviamente, la pregunta que surge a continuación es la siguiente: ¿Con base en qué criterios se lleva a cabo la determinación cuantitativa de la pena de reclusión? ¿De la multa? La respuesta parece brindarla la Regla 166.2 cuando señala: «No serán aplicables el artículo 77 ni las reglas relacionadas con él, con la excepción del decomiso con arreglo al párrafo 2 b) del artículo 77 que podrá ser ordenado además de la reclusión, la multa o ambas cosas».

Obsérvese como no son aplicables las disposiciones del Art. 77 ni las Reglas relacionadas con él, lo que es apenas obvio dado que esa disposición está diseñada para los crímenes de que tratan los Arts. 5 y ss. del Estatuto, excepción hecha del decomiso. Pero ¿significará esto que la reclusión y la multa se pueden aplicar caprichosamente? Obviamente, la respuesta es negativa porque el Art. 78 señala cuales son las pautas genéricas de imposición de la pena que luego, de manera específica, desarrolla la Regla 145, como ya se dijo. Esos son, pues, los criterios que debe tener en cuenta el Magistrado cuando decide si impone reclusión hasta de cinco años y/o multa.

D. La determinación de la pena en sentido amplio. No quedaría completa la exposición si no se hiciese referencia a otra modalidad de individualización o de determinación de la pena —esta vez en un sentido amplio— que, atendiendo a razones de tipo cualitativo, toca con el procedimiento relativo a todas aquellas cuestiones atinentes a la ejecución penal como la suspensión de la ejecución de la pena, el cumplimiento en un determinado establecimiento, la imposición de especiales deberes, la forma como se paga la multa, etc. Varios son los aspectos que deben ser objeto de consideración de cara a esta problemática.

1. Los criterios de determinación para la reducción de pena. Como norma general, el Estatuto no prevé ningún subrogado penal que le permita al Magistrado suspender la ejecución de la sentencia impuesta o hacer cesar la ejecución de la pena cuando se haya descontado una parte de ella; sin embargo, de manera excepcional, se ha regulado una figura bastante semejante a la *libertad condicional* cual es la reducción de pena, un mecanismo hondamente ligado con la determinación cualitativa en examen (Cf. Arts. 110 del Estatuto y Cánones 223 y 224 de las Reglas de Procedimiento y Prueba). Este dispositivo opera cuando se hayan cumplido las dos terceras partes de la sanción en los eventos en

los cuales ella consistiere en reclusión de hasta treinta años, o si han transcurrido 25 años de la cadena perpetua impuesta en la sentencia.

No obstante, para que opere este dispositivo reductor de la privación de la libertad el Magistrado —observando el procedimiento indicado en la regla 224— debe tener en cuenta criterios de diversa índole, todos ellos ligados con consideraciones de tipo preventivo especial positivo y preventivo general positivo, tal como se infiere del texto del art. 110.4 y de la Regla 223 que lo complementa:

a) *La conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen.* Esta directriz está fundada en consideraciones de índole preventivo especial positivo, pues se espera que el condenado se resocialice y se arrepienta completamente del crimen cometido a efectos de hacerlo beneficiario de la reducción⁸³.

b) *La voluntad continuada de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos.* Indiscutiblemente, también este criterio toca con el comportamiento posterior del sentenciado sólo que ligado a tópicos muy concretos, pues se observa si él contribuyó o no a que la Corte —instituida como tribunal internacional llamado a luchar contra los crímenes atroces y la impunidad— cumpla con su función. Desde luego, de nuevo es la prevención especial positiva entendida como resocialización la que anima esta pauta valorativa.

c) *La contribución espontánea del recluso para que la Corte ejecute sus decisiones y órdenes en otros casos, en especial las atinentes a la localización de bienes sobre los que recaigan multas, órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas.* Igual que en el caso anterior, se mira el comportamiento observado por el reo durante la ejecución de la pena acatando las decisiones y las órdenes de la Corte que posibiliten hacer efectivas las penas accesorias (multa y decomiso) y la reparación de los daños a las víctimas. Hay, si se quiere, todo un mensaje de índole victimológica tras la redacción de esta directriz en materia de determinación de este mecanismo reductor, que va de la mano de las tendencias contemporáneas en este frente. De nuevo, pues, el Estatuto piensa en la prevención especial positiva, aunque también en la prevención general positiva en su modalidad de integración, muy al estilo de lo que dispone el § 46 inc. 2.º del C. P. alemán cuando tiene en cuenta el «esfuerzo del autor por alcanzar una compensación del ofendido» a efectos de determinar la pena⁸⁴.

⁸³. Sobre ello, MAURACH / GÖSSEL / ZIPF: *Derecho penal*, tomo 2, págs. 761-762.

⁸⁴. Sobre ello, MAURACH / GÖSSEL / ZIPF: *Derecho penal*, tomo 2, págs. 750-751.

d) *Las medidas adoptadas por el condenado para reparar a las víctimas.* De la misma manera, cuando se exige del Magistrado una valoración encaminada a precisar si el sentenciado ha tomado medidas enderezadas a resarcir y a reparar el daño a las víctimas, el Estatuto aparece animado por un discurso victimológico que propende por la necesidad de satisfacción de los afectados. Este fin, desde luego, no es autónomo de la pena pero sí una muestra del arrepentimiento del autor desde la perspectiva de la prevención especial positiva.

e) *Las posibilidades de reinsertar al condenado en la sociedad y reinsertarlo exitosamente.* Una vez más, la introducción de este criterio demuestra que al Estatuto lo animan cometidos preventivos especiales, para el caso a través de la reinserción social del penado que es una de sus manifestaciones⁸⁵.

f) *Las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada.* De nuevo, de la mano de unos determinados cometidos político-criminales, el Estatuto plasma la resocialización del reo como una pauta adicional más a efectos de poner en operancia el susodicho mecanismo reductor, aunque esta vez pensando en la no desocialización del mismo, pues factores como el deterioro de la salud o lo avanzado de la edad pueden hacer aconsejable que se imponga una pena reducida o cese su ejecución.

g) *La inestabilidad social que pueda crear la liberación anticipada del condenado, trátese del conglomerado o de las víctimas.* Aquí, sin duda, se ha pensado en la prevención general general (integradora) con su mensaje político-criminal orientado al fortalecimiento y afianzamiento del Derecho a través de la defensa del orden jurídico internacional. Con ello, se busca que la pena haya servido de instrumento pedagógico socialmente motivado, haya generado confianza y, además, satisfacción en el conglomerado, como lo quieren algunas corrientes contemporáneas en el seno del derecho penal⁸⁶.

2. Los criterios de determinación de la pena de multa. La multa es una de las penas accesorias previstas en el Estatuto [Cf. Art. 77.2.a)] que se impone atendiendo a los criterios señalados en las Reglas de Procedimiento y Prueba, más específicamente en el canon 146 en armonía con el 145. Naturalmente, téngase en cuenta que pese a tener la naturaleza jurídica de pena accesoria ella es de carácter dis-

⁸⁵. Según RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO ("Los principios generales de Derecho Penal", en *Derecho penal y Criminología* N.º 69, pág. 16), ésta fue una de las aportaciones relevantes de la Misión de España en la Comisión preparatoria de la Corte Penal Internacional.

⁸⁶. Sobre ello, MAURACH / GÖSSEL / ZIPF: *Derecho penal*, tomo 2, pág. 758, apoyados en ROXIN.

crecional porque si el Magistrado considera que es suficiente con la reclusión, se puede abstener de imponerla; por ello, dice la Regla 146.1 que «*para resolver si impone una multa con arreglo al párrafo 2 a) del artículo 77 y fijar su cuantía, la Corte considerará si la pena de reclusión es suficiente...*».

En cuanto al sistema de imposición se ha dispuesto que ella se paga a plazos, de una sola vez o en varias cuotas, tal como se desprende del párrafo 3 de la Regla en estudio: «*Cuando imponga una multa, la Corte deberá fijar un plazo razonable al condenado para pagarla. La Corte podrá decidir que el pago se efectúe de una sola vez o en varias cuotas, durante el plazo fijado*». Con ello, obviamente, se establecen unas pautas laxas que no encasillan ni al Magistrado ni al Reo. Es más, se dispone como sistema opcional para su cálculo el de los días multa que es de usanza en el derecho comparado, a cuyo efecto se señala que su «duración mínima será de 30 días y la máxima de cinco años».

Adicionalmente, si el condenado no pagare la multa impuesta la misma Regla 146 dispone que el organismo de Justicia supranacional podrá tomar diversas medidas encaminadas a lograr su cumplimiento, las cuales se desprenden de las Reglas 217 a 222. Es más, si persiste en su negativa y se han agotado todas las órdenes correspondientes, la Corte está autorizada para «*prolongar la reclusión por un período no superior a una cuarta parte de la pena y que no exceda de cinco años*» sin que el monto total de la reclusión sea de treinta años. En otras palabras: el impago de la multa puede hacer que ella se convierta en una pena privativa de la libertad adicional (Cf. párrafos 5 y 7).

De la regla en examen se desprende que las pautas que debe tener en cuenta el magistrado para imponer esta pena accesoria, además de las indicadas en la Regla 145 ya examinadas, son las siguientes:

a) *La capacidad financiera del condenado.* Obvio es decirlo, con ello se pretende imponer una multa igualitaria y equilibrada acorde con el principio de igualdad ante las cargas, pues parece de suyo evidente que no se pueden equiparar desde el punto de vista punitivo personas situadas en disímiles estratos socioeconómicos.

b) *La existencia o no del decomiso y/o de la reparación.* Esto porque la imposición de esta pena accesoria puede implicar un desembolso económico adicional, que impediría la reparación de las víctimas e incluso el decomiso como pena también accesoria.

c) *Si el crimen estuvo motivado por el afán de lucro personal y en qué medida.* Con ello, obvio es decirlo, se vuelven a retomar como criterios

dosimétricos el grado de injusto, el grado de culpabilidad y las condiciones personales del condenado (prevención especial positiva).

d) *Los daños y perjuicios causados y los correspondientes beneficios derivados del crimen que perciba el autor.* También, en este ámbito se tiene en cuenta el grado de injusto como criterio dosimétrico, con lo cual se reitera la pauta genérica ya examinada.

e) *El monto de la misma no excederá del 75% del valor de los haberes y bienes identificables, líquidos o realizables del condenado, previa deducción de una cantidad adecuada que sirva para atender a las necesidades económicas del condenado y de sus familiares a cargo.* Esto significa, ni más ni menos, que la cuantía de la multa es indeterminada, pues la Corte es la encargada de decidir su monto total y de señalar la suma diaria que deba pagarse teniendo en cuenta las «*circunstancias individuales del condenado, incluidas las necesidades financieras de sus familiares a cargo*» (Cf. párrafo 4).

3. Las directrices de determinación para el decomiso del producto, los bienes y los haberes directa o indirectamente ligados con el crimen. Ya se dijo que el decomiso es la segunda pena accesoria potestativa que prevé el Estatuto [Cf. Art. 77.2.b)], el cual procede a condición de que se preserven los derechos de los terceros que obraren de buena fe. Desde luego, ni el Estatuto ni las Reglas de Procedimiento y Prueba señalan pauta alguna observable por el Magistrado en esta materia, lo que no deja de ser inconveniente cuando se piensa en el principio de legalidad de la pena, tan ampulosamente adoptado en el Art. 23. No obstante, de lo dicho en el Art. 72.2.b) y en la Regla 147 se desprenden los siguientes criterios directrices en este ámbito:

a) *El decomiso no procede cuando haya involucrados derechos de terceros que obraren de buena fe.* Ello es apenas obvio, si se acepta que no se puede arrasar con los derechos adquiridos por personas distintas al infractor que han obrado de buena fe, esto es, sin ningún vínculo directo o indirecto con los autores o partícipes en los crímenes objeto de juzgamiento; si se desconociesen esas situaciones jurídicas ya creadas se quebrantaría la seguridad jurídica y reinaría el más absoluto caos.

b) *Se debe probar debidamente la identificación, ubicación y destinación del bien, producto o haber para la comisión del crimen.* Se trata, obvio es decirlo, de una pauta de carácter probatorio en virtud de la cual la decisión adoptada tiene que ser debidamente fundada en medios de prueba recogidos respetando los requisitos de existencia, validez y eficacia que las mismas Reglas señalan (Cf. Reglas 63 y ss.).

c) Adicionalmente, *se debe probar la relación de causalidad (directa o indirecta) entre el empleo del bien, haber o producto y la comisión del crimen*. Así se infiere del párrafo 4 de la Regla 147: «4. La Sala, tras examinar las pruebas presentadas, *podrá dictar una orden de decomiso del producto, los bienes o los haberes si se ha cerciorado de que proceden directa o indirectamente del crimen*»; no se trata, pues, de una actividad no reglada como para concluir que esta pena accesoria puede ser aplicada de manera arbitraria por parte de la Corte, como a primera vista pudiera pensarse.

d) *Esta pena potestativa se debe regir, de todas maneras, por los criterios generales de imposición previstos en el Art. 78*. Esto es apenas obvio, porque no se han señalado directrices especiales para ella y así lo ha dispuesto la Regla en estudio.

4. Casos especiales de determinación cualitativa tratándose de los delitos contra la Administración de Justicia. En esta materia rigen algunas pautas en particular que emergen de la Regla 166.

En efecto, la pena de multa se puede imponer como principal independientemente de la reclusión o como acompañante de la misma (Cf. Art. 70.3); también, se dispone que cada delito contra la Administración de Justicia se podrá penar con una multa separada y las diversas penas pecuniarias se pueden acumular (Cf. Regla 166, Párrafo 3). En cuanto a su monto se señala una limitante distinta a la que opera para los crímenes: «*Bajo ninguna circunstancia la cuantía total excederá del 50% del valor de los activos y bienes identificables, líquidos o realizables del condenado, previa deducción de una cantidad adecuada que serviría para atender a las necesidades económicas del condenado y de sus familiares a cargo*».

Adicional a lo anterior, si no se pagare la multa se ha dispuesto la posibilidad de convertirla en reclusión hasta por cinco años (Cf. Regla 166.5; Art. 70.3), dependiendo —como pauta adicional— «de la cuantía de la multa impuesta y pagada». Por lo demás, las previsiones en esta materia se asemejan a las generales para esta modalidad de sanción.

5. La ejecución de las penas impuestas. Finalmente, para aludir a otro tópico atinente a la determinación cualitativa de la pena de mucho interés, debe decirse que la Corte Penal Internacional requiere de la colaboración de los Estados para la ejecución de las sanciones irrogadas. En efecto, si se tratare de la pena privativa de la libertad ella se debe cumplir en el Estado designado por la Corte, con base en una lista de naciones que hayan manifestado su interés en recibir al sentenciado [Cf. Art. 103.1.a)]; en su defecto, ello podrá suceder en el Establecimiento penitenciario designado por el Estado anfitrión [Art. 103.4]. Obviamente, se

prevé la posibilidad de que el país receptor pueda imponer condiciones las cuales quedan sometidas al resorte de la Corte [Cf. Art. 103.1.b)], la cual —si no las acepta— puede disponer el traslado del reo a otro Estado [Cf. Art. 103.2.b) y 104.1]. Todos estos asuntos han sido objeto de detallada reglamentación en los cánones 198 y ss. de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

En relación con las penas de multa y decomiso impuestas se prevé, así mismo, que ellas serán hechas efectivas por los Estados Partes [Cf. Art. 109 del Estatuto y cánones 212, 217 y ss. de las Reglas de Procedimiento y Prueba]. De todo lo dicho, se puede inferir que cuando se trata de la determinación de la sanción en sentido amplio se tienen en cuenta consideraciones propias de la prevención especial positiva, que son las predominantes; y de la prevención general positiva.

V. Conclusiones

Después de examinar las reglas de determinación de la pena, vigentes en el Derecho internacional penal surgido del Estatuto de Roma y sus desarrollos, se pueden consignar las siguientes reflexiones:

Primera. Pese a los esfuerzos del hacedor de las normas supranacional por dotar de coherencia esta materia, suministrando pautas como las ya expuestas, son evidentes las dificultades para llevar a la vida práctica estas exigencias que más bien —como sucede en los distintos derechos nacionales— pueden dejar librada la cuantificación penal a consideraciones puramente intuitivas e irracionales. Por supuesto, de lo que se trata es de cambiar esa mentalidad y de asumir esta tarea con criterios justos, velando por el fortalecimiento de la seguridad jurídica, verdadero norte y guía de la nueva organización política mundial que hoy se abre camino.

Segunda. Por supuesto, las dificultades que el asunto pueda reportar en la práctica no pueden generar en el estudioso la convicción de que una tarea racional como ésta —que en todo caso debe estar ceñida a los principios propios del ideario demoliberal—, pueda ser reemplazada por pautas mensurables como las brindadas por las ciencias exactas⁸⁷. Tampoco es posible reemplazar al Juez por una máquina computarizada, porque ello llevaría al desastre y a la cosificación de la persona humana, perdiéndole todo respeto a su dignidad, ahogándose en las náuseas del despotismo y la arbitrariedad.

⁸⁷. HAAG, *Rationale Strafzumessung* (págs. 15 y ss.) propone, por ejemplo, acudir a modelos científico-matemáticos; críticamente, ZIFFER: *Lineamientos*, págs. 30-32.

Tercera. Así mismo, no se debe olvidar que el proceso de determinación de la pena, también en el ámbito del derecho supranacional, exige realizar una verdadera tarea hermenéutica que —a partir de disciplinas como la lógica formal y material, las modernas construcciones del lenguaje, la Criminología, la Política Criminal, la Dogmática, y los principios constitucionales del Estado democrático pregonados por la comunidad de naciones— permita dotar de profundo humanismo la tarea de cuantificación penal.

Cuarta. Naturalmente, no debe olvidarse que para poder cumplir de mejor manera la tarea de medición penal es indispensable que el magistrado de la Corte haya llevado a cabo, previamente, una adecuada calificación de la conducta o conductas objeto de valoración, emitiendo con rigor y coherencia, los juicios de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como lo exigen las construcciones dogmáticas del delito. Pero, más allá de esas elaboraciones, se trata también de impulsar una verdadera dogmática de la tasación de la pena, cuyos principios posibiliten valorar de mejor manera el injusto y la culpabilidad del agente e imponer, de conformidad con ellos, la pena correspondiente en el caso concreto.

Quinta. En esta tarea judicial, como en todas, se requiere de la más absoluta desprevención, ecuanimidad y sobriedad en los juicios, para no caer en cuantificaciones penales abusivas o inhumanas, ridículas o insignificantes. La democracia real y los ideales que animaron a la creación de la Corte Penal exigen que los magistrados, dotados de un inmenso poder, limiten los derechos fundamentales de la persona humana sólo en cuanto ello sea necesario y, por supuesto, dentro de los cánones propios del ideario liberal que en buena medida han sido acogidos por el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba y que inspiran las Constituciones y las leyes penales de los Estados partes, cuya legislación se aplica de manera principal.

Sexta. Desde luego, lo anterior no significa que el fallador se tenga que limitar a ser «la boca que pronuncia las palabras de la Ley» en este ámbito, como dijera MONTESQUIEU, pues es evidente que él no sólo aplica el Derecho sino que también lo crea⁸⁸. Ese margen de creación, justamente, es el que debe estar sometido a severos controles para que deambule dentro de criterios de racionalidad y ponderación en el marco delineado por el derecho supranacional⁸⁹.

⁸⁸. Véase BRUNS, *Das Recht*, pág. 1.

⁸⁹. Cf. ZIFFER: *Lineamientos*, pág. 28; DEMETRIO CRESPO: *Prevención general*, pág. 272.

Séptima. Si algo debe quedar claro después de la exposición anterior, es que urge debatir con profundidad todo el sistema de determinación de las penas en el ámbito del derecho internacional penal con miras a tornarlo, de un lado, en un instrumento más eficaz en la lucha contra las graves formas de criminalidad que la comunidad de naciones persigue castigar; y, del otro, sin que esto excluya lo primero, en un mecanismo respetuoso de los derechos fundamentales de la persona humana que tampoco se pueden conculcar, así se trate de juzgar a criminales que han cometido atentados tan graves como los que puede castigar la Corte. Esta tarea es todavía más urgente cuando se piensa en la construcción contenida en el Estatuto y en las Reglas, urgida de un replanteamiento en este punto, dado que con ella se han buscado conciliar extremas posturas sobre la materia en el plano orbital, esto es, las propias de los sistemas anglosajón (*Common Law*), continental —romano-germánico— e incluso islámico (oriental), no siempre acertadamente yuxtapuestas.

Octava. De todas maneras, lo que sí parece claro es que el nuevo sistema de determinación de la pena que se construya a partir de las previsiones contenidas en el Estatuto y en las Reglas, tendrá que ser alimentado por los diversos precedentes judiciales que vaya sentando la Corte los cuales, a su vez, tendrán que beber de los principios generales del Derecho Penal y de las legislaciones de los diversos Estados Parte. De aquí resultará, seguramente, un modelo que habrá de servir de punto de referencia a los legisladores del futuro (tanto nacionales como internacionales); he ahí la importancia del asunto.

VI. Bibliografía

- ACHENBACH, HANS: *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, J. Schweitzer Verlag, 1974.
- AMBOS, KAI: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002.
- EL MISMO: «Hacia el establecimiento de un Tribunal internacional permanente y un Código penal internacional. Observaciones desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional», en *Actualidad Penal* N.º 10, 1998, Madrid, La Ley-Actualidad, 1998, págs. 223 y ss.
- AMBOS KAI / GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN (COMPILADORES): *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- AMBOS KAI / NEMITZ JAN CHRISTOPH «El sistema de penas y su ejecución en el derecho penal supranacional», Lima, sin publicar, 2000.
- AMBOS KAI / STEINER, Christian: «Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* N.º 12, Segunda época, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2003, págs. 191 y ss.

- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos / ALARCÓN NAVÍO, Esperanza: *El Código Penal Francés*, Granada, Comares, 2.^a ed., 2003.
- BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas, con presentación y estudio preliminar a cargo de Nódier Agudelo Betancur*, Bogotá, Temis, 4.^a ed., 2000.
- BETTIOL, Giuseppe: *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 3.^a ed., Padova, Cedam, 1980.
- BRICOLA, Franco: «Teoría general del reato», en *Novísimo Digesto Italiano*, XIX, Turín, Utet, 1973.
- BRICCETTI, Renato: *Codice Penale e leggi complementari*, Roma, Il Sole 25 Ore S.p.A., 6.^a Ed., 2002.
- BRUNS, HANS JÜRGEN: *Das Recht der Strafzumessung*, Köln / Berlin / Bonn / München, Carl Heymanns Verlag, 2.^a ed., 1985.
- BUENO ARÚS, Francisco: «Perspectivas de la teoría general del delito en el estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998», en *Creación de una jurisdicción penal internacional, Colección Escuela Diplomática N.º 4*, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2000, págs. 117 y ss.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982.
Introducción al Derecho penal, Bogotá, Temis, 2.^a ed., 1994.
Manual de Derecho penal. Parte General, Barcelona, Ariel, 3.^a ed., 1989.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- CEREZO MIR, José: *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982.
- COBO DEL ROSAL, Manuel / TOMAS SANTIAGO VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 5.^a ed., 1999.
— *Code pénal suisse*, Berne, Edición oficial, 1995.
— *Código Penal*. Sumillado, concordado, notas, índice analítico, cuadro de modificaciones, Lima, 4.^a Edición oficial, Grijley, 1999.
— *Código Penal de la Nación Argentina*. Buenos Aires, ediciones del País, 2003.
— *Código Penal de la República del Paraguay*. Asunción, Instituto de ciencias penales del Paraguay, 1998.
- COMITÉ NACIONAL SUECO PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO: *Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas*, trad. de José Luis Díez Ripollés, en ADPCP 1979, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1979, págs. 179 y ss.
- CUELLO CALÓN, Eugenio: *La moderna penología*, t. I. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1958.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo: «Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena» en DPC N.º 67, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, págs. 31 y ss.; también, en ND 1998 A, Buenos Aires, Editores del Puerto, págs. 19 y ss.
Prevención general e individualización judicial de la pena, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- DOLCINI, Emilio: *La commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1979.
- DU POIT, Joseph: «Sistemas de penas: esquemas generales», en *Anuario Derecho Penal. El sistema de penas del nuevo Código Penal*, Lima, Grijley, 1999, págs. 337 y ss.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y colaboradores, Madrid, Trotta, 1995.

- FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo: *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 3.^a ed., 1995.
- FOREGGER, Egmont / FABRIZY, ERNST Eugen: *Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchandlung, 1999.
- GALLEGO DÍAZ, Manuel: *El sistema español de determinación legal de la pena*, Madrid, Ediciones ICAI, 1985.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, Edicions de la Universitat de Barcelona, 1982.
- GIL GIL, Alicia: *Derecho penal internacional*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999.
- GOLOVKO, Leonid. : *Le Code Pénal Russe de 1.997*, Paris, Cujas, 1998.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: «Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español», en *El Derecho penal internacional*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial VII- 2001, págs. 9 y ss.
- GRACIA MARTÍN, Luis / BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel / ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- GUERRERO PERALTA, Oscar Julián: *Corte Penal Internacional. Comentarios a la Sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Legis, 2003.
- HAAG, Karl: *Rationale Strafzumessung*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1970.
- HASSEMER, WIENFRIED: *Fundamentos de Derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984.
- «¿Alternativas al principio de culpabilidad?», trad. de Francisco Muñoz Conde, en *CPC N.º 18*, 1982, Madrid, Edersa, 1982, págs. 473 y ss.
- HIRSCH VON ANDREW: *Censurar y Castigar*, trad. de Elena Larrauri, Madrid, Trotta, 1998.
- HUBER, Barbara: «Community service order» como alternativa a la pena privativa de libertad en Inglaterra», trad. de Enrique Bacigalupo, en *ADPCP Tomo XXVI*, Fascículo I, enero-abril de 1983; Madrid, Ministerio de Justicia, 1983, págs. 35 y ss.
- HURTADO POZO, José: *Droit pénal. Partie Générale 1*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991.
- Manual de Derecho penal. Parte general*, Lima, Eddili, 2.^a ed. 1997.
- «Propuesta de un sistema de sanciones penales relativo al Proyecto de Código Penal Tipo Hispanoamericano», en *ADP, El sistema de penas del nuevo Código Penal*. Lima, Asociación Peruana de Derecho penal, 1999, págs. 17 y ss.
- JAKOBS, GÜNTHER: *Estudios de Derecho penal*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1997.
- Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, HANS Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de la cuarta edición alemana a cargo de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993.
- JESCHECK, HANS Heinrich / WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., 1996. Hay traducción de Miguel Olmedo Cardenote: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Granada, Comares, 2002.

- KREß, Klaus: «Sanciones penales, ejecución penal y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (partes VII, IX y X)», en Kai Ambos/Oscar Julián Guerrero: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, págs. 337 y ss.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1979.
«La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», en Jesús María Silva Sánchez: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. Libro-Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, 1995, págs. 115 y ss.
- LYNCH, Gerarde.: «*Plea Bargaining*: El sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos», traducción de Natalia SERGI, en *NDP*, 1998A, págs. 293 y ss.
- MAIA GONÇALVES, M.: *Código Penal Portugês. Anotado e comentado e legislação complementar*, Coimbra, 12.^a ed., 1998.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 3.^a ed., Civitas, 1996.
- MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio: «El principio de intervención penal mínima», en *ADPCP* tomo XL, Fasc. 1, enero-abril de 1987, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, págs. 99 y ss.
- MAURACH, REINHART / GÖSSEL, KARL HEINZ / ZIPF, HEINZ: *Derecho penal. Parte general 2*, Trad. de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- MIR PUIG, Santiago: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
Derecho penal. Parte general, Barcelona, Reppertor, 6.^a ed., 2002.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Tecnos, 1991.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., 2002.
- OBREGÓN GARCÍA, Antonio y AA. VV: *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Madrid, Edersa, 2000, págs. 725 a 738, edición a cargo de Manuel Cobo del Rosal.
- PAPINI, Giovanni: *Gog. El libro negro*, trad. de Mario Verdaguer, Barcelona, Círculo de Lectores, 1973.
- PRADEL, Jean: *Droit Pénal General*, Paris, 14.^a ed., Cuyas, 2002.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Determinación de la pena y política criminal» en *CPC* N.º 4, Madrid, EDERSA, 1978, 49 y ss.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, J. Miguel: *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 3.^a ed., Aranzadi, 2002.
- RIBEIRO LOPES, Mauricio Antonio: *Código penal*, Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: «Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática N.º 4, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2000, págs. 133 y ss.
«Los principios generales de Derecho Penal y la responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional» en *Derecho Penal y Criminología* N.º 69, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, págs. 13 y ss.

- ROMANO, Mario: «Merecimiento de pena», «necesidad de pena» y Teoría del Delito», en Jesús María Silva Sánchez: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. Libro-Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, 1.995, págs. 139 y ss.
- ROXIN, Claus: *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976.
- Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Trad. de Francisco Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981.
- ¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?, trad. de Jesús María Silva Sánchez, en *CPC* N.º 30, Madrid, Edersa, 1986, págs. 671 y ss.
- «La culpabilidad como criterio limitativo de la pena», en *Revista de Ciencias Penales* de Chile, t. 32, enero-abril de 1973, Santiago, Ediciones Encina Ltda., 1973, págs. 16 y ss.
- Iniciación al Derecho penal de hoy*, Trad. de Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981.
- SALEILLES, Raymond.: *La individualización de la pena. Estudio de Criminalidad social*, trad. de Juan de Hinojosa, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1914.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro: *La pena privativa de libertad en Colombia y en Alemania Federal*, Bogotá, Temis, 1988.
- SCHABAS, William A.: «Principios generales del Derecho Penal», en Kai Ambos/Oscar Julián Guerrero: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, págs. 269 y ss.
- SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst / LENCKNER, Theodor / CRAMER, Peter / ESER, Albin / STREE, Walter: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 25.^a ed., 1997; 26.^a ed. de 2001.
- SERRANO MAÍLLO, Alfonso: *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Madrid, Dykinson, 1995.
- SCHÜNEMANN, Bernd: *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991.
- Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona. Bosch, 1992.
- STRATENERTH, Günter: *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, traducción de Enrique Bacigalupo y Agustín Zugaldía E., Madrid, Universidad Complutense de Madrid, , 1980.
- Tatschuld und Strafzumessung*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1972.
- SUAZO LAGOS, René Agustín: *La evolución histórica del sistema de determinación de la pena en Alemania y Honduras. Estudio de Derecho comparado y reflexiones para una futura reforma del sistema de determinación de la pena en Honduras*, Madrid, Tesis Doctoral sin publicar, Universidad Complutense de Madrid, 1979.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel y AA. VV.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho penal, Parte general*, Bogotá, Temis, 3.^a ed., 1997.
Manual de Derecho Penal, Parte General, Bogotá, Temis, 2002.
«Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1.991» en *Revista de Derecho Penal* N.º 13, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2003, págs. 275 y ss.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul / LEVENE, Ricardo: *Códigos penales latinoamericanos*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1978.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989.
Tratado de Derecho penal. Parte general, 5 tomos, Buenos Aires, Ediar, 1.980-1983.
«Ejemplarización, prevención general y cuantificación penal», en *RCAPV*, N.º 8, 1983, Medellín, Señal Editora, 1983, págs. 49 y ss.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro: *Derecho penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2.^a edición, 2002.
- ZIFFER, Patricia S.: *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.
- ZIPF, Heinz: «Principios fundamentales de la determinación de la pena» en *CPC*, N.º 17, Madrid, Edersa, 1982, págs. 353 y ss.
Die Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für Strafrechtpraxis und Ausbildung, Heidelberg/Karlsruhe, C. F. Müller Verlag, 1977.