

CAPÍTULO 63

FILOSOFÍA Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Alejandro CHEHTMAN*

SUMARIO. I. *Presentación del tema.* II. *Explicaciones basadas en la piteraría y la historia de los crímenes internacionales.* III. *Crímenes internacionales como “crímenes de lesa humanidad”.* IV. *Una teoría “jurisdiccional” de los crímenes internacionales.* V. *¿Es necesaria una teoría de los crímenes internacionales?* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

El derecho penal internacional es una disciplina que está aún en sus inicios. Los juicios de Núremberg y Tokio, luego de la Segunda guerra mundial, se presentan habitualmente como hitos fundacionales de un área del derecho que tuvo que esperar hasta el final de la guerra fría para iniciar un proceso de intensa y veloz expansión.¹ A partir de los tribunales *ad hoc* para Ruanda y Yugoslavia en los años 90, pero especialmente a partir de la creación de un tribunal penal internacional permanente, esta esfera del derecho internacional público ha recibido un amplísimo interés por parte de juristas, diplomáticos, científicos sociales y filósofos. La filosofía se ha preocupado por distintas dimensiones del derecho penal internacional. Sus

* Profesor Asistente, Universidad Torcuato Di Tella (Argentina). Investigador del CONICET (Argentina). La presente contribución se basa, en varios puntos, en el capítulo 4 de mi libro, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Quisiera agradecer a Luciana Morón por su impecable trabajo de traducción de las partes pertinentes de ese texto. Todo error u omisión debe atribuirse al autor.

¹ La historia del derecho penal internacional, obviamente, es muy anterior. Sin embargo, estas dos experiencias marcaron a fuego el desarrollo institucional por venir. Sobre la historia del derecho penal internacional, véase Bass, Gary J., *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2001; y Simpson, Gerry J., “War Crimes: A Critical Introduction”, en McCormack, Timothy L. y Simpson, Gerry J. (eds.), *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, The Hague, Kluwer, 1997.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2365-2401.

intereses y preocupaciones han variado según las distintas etapas de desarrollo de esta nueva área. Durante la etapa de surgimiento y temprana consolidación, la discusión filosófica giró centralmente en torno del debate tradicional entre jusnaturalistas y juspositivistas y sus implicaciones para la determinación o identificación de las normas que constituían el derecho penal internacional.² Durante la última década, sin embargo, esta discusión ha ido dando paso a nuevas líneas de investigación filosófica, mucho más vinculadas con la filosofía práctica. Así, hay filósofos que han trabajado sobre la justificación del castigo en el marco de procesos por atrocidades masivas³ y sobre cuestiones de responsabilidad penal individual por hechos colectivos.⁴ Otra línea, la que aquí desarrollaremos, ha centrado su interés en el fundamento filosófico de distintos crímenes internacionales, como el genocidio, los crímenes de guerra o los crímenes de lesa humanidad.⁵ En particular, varios autores se han interesado por su particular régimen jurisdiccional.

Esto se debe, en gran medida, al peculiar régimen jurisdiccional habitualmente asociado a los crímenes internacionales. Esto es, la competencia

² Para una excelente introducción a esta discusión, y a sus principales exponentes, véase Cryer, Robert, "The philosophy of international criminal law", en Orakhelashvili, Alexander (ed.), *Research handbook on the theory and history of international law*, Cheltenham, Edward Edgar Publishing, 2011. Pero también véase, sobre este y otros asuntos, Nino, Carlos S., *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Emeccé, 1997.

³ Véase, por ejemplo, Drumbl, Mark, *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

⁴ Entre otros, Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

⁵ El volumen y la calidad de los trabajos sobre este punto ha explotado. Véase, por ejemplo, May, Larry, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; May, Larry, *War Crimes and Just War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; May, Larry, *Aggression and Crimes against Peace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; May, Larry, *Genocide: A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Luban, David, "A Theory of Crimes against Humanity", *Yale Journal of International Law*, vol. 29, núm. 1, 2004, pp. 85-167; Vernon, Richard, "What Is Crime against Humanity?", *The Journal of Political Philosophy*, 2002, vol. 10, núm. 3, pp. 231-249; y Renzo, Massimo, "A Criticism of the International Harm Principle", *Criminal Law and Philosophy*, vol. 4, núm. 3, 2010, pp. 267-282. También May, Larry y Hoskins, Zacharay (eds.), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, especialmente las primeras tres contribuciones. Así como Luban, David, "Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality and the Legitimacy of International Criminal Law" y Duff, Antony, "Authority and Responsibility in International Criminal Law", ambos en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010. (véase, además, FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL, FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL, y JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO).

penal de los Estados es esencialmente territorial. Un Estado distinto de aquel en cuyo territorio se ha cometido un ilícito penal carecerá de la facultad para perseguir penalmente a su perpetrador, al menos en la medida en que el crimen no haya sido cometido por uno de sus nacionales, o contra uno de ellos, o amenace de algún modo real su soberanía, seguridad o funciones gubernamentales importantes.⁶ Así, el derecho internacional exige la existencia de determinados “nexos” para autorizar el ejercicio de competencia penal sobre un determinado hecho. Ahora bien, la excepción a este principio bien establecido la constituyen aquellos hechos que podemos llamar, a los efectos de esta discusión, ‘crímenes internacionales’, que podemos identificar, en principio, con los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio.⁷

El hecho de que existan actualmente los crímenes internacionales como una cuestión de derecho internacional no es controversial. Ejemplos paradigmáticos de enjuiciamientos por este tipo de crimen son el juicio a Milošević en La Haya, los procedimientos de extradición contra el ex dictador chileno Pinochet en el Reino Unido y la acusación contra el actual Presidente del Sudán ante la Corte Penal Internacional (CPI). Pero no está claro desde el punto de vista conceptual qué significa considerar este tipo de crímenes como crímenes internacionales. O, dicho de otro modo, ¿qué distingue a los crímenes internacionales de los nacionales? Y más, ¿es posible brindar una teoría convincente de los crímenes internacionales capaz de acomodar, por ejemplo, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad?

La presente contribución procura abordar estas cuestiones desde un enfoque filosófico. Lo primero que debemos hacer, entonces, es precisar más qué es lo que necesita ser normativamente elucidado. Después de todo, tanto los crímenes nacionales como los internacionales pueden ser caracterizados como conductas que justifican imponer castigos legales a sus perpetradores. Hay, sin embargo, una serie de consecuencias normativas específicamente asociadas a la noción de ‘crímenes internacionales’. Crucialmente, los tribunales pueden responsabilizar a los individuos aun en ausencia de alguno de los vínculos o *nexos* tradicionales con el perpetrador, la víctima o el crimen. Esto significa que un Estado dado puede castigar a un individuo

⁶ Al respecto véase, por ejemplo, Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, cap. 15.

⁷ Quizá la lista incluya también al crimen de agresión y a la tortura según aparece definida en la Convención contra la Tortura (1984). En el mismo orden de cosas, en los últimos años el terrorismo ha sido postulado como un caso que debería entrar en la definición de crímenes internacionales. Este debate excede el propósito de este artículo.

por un crimen internacional incluso si el crimen no fue cometido en su territorio, en contra de su soberanía, o por o en contra de uno de sus nacionales. Mi objetivo es aislar esta cuestión de otros rasgos normativos y legales significativos comúnmente asociados con este tipo de crímenes, como la (im)posibilidad de otorgar amnistías o perdones, la inaplicabilidad de las prescripciones, o el derecho de inmunidad estatal y diplomática.⁸ Asumo aquí que su régimen jurisdiccional es el rasgo saliente de este tipo de crímenes. Por consiguiente, usaré aquí el concepto de crimen internacional únicamente en sentido jurisdiccional. Dicho de forma simple, este artículo trata de explicar por qué Bélgica puede legítimamente reclamar el poder de enjuiciar y castigar a dos monjas ruandesas por participar en un genocidio en Ruanda, pero no puede enjuiciar y castigar un caso particular de violación o asesinato perpetrado en El Salvador.

Este modo de encuadrar la pregunta puede resultar controversial. Podría objetarse, por ejemplo, que al concentrarme exclusivamente en este aspecto jurisdiccional estoy usando una sola implicancia normativa para conceptualizar los crímenes internacionales en vez de brindar un análisis sólido del concepto en sí. En otras palabras, este modo de proceder podría ser visto como “colocar el carro delante de los caballos”. Ciertamente, el enfoque escogido implica una crítica a parte de la literatura existente porque sugiere que en última instancia no es útil tratar de determinar qué significa humanidad en la noción de crímenes contra la humanidad y luego explicar todas sus implicancias normativas sobre la base de esta conexión.⁹ En lugar de eso, busco aislar un rasgo específico usualmente asociado con este tipo de crimen —el enjuiciamiento extraterritorial— y brindar un argumento norma-

⁸ Véase la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de lesa humanidad (adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968). Asimismo, el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, artículos 29 y párrafo 2 del artículo 27, así como, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema argentina en *Arancibia Clavel*, y el Tribunal de Casación francés en *Barbie*. Más recientemente, la Audiencia Nacional española rechazó el pedido de extradición de la ex presidenta argentina María Estela de Perón, precisamente sobre la base de que los delitos por los que era requerida no constituían crímenes de lesa humanidad (es decir, no eran crímenes internacionales), y por consiguiente estaban sujetos a las reglas habituales de prescripción. Véase http://www.elpais.com/articulo/internacional/Audiencia/Nacional/rechaza/extraditar/Isabelita/Peron/elpepuint/20080428elpepuint_15/Tes (último acceso, 10 January 2008).

⁹ Dos excepciones a esta proposición en May, Larry, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, *op. cit.*, nota 5; y Cryer, Robert, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 75.

tivo para justificarlo.¹⁰ Ésta no es una posición especialmente controversial. Como argumenta Abi-Saab, “el concepto de crímenes de guerra estuvo... inicialmente relegado, en el Derecho internacional, a la delimitación de la jurisdicción penal de los Estados para enjuiciar y castigar, en vez de a la definición de los actos criminalizados y las penalidades resultantes”.¹¹

Además, este enfoque recibe algún apoyo del hecho de que nos referimos a estos crímenes como crímenes internacionales, y de que los enjuiciamientos por ellos son normalmente resistidos y criticados precisamente debido a su carácter extraterritorial, es decir, por el hecho de ser juzgados por tribunales internacionales o Estados sin conexión directa con el hecho en cuestión.

La búsqueda de una explicación unificada de los crímenes internacionales es una tarea importante para la disciplina. Dar cuenta de esta cuestión normativa contribuye a responder la pregunta acerca de si debería haber un sistema de derecho penal internacional. Posiblemente se ha vuelto más urgente como resultado de los habituales reclamos por parte de los Estados ante la existencia de alguna autoridad extraterritorial que reclama para sí el derecho de castigar a delincuentes por crímenes bajo el derecho internacional. Los argumentos comúnmente articulados como explicación del régimen jurisdiccional amplio asociado a los crímenes internacionales abarcan los siguientes: que son análogos a la piratería en algún sentido específico, que son perpetrados en lugares donde la aplicación de la ley es sencillamente demasiado débil, que dañan o violan a la humanidad en sí, y que impactan la conciencia de la especie humana. Por motivos de claridad en la exposición, dividiré estos argumentos en dos grupos principales. La sección 2 examinará los argumentos que sostienen que los crímenes internacionales son análogos a la piratería en algún sentido relevante y, en consecuencia, están sujetos a las mismas reglas de competencia. La sección 3 se refiere a los argumentos que pretenden explicarlos en términos de un daño a la humanidad. Se sostendrá aquí que estas dos familias de argumentos son en última instancia deficientes. La sección 4 presenta una teoría jurisdiccional de los crímenes internacionales. Argumentaré allí que lo que justifica transformar una regla penal en una regla penal *internacional* es el hecho de que no puede estar realmente en vigor en el territorio de un Estado dado si tiene que depender exclusivamente de ser aplicada por ese Estado. La

¹⁰ Ejemplos de este enfoque pueden encontrarse en Luban, David, “A Theory of Crimes against Humanity”, *op. cit.*, nota 5; y Vernon, Richard, *op. cit.*, nota 5.

¹¹ Abi-Saab, George, “The Concept of ‘War Crimes’”, en Yee, Sienho y Tieya, Wang (eds.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Heopei*, Londres, Routledge, 2001, p. 100.

sección 5 examina si podemos aplicar este marco normativo y conceptual a los crímenes de guerra. Finalmente, la sección 6 lidia con la objeción de que el derecho penal internacional no necesita en realidad una teoría de crímenes internacionales.

Pero antes de comenzar, es necesario hacer tres aclaraciones preliminares. Primero, el fin aquí no es elucidar los rasgos principales de los crímenes existentes en el derecho internacional. Tampoco procuraré brindar una justificación para la criminalización de actos específicos. Más bien, la cuestión es identificar un rasgo específico o un conjunto de rasgos que expliquen por qué la jurisdicción sobre estos crímenes debería ser más amplia que la que rige para los crímenes internos. Dicho de otro modo, la tarea principal en esta contribución es brindar una justificación inteligible para los casos claramente establecidos de crímenes internacionales; no brindar un análisis que resuelva casos difíciles.

En segundo lugar, se tratará de identificar los rasgos específicos de los crímenes internacionales que explican por qué los Estados vinculados de alguna de las formas tradicionales con el crimen en cuestión carecen de competencia exclusiva para juzgar a los presuntos responsables. Esto no es aún una aceptación de la tesis de que los crímenes internacionales justifican darles a los Estados competencia penal universal. Me importa aquí demostrar que alguna autoridad extraterritorial posee competencia sobre este tipo de hechos, y no necesariamente que esa competencia debe conferirse a todos los Estados de la comunidad internacional en forma concurrente. Estas dos cuestiones suelen ser confundidas en la literatura. En lo que respecta a la argumentación filosófica vale la pena examinarlas separadamente.

Por último, es necesario introducir muy someramente el marco teórico que utilizaré en la presente contribución.¹² En primer lugar, es necesario aclarar que utilizaré el lenguaje y el aparato conceptual de los derechos para analizar los alcances de la competencia penal de los Estados o de la Corte Penal Internacional. Esta elección no resulta especialmente problemática. Las teorías basadas en los derechos resultan en principio más atractivas que aquellas que toman como noción fundamental la idea de deberes o los enfoques puramente consecuencialistas. Pero asimismo el hablar en términos de derechos resulta especialmente afín al lenguaje del derecho internacional y particularmente a las discusiones en torno a la

¹² Para un desarrollo más detallado de este marco, véase Chehtman, Alejandro, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2010, cap. 1.

competencia penal, que debe ser conceptualizada en estos términos.¹³ En segundo lugar, este trabajo presupone que la mejor forma de explicar la existencia de un derecho es identificar un interés, individual o colectivo, que posea la suficiente importancia como para ser protegido por la existencia de un derecho.¹⁴ Aquí radica tal vez el quid de la empresa. El propósito de este artículo es proporcionar una justificación a nivel normativo de la práctica jurídica existente. Pero a su vez, el desarrollar un argumento normativo nos permitirá evaluar críticamente algunos aspectos de la práctica en vigor.

II. EXPLICACIONES BASADAS EN LA PIRATERÍA Y LA HISTORIA DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

La piratería fue indisputablemente el primer crimen internacional en el sentido aquí utilizado. Los piratas han sido tradicionalmente conocidos como *hostis humani generis* y sus acciones consideradas sujetas a la competencia de cualquier Estado que los capturase.¹⁵ Aunque varios estudios señalan al tráfico de esclavos como otro ejemplo clásico de un crimen internacional, la piratería ha demostrado ser extremadamente influyente tanto en la teoría como en la práctica del ejercicio de la competencia extraterritorial. Distintos juristas, filósofos y tribunales han procurado explicar los rasgos principales de los crímenes internacionales, y en particular su régimen jurisdiccional distintivo, por referencia a uno o más rasgos específicos de la piratería.¹⁶ Característicamente, los argumentos tienen la siguiente estruc-

¹³ *Idem*. En contra de este enfoque, véase Gross, Aeyal M., "Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation", *European Journal of International Law*, vol. 18, núm. 1, 2007, pp. 7-9.

¹⁴ La teoría del interés se opone a la teoría de la elección. Un análisis, aun breve, del debate entre estas dos posiciones excede largamente el marco de este trabajo. Para una presentación de las posiciones más influyentes, véase, por ejemplo, Kramer, Matthew, "Rights without Trimmings", en Kramer, Matthew; Simmonds, Nigel; y Steiner, Hillel (eds.), *A Debate over Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998; y Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

¹⁵ Esta posición acerca de la piratería llega hasta Grocio. Pero se ha sugerido que incluso puede llegar hasta el periodo anterior a Alejandro (véase Radin, Max, "International Crimes", *Iowa Law Review*, vol. 32, núm. 1, 1946-1947, pp. 33-50). Sobre la piratería, en general, puede consultarse Rubin, Alfred P., *The Law of Piracy*, Irvington-on-Hudson, N.Y., Transnational, 1998).

¹⁶ Véase, por ejemplo, *Israel v. Eichmann*, 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel, 1962); la opinión en disidencia del Juez Moore en el famoso caso *Lotus (Francia v. Turquía)*, CPJI, Series A no 10 (1927), 70. Véase también, Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction: International y Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 58.

tura: i) La piratería es y debería ser un crimen internacional; ii) los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y demás comparten el rasgo ‘x’ con la piratería; iii) por lo tanto, estos crímenes también deben ser crímenes internacionales en el sentido relevante. Hay dos clases distintas de problemas con estos argumentos. Algunos conectan equivocadamente la competencia universal con un rasgo particular ‘x’ que la piratería posiblemente comparte con otros crímenes internacionales, pero que no explica realmente su régimen jurisdiccional; otros, en cambio, directamente no hacen esa conexión y argumentan sobre la base de un *non sequitur*.

Willard Cowles ha brindado una de las pocas explicaciones de por qué los crímenes de guerra deben ser considerados crímenes internacionales.¹⁷ Su argumento no es puramente normativo; más bien él parece basarse también en consideraciones jurídicas e históricas. Sin embargo, es un buen ejemplo del tipo de argumento del que se ocupa esta sección. Cowles representa lo que podríamos llamar la teoría de “la escena del crimen”. Él argumenta que el “origen de la competencia sobre el criminal de guerra debe buscarse en las antiguas prácticas de bandolerismo”.¹⁸ Él sugiere que el concepto de criminal de guerra es una construcción legal del siglo XXI. Previamente, los criminales de guerra, tanto si actuaban en su capacidad pública como en su capacidad privada, eran considerados bandidos. Y el bandolerismo, al igual que la piratería, “surge del hecho fundamental de la falta de control gubernamental en las áreas de [sus] operaciones”; los bandidos florecen donde el orden político y la aplicación de la ley están ausentes, típicamente en tiempos de guerra.¹⁹ Es en este sentido que los crímenes de guerra son muy similares a los actos de piratería: en ambas situaciones hay una “ausencia total de un sistema jurídico adecuado que opere en el lugar donde el crimen tiene lugar”; “tanto el pirata como el criminal de guerra se aprovechan de este hecho, ya que esperan cometer así sus crímenes con impunidad”.²⁰ Así, Cowles concluye, “[l]a jurisdicción ejercida

¹⁷ En efecto, como se sostiene más adelante, la mayoría de ellos fueron diseñados específicamente para explicar los crímenes de lesa humanidad.

¹⁸ Cowles, Willard B., “Universality of Jurisdiction over War Crimes”, *California Law Review*, vol. 33, núm. 2, 1945, p. 181.

¹⁹ *Ibidem*, p. 193.

²⁰ *Ibidem*, p. 194 y 217. Cowles señala otros aspectos del bandolerismo que, en alguna medida, ayudan a explicar las reglas expansivas en material de competencia penal. Así, sugiere que “no estaba motivado por una causa pública ni... autorizado por el Estado”, y que “ha sido en gran medida de carácter internacional”, esto es, las fronteras nacionales son el escenario ideal para estas actividades. Por último, “las bandas de bandidos a menudo

sobre los crímenes de guerra ha sido de la misma naturaleza que la ejercida en el caso de la piratería, y esta jurisdicción amplia ha sido asumida por la misma razón fundamental.²¹

El argumento de Cowles es históricamente convincente y normativamente muy atractivo. Sin embargo, sugiero que en última instancia es insatisfactorio. Esto se debe a que se apoya demasiado en el hecho de que la piratería es un crimen internacional. Es decir, Cowles está tan preocupado por mostrar que los crímenes de guerra pueden asimilarse a la piratería que descuida la justificación para considerar a la piratería un crimen internacional en primer lugar. Desde su punto de vista, los crímenes internacionales son aquellos que son perpetrados en lugares donde el control gubernamental está ausente y donde los delincuentes pueden esperar actuar con impunidad. Que este argumento alcance como una razón histórica para calificar a la piratería como un crimen internacional es discutible. Muchos otros crímenes eran usualmente perpetrados en alta mar, como los ataques o los homicidios en buques no acompañados de robo, y éstos no estaban sujetos a una competencia penal extraterritorial amplia. Ni el hecho de que la piratería o los crímenes de guerra son difíciles de prevenir y castigar, ni el hecho de que son cometidos en áreas donde hay escasa autoridad estatal parece alcanzar para explicar por qué fueron de hecho calificados como crímenes internacionales. Es más, los criminales de guerra pueden operar dentro de una estructura jurídica y organizativa muy rígida; las tropas Nazis son un ejemplo de esto.

Que el argumento de Cowles sea exitoso como explicación normativa del régimen jurisdiccional de los crímenes internacionales es aun más dudoso. Aunque él no lo dice explícitamente, su argumento parece ser que allí donde la aplicación de la ley es muy débil o inexistente, como en alta mar o en tiempos de guerra, las bases estándar de la jurisdicción para crímenes nacionales no podrían disuadir a potenciales delincuentes. Esto está implícito en la afirmación de que en esos contextos los bandidos y los criminales de guerra esperan cometer sus crímenes con impunidad. Ciertamente, permitirles a los Estados territoriales castigar a un criminal de guerra normalmente aumentaría la disuasión. Sin embargo, se sugiere aquí, la disuasión como justificación general para el ejercicio de competencia penal genera más problemas que soluciones. Por un lado, es implausible que la competencia penal tenga un efecto disuasorio considerable. Al decir de

incluían miembros de distintas nacionalidades” (véase *ibidem*, pp. 184-186 respectivamente). No obstante, Cowles en última instancia basa su argumento en la teoría de la “escena del crimen” para justificar su especial régimen jurisdiccional.

²¹ *Ibidem*, p. 217.

Roberts y Carver, “el cálculo racional es especialmente pasible de ser desplazado allí donde los perpetradores asocian criminalidad con supervivencia personal o la defensa de su identidad étnica, y donde las normas sociales inmediatas ejercen una influencia sobre su comportamiento mucho más poderosa que reglas internacionales fenomenológicamente muy distantes”.²² Pero lo que es más importante, la disuasión como justificación general del derecho de castigar haría colapsar la distinción entre los crímenes nacionales y los internacionales, distinción que resulta central a los efectos de nuestro proyecto filosófico. Para decirlo brevemente, si la disuasión aumenta en la medida en que más probable, más rápido y más severo sea el castigo, entonces un cálculo de maximización de la disuasión penal nos llevará a conferir a los Estados competencia universal sobre crímenes internacionales, pero también sobre delitos puramente internos. En consecuencia, el argumento de Cowles no es en realidad una explicación de qué vuelve a los crímenes de guerra y a la piratería crímenes internacionales.

La segunda, y quizás más influyente, versión de estas explicaciones basadas en la piratería es la teoría de la “naturaleza del crimen”.²³ Usualmente se argumenta que la “atrocidad” de un crimen es lo que justifica que un Estado sin “ninguna conexión” con los hechos tenga la facultad de castigar al delincuente. Esta proposición tiene un número de formulaciones diferentes. El Preámbulo del Estatuto de la CPI, por ejemplo, habla de atrocidades “inimaginables”. Similarmente, se ha sostenido que los crímenes internacionales se caracterizan por “un grado de insensibilidad que corporiza la esencia misma del mal”,²⁴ o que “impactan en la conciencia de la especie humana”,²⁵ y que tienen una “dimensión agregada de crueldad y barbarie”²⁶ capaz de “desgarrar las raíces de la sociedad civilizada”.²⁷

El argumento de la atrocidad, sin embargo, no es usado por sí solo para justificar las particulares reglas jurisdiccionales asociadas con los crímenes

²² Carver, Lucy y Roberts, Paul, “Penal Law and Global Justice” (2008), manuscrito no publicado, citado con autorización de los autores, p. 30.

²³ Princeton Principles, artículo 1o., en *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton, Princeton University Press, 2001.

²⁴ Thomas, Laurence, “Forgiving the unforgivable”, en Garrard, Eve y Scarre, Geoffrey (eds.), *Moral Philosophy and the Holocaust*, Aldershot, Ashgate, 2003.

²⁵ *Prosecutor v. Tadic* (1995), 57. Véase también Walzer, Michael, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York, Basic Books, 2000, p. 107.

²⁶ *Regina vs. Finta* (1994) 1 RCS, 818.

²⁷ Joyner, Christopher C., “Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, 1996, p. 171.

internacionales, sino más bien en conexión con la analogía con la piratería. Según este argumento, es la naturaleza de los actos piráticos, en particular su atrocidad (más que la ubicación del crimen), lo que los vuelve cognoscibles por una autoridad extraterritorial.²⁸ Un aspecto atractivo de este enfoque, sugiere Eugene Kontorovich, es que al sostener que la atrocidad del crimen explica el poder de castigar crímenes internacionales extraterritorialmente, los partidarios de la analogía con la piratería colocan a sus oponentes en la incómoda posición de tener que, o bien cuestionar la atrocidad de, por ejemplo, la tortura sistemática, o bien conceder que debería ser tratada de la misma forma que la piratería.²⁹

El propio Kontorovich argumenta en contra de este uso de la analogía. Él acertadamente sugiere que la atrocidad no podría haber sido la razón real por la que la piratería fue inicialmente considerada un crimen internacional. Cuando actos similares eran perpetrados por corsarios, es decir, piratas con licencia estatal, eran repatriados y no sujetos a un régimen de competencia penal universal.³⁰ Además, los actos de piratería nunca fueron considerados particularmente atroces. La piratería en última instancia no era más que una variedad particularmente problemática del robo.³¹ Y aunque el *locus* donde fue cometida la volvía difícil de enjuiciar, esto ciertamente no era suficiente para colocar a su atrocidad en el mismo nivel que la de crímenes como la violación auspiciada por el Estado o el envenenamiento de suministros de agua.³²

²⁸ Kontorovich, Eugene, "The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation", *Harvard International Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2004, pp. 183-237. Para otros ejemplos de defensa de esta analogía, véase Orentlicher, Diane F., "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 8, 1991, pp. 2537-2615. Este razonamiento ha sido empleado por algunos tribunales estadounidenses, como en *In re Extradition of Demjanjuk* (1985).

²⁹ Kontorovich, Eugene, *ibidem*, p. 208.

³⁰ *Ibidem*, p. 210.

³¹ Véase *United States v. Palmer*, 128 U.S. 262 (1888).

³² Ambos ya mencionados por de Vattel, Emmerich, *The Law of Nations*, Washington, Carnegie Institution, 1916, Libro III, § 145, 157. Por el contrario, quizá fue justamente porque la piratería no era vista como un hecho atroz, o al menos no tan grave como el homicidio, que los Estados aceptaron sujetarla al principio de competencia universal. Cowles dirá que la "competencia universal sobre el homicidio usurparía esta responsabilidad profunda y, por consiguiente, generaría un antagonismo [difícil de resolver] con la competencia tradicional del Estado". Kontorovich, Eugene, *op. cit.*, nota 28, p. 229, con cita a *United States v. Furlong*. En este caso, la Corte sostuvo: "El robo en alta mar se considera un delito sujeto a la competencia penal de toda nación... Ello no ocurre con el homicidio. Es un crimen demasiado repugnante a los sentimientos del hombre como para que resulte necesario sujetarlo a la jurisdicción universal" (*ibidem*, pp. 196 y 197).

De este modo, una vez descartada la analogía en estos términos con la piratería, el argumento basado en la atrocidad parece perder lo que sea que fuera que explicaba precisamente por qué algún órgano *extraterritorial* sería competente para entender en casos de crímenes internacionales. No hay ninguna conexión evidente entre la atrocidad de un crimen particular y el alcance del poder de un Estado de castigar a un delincuente en particular. Y, sin embargo, es precisamente esta conexión lo que una teoría de los crímenes internacionales necesita explicar.

III. CRÍMENES INTERNACIONALES COMO “CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD”

Puede sostenerse que los argumentos más elaborados dirigidos a dar cuenta de los rasgos centrales de los crímenes internacionales han sido desarrollados en el marco de lo que podríamos llamar el paradigma de los “crímenes contra la humanidad”.³³ Este paradigma no necesariamente se concentra en la categoría jurídica de los crímenes contra la humanidad, como algo distinto de los crímenes de guerra, el genocidio o los crímenes contra la paz (agresión). Más bien, usualmente implica la visión tradicional, que quizás se remonta a la Cláusula de Martens en la Convención de La Haya, de que los crímenes internacionales dañan o violan de alguna manera a la humanidad en sí misma.³⁴ Este daño a la humanidad supuestamente explica por qué un Estado extraterritorial o un tribunal internacional podrían tener derecho a castigar a sus perpetradores, pues actuarían en última instancia como representantes de ella. Es interesante destacar que es en el contexto de los crímenes de lesa humanidad como categoría jurídica (es decir, como algo distinto de los crímenes de guerra, el genocidio o los crímenes contra la paz) que los académicos y los tribunales han sido presionados a distinguir los delitos internos de los crímenes internacionales.³⁵ Los crímenes de gue-

³³ Me refiero aquí a los escritos de Chander, Anupam, “Globalization and Distrust”, *Yale Law Journal*, vol. 114, núm. 6, 2005, pp. 1194-1236; Haque, Adil Ahmed, “Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 9, núm. 1, 2005, pp. 273-328; Luban, David, “A Theory of Crimes against Humanity”, *Yale Journal of International Law*; Vernon, Richard, *op. cit.*, nota 5. Me centraré, sin embargo, en los últimos dos.

³⁴ Preámbulo al Convenio de La Haya de 1899 (II). Véase, también, *Prosecutor vs. Erdemovic*, §28 (29 de noviembre de 1996).

³⁵ Hwang, Phillis, “Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Fordham International Law Journal*, vol. 22, núm. 1, 1999, pp. 457-

rra y los crímenes contra la paz, en cambio, ingresaron en la constelación de los crímenes internacionales con muy poca oposición. El primer criterio utilizado para internacionalizar crímenes de lesa humanidad fue precisamente el “nexo con la guerra”.³⁶ En cualquier caso, ahora los crímenes contra la humanidad se han establecido como una categoría de crímenes internacionales por derecho propio y algunos hasta sostienen que podrían eventualmente volverse sinónimos de éstos.³⁷

Los crímenes contra la humanidad pueden definirse muy esquemáticamente como la comisión de determinados actos inhumanos (como homicidio, tortura, violación y demás) como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.³⁸ Por consiguiente, el paradigma de los crímenes contra la humanidad tiene que ver con la noción de que los crímenes contra la humanidad son crímenes grupales en el sentido de que son cometidos por, o contra ciertos grupos. Sus partidarios usualmente también se basan en el hecho de que suponen algún tipo de atrocidad. Argumentaré aquí que los diferentes argumentos de esta explicación poseen dos deficiencias centrales. En primer lugar, son incapaces en última instancia de identificar un fundamento convincente para volver a los crímenes contra la humanidad cognoscibles por alguna autoridad *extraterritorial*. En segundo lugar, cuando sí brindan un argumento normativo que permite dar cuenta de este rasgo, la explicación hace colapsar la distinción entre crímenes nacionales e internacionales al justificar enjuiciamientos extraterritoriales para ambos.

Una primera línea general de argumentación se basa en la proposición de que los crímenes contra la humanidad son crímenes internacionales porque son perpetrados por Estados u organizaciones similares a las estatales en contra de grupos bajo su control. Esto es, la consideración que los vuelve crímenes internacionales es el carácter grupal de los perpetradores. Hay muchas versiones de este argumento. Para que la exposición sea clara, podemos dividirlos en tres: (a) la proposición analítica de que una autori-

504; Van Schaack, Beth, “The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, núm. 3, 1999, pp. 787-850.

³⁶ Véase, por ejemplo, Bassiouni, M. Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2ª ed, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 70-77; y Clark, Roger, “Crimes Against Humanity” en Ginsburgs, George y Kudriavtsev, Vladimir N. (eds.), *The Nuremberg Trials and International Law*, Londres, Martinus Nijhoff, 1990, pp. 190-192.

³⁷ Fenrick, William J., “Should Crimes against Humanity Replace War Crimes?”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, núm. 3, 1998-1999, pp. 767-785. Para la posición que sugiere que los crímenes de guerra son un sinónimo más apropiado para los crímenes internacionales, véase Simpson, Gerry, *Law, War and Crime*, Londres, Polity Press, 2007.

³⁸ Véase el artículo 8 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

dad extraterritorial tendría la facultad de castigar a un delincuente por un crimen internacional sobre la base de que el Estado territorial ha perdido su inmunidad ante ese tipo de intervenciones “extranjeras”; (b) el argumento normativo de que el poder del Estado territorial para castigar se basa en los intereses de la víctimas potenciales en el Estado territorial y en otros Estados afectados; y (c) el argumento de que esta facultad debe ser explicada por referencia al interés individual de cada persona en la Tierra (esto es, los miembros de la especie humana).

Centrémonos en la primera posición. Así, se ha sostenido que cuando las fuerzas de seguridad o los oficiales estatales del Estado E perpetran crímenes contra la humanidad contra parte de la propia población de E, E carece de un derecho en contra de que otros “interfieran en sus asuntos internos”, en particular, castigando a los perpetradores.³⁹ Esta proposición es intuitivamente plausible. ¿Por qué un Estado como ése retendría un derecho, en este caso una inmunidad hohfeldiana, en contra de este tipo de interferencia? El problema, sin embargo, es que no hay una explicación explícita de por qué el Estado territorial ha perdido su derecho *prima facie* en contra de que un determinado organismo extraterritorial, en particular, castigue a los perpetradores. Justificar esta consecuencia normativa es más difícil de lo que puede parecer a simple vista.

Ilustremos esta afirmación por referencia a un ejemplo interpersonal. Si A intenta matar a B disparándole con un revólver, A probablemente carezca de un derecho en contra de que terceras partes intervengan para salvar la vida de B (incluso matando a A si es necesario). Esto se explica frecuentemente por referencia a que A perdió su derecho en contra de ser atacado.⁴⁰ Sin embargo, una vez que la amenaza cesa, una tercera parte necesitaría otra justificación para usar la fuerza contra A (a nuestros efectos, para castigarla). Éste es precisamente el tipo de argumento que brinda toda justificación del castigo y lo que esta primera línea de argumentación omite justificar. El argumento analítico en consideración sólo puede explicar por qué el Estado territorial puede haber perdido su derecho propiamente dicho de primer orden en contra de que una tercera parte intervenga sobre la base de razones humanitarias para detener la perpetración de crímenes contra la humanidad en su territorio. No obstante, esta proposición no puede justificar la pérdida por parte del Estado territorial de su inmunidad hohfeldiana

³⁹ “A Theory of Crimes against Humanity”, *op. cit.*, nota 5, p. 109.

⁴⁰ Véase Thomson, Judith Jarvis, “Self Defence”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 20, núm. 4, 1991, pp. 283-310; y Uniacke, Suzanne, *Permissible Killing: The Self Defence Justification of Homicide*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

de segundo orden en contra de que organismos extranjeros enjuicien al delincuente. Por lo tanto, este argumento nos deja exactamente donde empezamos, es decir, con la necesidad de brindar una justificación *normativa* para conferirle a un Estado extraterritorial o a un tribunal internacional el poder de castigar a delincuentes por crímenes contra la humanidad.

Una segunda versión del argumento basado en el carácter grupal de los perpetradores busca explicar el poder extraterritorial de un Estado de castigar crímenes contra la humanidad por referencia al interés de las víctimas potenciales. El punto es que cuando esos crímenes son perpetrados por un Estado o una entidad similar a un Estado probablemente se afecte a otras personas además de las víctimas directas. Por consiguiente, la comunidad internacional “tendría una base legítima para la intervención para proteger a la comunidad más extensa que también probablemente sería dañada por el plan”.⁴¹ Este argumento está abierto a la crítica esbozada en los párrafos anteriores acerca de que la protección física real otorgada a las víctimas potenciales, disuadiendo o incapacitando a los delincuentes, no logra pasar el escrutinio como justificación para el poder extraterritorial de un Estado de castigar a los perpetradores.

Larry May, uno de los principales defensores de la posición en discusión, podría responder que estas clases de “[daños] basados en grupos son de interés para la comunidad internacional porque son más propensos a ... atravesar las fronteras y dañar a una comunidad más amplia”.⁴² Un problema con esta proposición, sin embargo, es que aun si éste fuera el caso, no se explica por qué se le confiere el poder de castigar a los perpetradores a un Estado *extraterritorial*. Pero vayamos más despacio. Si los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina corren el riesgo de afectar a víctimas potenciales en Chile, Uruguay u otros países latinoamericanos, como hizo el Plan Cóndor,⁴³ esto bien puede explicar el poder de Chile y Uruguay de castigar a los individuos responsables por esos crímenes. No obstante, no explica, o no explica aún, por qué se le confiere a, por ejemplo, Australia competencia penal sobre esos hechos. Este argumento parece ganar su fuerza intuitiva a partir de consideraciones *territoriales* y, por lo tanto, no resuelve la cuestión en debate, es decir, la competencia de un Estado totalmente desvinculado de los hechos, o de un tribunal internacional.

⁴¹ May, Larry, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, *op. cit.* nota 5, p. 88.

⁴² *Ibidem*, p. 83. Véase también su “Humanity, International Crime, and the Rights of Defendants”, *Ethics and International Affairs*, vol. 20, núm. 3, 2006, pp. 373-382.

⁴³ Véase, por ejemplo, Novaro, Marcos y Palermo, Vicente, *La Dictadura Militar 1976/1983: Del Golpe de Estado a la Restauración Democrática*, Buenos Aires, Paidós, 2003, pp. 122 y 123.

El tercer argumento basado en el carácter grupal de los perpetradores puede ayudar a explicar esta cuestión. Los crímenes internacionales también han sido explicados recurriendo a los intereses de todos los individuos de la Tierra. Se dice que los crímenes contra la humanidad lesionan a la humanidad en el sentido de que son crímenes contra nuestra condición humana compartida, y contra la humanidad entendida como la especie humana. El aspecto de nuestra condición humana que es afectado por los crímenes contra la humanidad es nuestro carácter de animales políticos.⁴⁴ Los seres humanos, sostiene este argumento, son animales políticos a diferencia de los animales sociales, como las hormigas, en el sentido de que necesitamos alguna forma de organización coercitiva artificial que regule nuestra convivencia. Sin embargo, la política puede ir horrorosamente mal y terminar en los crímenes más atroces. Por consiguiente, “como no podemos vivir sin política, existimos bajo la amenaza permanente de que... las instituciones indispensables de la vida política organizada nos destruyan”.⁴⁵ Los crímenes contra la humanidad así definidos constituyen una amenaza “universal” que cada ser humano individual tiene interés en reprimir. Así, el interés que justifica volverlos crímenes internacionales es el “interés en suprimir[los] del repertorio de la política”, porque “en un mundo en el que los crímenes contra la humanidad se cometen libremente, cada uno de nosotros podría volverse objeto de un ataque o persecución por parte de la organización política bajo la cual se encuentra”.⁴⁶

Cabe admitir aquí que es posible que individuos tanto dentro del Estado en el que se han cometido crímenes de lesa humanidad, como fuera de él, tengan un interés en que los responsables por la comisión de crímenes internacionales sean castigados. Debemos analizar más cuidadosamente, sin embargo, el interés particular sobre el que descansa este argumento. La tesis de Luban parece basarse en la proposición de que cada ser humano tiene un interés en que los crímenes contra la humanidad sean castigados independientemente de dónde hayan sido perpetrados, simplemente porque cualquiera podría ser víctima de estos crímenes. Todos somos rehenes de alguna organización política y la política potencialmente siempre puede ir horrorosamente mal. Así, cualquier Estado (no sólo el Estado territorial) debería tener la facultad de castigar a un delincuente por este tipo de crímenes. Sin embargo, también vivimos inevitablemente uno junto al otro, y cualquier ser humano podría también ser víctima de un homicidio, una

⁴⁴ Luban, David, “A Theory of Crimes against Humanity”, *op. cit.*, nota 5, p. 110.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 90 y 91.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 138.

agresión, un robo, etc. Además, las chances de ser víctima de cualquiera de estos crímenes nacionales son, en una significativa mayoría de Estados, mucho mayores que las de ser víctima de crímenes contra la humanidad. Por consiguiente, en la medida en que este argumento se fundamenta en el interés individual que tiene cada ser humano de no ser víctima de un delito, hace colapsar la distinción entre crímenes internacionales y nacionales al justificar las persecuciones extraterritoriales para ambos.

El lector puede considerar que esta respuesta es injusta. Claramente hay analogía entre los crímenes cometidos por Estados o por organizaciones similares a las estatales, y los cometidos por individuos actuando solos: mientras que el Estado territorial puede prevenir/castigar los crímenes nacionales, ¿quién sería capaz de detener/castigar a los funcionarios estatales de/por perpetrar crímenes contra la humanidad contra sus ciudadanos? Ahora bien, no es necesario cuestionar esta analogía para defender la posición expresada en el párrafo anterior. Si el problema es que mientras que un agente (el Estado territorial) puede prevenir un homicidio individual, nadie puede prevenir los crímenes contra la humanidad, la solución parecería ser conferirle a un organismo extraterritorial el derecho de hacerlo. Sin embargo, y según expliqué anteriormente, el derecho de detener las atrocidades que ocurren en un Estado en particular involucra sólo una *libertad* hohfeldiana de primer orden (y en el mejor de los casos un derecho propiamente dicho) para intervenir por motivos humanitarios. No justifica (o no aún) un *poder* de segundo orden de castigar a los responsables por ellos. En última instancia, este poder parece basarse en la proposición de que todo ser humano tiene un interés en *disuadir* a los potenciales perpetradores de crímenes contra la humanidad. Éste es el único modo en el que la ley penal puede intentar “suprimir estos actos del repertorio de la política”. No obstante, esto muestra precisamente por qué las supuestas implicancias de la desanalogía presentada desaparecen. Para decirlo una vez más, aunque la disuasión puede explicar los enjuiciamientos extraterritoriales en el caso de los crímenes contra la humanidad, hace colapsar la distinción entre crímenes nacionales e internacionales al justificar los enjuiciamientos extraterritoriales para ambos.

Los crímenes contra la humanidad, sin embargo, no han sido identificados exclusivamente por el carácter grupal de sus perpetradores. De acuerdo con la segunda línea de argumentación identificada al comienzo de esta sección, algunos sugieren que lo que los hace crímenes internacionales es que son cometidos contra individuos sobre la base de su pertenencia a un grupo o población. En palabras de Luban, “en un mundo donde los crímenes contra la humanidad son cometidos libremente, cada uno de

nosotros podría volverse objeto de un homicidio o [persecución] meramente sobre la base de una afiliación grupal que somos incapaces de cambiar”.⁴⁷ Similarmente, Larry May argumenta que “[l]a Humanidad está implicada, y en algún sentido victimizada, cuando la víctima meramente representa a segmentos mayores de la población que no son tratados de acuerdo a diferencias individuales..., sino sólo de acuerdo a características del grupo”.⁴⁸ Esto ocurre porque este tipo de crimen es “negador de la individualidad”.

Los seres humanos tienen “intereses en que la gente sea tratada principalmente como seres humanos como ellos y no de acuerdo a sus afiliaciones subgrupales”.⁴⁹ Y aun así, estas proposiciones no explican acabadamente por qué debemos conferirle a una autoridad extraterritorial el poder de castigar a los perpetradores de este tipo de crímenes. La conexión crucial es entre el carácter grupal de las víctimas y la noción de daño a la humanidad. En última instancia, lo que explica su régimen jurisdiccional especial es la proposición de que los crímenes internacionales dañan a la humanidad.⁵⁰ Este vínculo, sin embargo, es difícil de establecer.

La justificación subyacente detrás de estas proposiciones parece ser que estos crímenes podrían sucederles a personas por razones que están fuera de su control. En palabras de Frossard, la víctima es asesinada “bajo el pretexto de haber nacido”.⁵¹ Sin embargo, que alguien sea atacado por ser alto, bajo o guapo, no parece constituir una razón suficiente para desencadenar el enjuiciamiento extraterritorial para su atacante. Más bien, parece que lo que está haciendo el trabajo justificativo aquí es el hecho de que la víctima es miembro de un grupo vulnerable o una minoría perseguida, y no el hecho de que está siendo atacada por razones que ella no puede modificar. Lo que importa es el hecho de que ella es judía, negra, musulmana o albanesa (en un mundo en el que estos grupos son perseguidos) y no el hecho de que ella no puede cambiar lo que es.⁵² Inversamente, el argumento parece incapaz de acomodar una situación en la que la

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ May, Larry, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, *op. cit.*, nota 5, pp. 85-86.

⁴⁹ May, Larry, *op. cit.*, nota 42, p. 374.

⁵⁰ *Ibidem*, 376.

⁵¹ Frossard, André, *Le crime contre l'humanité*, Paris, R Laffont, 1997, p. 70, citado en Koskenniemi, Martti, “Between Impunity and Show Trials”, *Max Planck UNYB* 6 (2002), p. 29.

⁵² Resulta interesante señalar aquí que justamente la noción de vulnerabilidad está en el centro mismo de su concepción de crímenes de guerra. Véase May, Larry, *War Crimes and Just War*, *op. cit.*, nota 5, p. 20.

víctima es atacada por pertenecer a un partido político particular o profesar una determinada religión (cosas que ella podría eventualmente ser capaz de modificar).

Además, no surge claramente ninguna relación necesaria entre la pertenencia de las víctimas a un subgrupo particular y la violación a su humanidad.⁵³ Los crímenes que no son basados en la pertenencia de una víctima a un grupo también pueden dañar nuestro sentido básico de solidaridad hacia los seres humanos en general. Estos también pueden constituir “violaciones de la condición humana”. El caso de Joseph Fritzl, que secuestró y abusó sexualmente de su hija por muchos años, sería un claro ejemplo.⁵⁴ Inversamente, poca gente argumentaría que cada caso posible de “crímenes de odio” o incluso crímenes relacionados con el género deberían convertirse en crímenes internacionales. Que un individuo determinado sea atacado por una pequeña banda racista por ser judío, negro o latino, en un tranquilo callejón en Hamburgo, no significa, ni debería significar, que Alemania carezca de su inmunidad *prima facie* en contra de que una autoridad extraterritorial interfiera en sus asuntos internos.

En última instancia, como argumenta Massimo Renzo, la deficiencia principal de este enfoque no es “la respuesta que da a la pregunta acerca de qué tipo de crímenes puede decirse que dañan a la humanidad, sino... la asunción misma de que una adecuada explicación de los crímenes contra la humanidad deberá ser dada al responder esta pregunta”.⁵⁵ El principio del daño ha sido plausiblemente descrito como la exigencia normativa de que “una conducta sea criminalizada sólo si es dañosa”.⁵⁶ Su función es, por lo tanto, trazar un límite a las conductas que deben ser criminalizadas. Con independencia de los méritos intrínsecos de un enfoque como éste, la cuestión en discusión en el caso de los crímenes internacionales no parece ser si los crímenes contra la humanidad deberían ser criminalizados, sino, más

⁵³ Lo mismo podría decirse respecto del argumento de May acerca de por qué los crímenes de guerra dañan a la humanidad en su conjunto, es decir, que “no tratan a los seres humanos con la ... compasión que todos ellos merecen” (*Idem*). Sí sugiere, sin embargo, que la mayoría de los crímenes de guerra constituyen crímenes internacionales en virtud de que “cruzan las fronteras nacionales” (*Ibidem*, May, p. 40).

⁵⁴ Sobre este caso, puede consultarse <http://news.bbc.co.uk/2/hi/7371959.stm> (visitado por última vez el 9 de octubre de 2012). Para un argumento filosófico en este sentido, véase, Renzo, Massimo, “Responsibility and Answerability in Criminal Law”, en Duff, Antony; Farmer, Lindsay; Marshall, S.E.; Renzo, Massimo; Tadros, Victoria (eds.), *The Constitution of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁵⁵ Renzo, Massimo, *op. cit.*, nota 5. Véase también Duff, Antony, *op. cit.*, nota 5.

⁵⁶ Véase Stewart, Hamish, “The Limits of the Harm Principle”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 4, núm. 1, 2010, pp. 17-35.

bien, quién debería tener el poder de hacerlo. En esa medida, su invocación en este contexto puede considerarse irrelevante.

May probablemente argumentaría, no obstante, que el principio del daño *internacional* tiene el propósito de hacer exactamente eso, es decir, mostrar que ciertos crímenes basados en grupos realmente dañan a la humanidad y que esto justifica que estén criminalizados *por la comunidad internacional*. Sin embargo, no es del todo claro que esto sea lo que se supone que hace el principio del daño internacional. La necesidad de que haya un principio del daño internacional, sugiere May, tiene que ver con el hecho de que “los enjuiciamientos penales internacionales hacen correr el riesgo de la pérdida de la libertad de los acusados, una pérdida con tanta importancia potencial que no debería ser arriesgada a menos que haya también un daño a la comunidad internacional”.⁵⁷

Es dudoso, sin embargo, que un umbral tan alto sea necesario para justificar ante el delincuente el daño involucrado en el castigo, particularmente cuando May usualmente aceptaría que el delincuente debería ser susceptible de ser castigado por la comisión de un crimen nacional. Y además, el principio del daño parece brindar una respuesta a la pregunta acerca de por qué el delincuente sería susceptible de ser castigado *simpliciter*, no por qué sería susceptible de ser castigado *por una autoridad extraterritorial*. Es difícil pasar de la primera concepción a la segunda sobre la base de la idea del daño. Como se ha argumentado a lo largo de toda esta sección, la noción de que los crímenes contra la humanidad dañan a la comunidad mundial parece de algún modo artificial.

Más importante aún, quizás, el principio del daño tradicionalmente ha sido construido como exigiendo un daño real a personas individuales, tomadas singular o colectivamente.⁵⁸ No es fácil mostrar que la tortura como parte de un ataque sistemático contra una población en Sudáfrica realmente daña a individuos en Suecia o Japón. Tampoco es claro de qué modo la comunidad internacional es dañada por un crimen de guerra perpetrado en un conflicto aislado en Colombia. La única forma de entender esta proposición parece ser estableciendo un umbral tan bajo (esto es, la solidaridad sobre la base de nuestra vulnerabilidad común a la violencia o el daño) que, una vez más, haría colapsar la distinción que estamos tratando de trazar entre los crímenes contra la humanidad y muchos crímenes nacionales. En esta medida, esta explicación en última instancia no sirve como criterio

⁵⁷ May, Larry, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, *op. cit.*, nota 5, p. 70.

⁵⁸ Véase Feinberg, Joel, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1: *Harm to Others*, New York, Oxford University Press, 1984, p. 26; y Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 14, p. 414.

para volver a ciertos crímenes internacionales en el sentido jurisdiccional aquí adoptado.

IV. UNA TEORÍA “JURISDICCIONAL” DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

Hasta aquí hemos visto que las explicaciones de los crímenes internacionales disponibles en la literatura no pueden en última instancia dar cuenta de qué es lo que los distingue de los crímenes internos. Al menos no logran explicar qué justifica que los Estados y los tribunales internacionales posean competencia extraterritorial sobre ellos. Por otra parte, debemos admitir que identifican varias intuiciones importantes a las que el argumento que aquí expondré debe referirse, a saber, que los crímenes internacionales son cometidos por Estados u organizaciones similares, que son perpetrados en lugares donde la aplicación de la ley es particularmente débil, que abarcan los actos más atroces cometidos contra seres humanos y que a menudo las víctimas están en una posición de especial vulnerabilidad. No obstante, todas esas consideraciones poseen un defecto central común. No conectan las consideraciones fundamentales sobre las que descansan con una explicación plausible de por qué alguna autoridad particular debería tener el poder de castigar a un delincuente en particular. Por el contrario, aquí sostendré que los alcances de la competencia penal de un Estado o un tribunal internacional están intrínsecamente ligados a las razones que podrá esgrimir ese Estado o tribunal para enjuiciar penalmente a un individuo. Es decir, para dar cuenta de la distinción entre delitos internos y crímenes internacionales debemos analizar las razones que justifican el derecho a juzgar y eventualmente castigar a un determinado imputado.

He sostenido en otro contexto que la razón por la que esta facultad es generalmente conferida a cualquier autoridad, incluyendo los Estados nacionales, tiene que ver con la forma en que la vigencia de ciertas normas penales afecta positivamente la vida de los individuos que viven bajo ellas.⁵⁹ Esta afirmación se basa en una proposición de carácter analítico, y otra de carácter normativo. Desde el punto de vista analítico, se sugiere que hay una conexión necesaria entre la existencia de un sistema de normas jurídico-penales en vigor y la existencia de alguna autoridad encargada de velar por su cumplimiento. Esto conlleva, evidentemente, la facultad de enjuiciar y castigar a quienes las violen. Un sistema jurídico-penal difiere de otros bienes públicos como un sistema de agua potable, o un sistema de salud

⁵⁹ Chehtman, Alejandro, *op. cit.*, nota 12, cap. 2.

pública. Su existencia dependerá, no de la posibilidad de abrir una canilla o acudir a una guardia hospitalaria, si no de la creencia de quienes están sujetos por sus normas. Así, si en un determinado territorio los individuos no fuesen llamados a rendir cuentas por violar normas jurídico-penales (y castigados en caso de ser hallados culpables), los individuos en ese Estado muy rápidamente perderían la confianza en la vigencia de esas normas.⁶⁰ La situación en los Estados fallidos o en muchas zonas bajo ocupación militar permite ilustrar esto.

Desde el punto de vista normativo, esta posición sugiere que la creencia en la vigencia de un cuerpo de normas jurídico-penales que prohíben el homicidio, la violación y otros delitos en una sociedad determinada, contribuye a la sensación de seguridad y de dignidad de los individuos que habitan en ella. Considerar que estas normas están en vigor, es decir, que son vinculantes para las personas que las rodean, contribuye a la sensación de un individuo de ser titular de ciertos derechos jurídicos y de que esos derechos están respaldados por normas en vigor. Esta proposición es, cabe admitir, de carácter empírico. Su demostración está fuera de los alcances de la presente contribución. Sin embargo, basta sugerir cómo se vería afectada nuestra vida cotidiana y nuestro bienestar si considerásemos que las normas jurídico-penales que protegen nuestros derechos más básicos han dejado de estar en vigor. Nuevamente, las situaciones en Estados fallidos o en guerras civiles permiten ilustrar esto. Sobre esta base, se sostiene aquí que el interés colectivo de los individuos en cualquier sociedad, en la vigencia de normas jurídico-penales que protejan sus derechos fundamentales, es lo suficientemente importante para conferir en un Estado la facultad de enjuiciar y castigar a quienes las violen.

Ahora bien, hay ciertas normas jurídico-penales que no pueden estar en vigor en un determinado Estado a menos que alguna autoridad extraterritorial tenga un derecho (un poder hohfeldiano) concurrente de castigar a quienes las violan. Estas normas son, en definitiva, las que prohíben las conductas que habitualmente denominamos crímenes internacionales. Permítaseme ilustrar esto por referencia a un crimen de lesa humanidad en particular: actos de tortura perpetrados en el Estado E como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población.⁶¹ Plausiblemente,

⁶⁰ Para una defensa clásica de esta proposición, véase Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 58.

⁶¹ Véase el párrafo 1 del artículo 7o. del Estatuto de Roma. Omíto aquí considerar las exigencias allí previstas en cuanto a que el ataque generalizado o sistemático se cometa “contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, así como todo requisito establecido en virtud del párrafo 2 del citado artículo.

siempre que se perpetren actos de tortura en E en el contexto de un ataque de ese tipo, necesariamente será el caso de que E es o bien responsable por perpetrarlos, instigarlos o permitirlos, o bien es simplemente incapaz de hacer algo para evitarlos. Como resultado, el hecho de que el propio E posea competencia sobre este tipo de actos no puede realmente fundar la creencia de los individuos en E de que esta regla penal esté realmente en vigor. Según lo expresa Geras, “los Estados y los gobiernos son ellos mismos... la fuente misma de las calamidades de las que estamos hablando...; [por lo tanto,] no se puede confiar [en ellos] como garantes... de último recurso”.⁶²

Tómese por ejemplo a la última dictadura en la Argentina (1976-83). Como está ya bien documentado, el ejército tenía un significativo margen para secuestrar a individuos, torturarlos y, en la gran mayoría de los casos, hacerlos desaparecer.⁶³ En ese marco, si un escuadrón militar golpeaba en la puerta de alguien o mantenía a alguien cautivo en una unidad de detención clandestina, no había posibilidad de recurrir a ningún tipo de fuerza pública, ni esperanza de ser rescatado por las autoridades. Los escuadrones no estaban, en ningún sentido significativo, *obligados* por una prohibición penal en contra de hacer lo que, de hecho, se les ordenaba hacer como parte de una política del Estado. En este contexto, los individuos en Argentina, al menos aquellos que eran perseguidos por el Estado, o cuyos familiares los estaban siendo, no podían creer en sentido relevante que la norma penal en contra de ser secuestrados, torturados y asesinados era vinculante para los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, aun cuando esa regla era parte del Código Penal argentino.

Sin embargo, esto puede parecer apresurado. ¿No tendrían los individuos en E un interés en conflicto en contra de esta clase de interferencia? En principio, el derecho internacional reconoce que los individuos en todo Estado (E incluido) poseen un interés en regular sus asuntos con exclusión de toda autoridad extranjera. Este interés, puede presuponerse aquí, es suficientemente importante para conferirle a E una inmunidad *prima facie* en contra de que autoridades extraterritoriales dicten o apliquen leyes penales en su territorio. Ahora bien, sugiero aquí que en una situación como la descrita en el párrafo anterior, la Argentina no tendría una inmunidad

⁶² Geras, Norman, *The Contract of Mutual Indifference: Political Philosophy after the Holocaust*, Londres, Verso, 1998, p. 4.

⁶³ Véase Malamud-Goti, Jaime E., *Game without End: State Terror and the Politics of Justice*, Norman, University of Oklahoma Press, 1996; y Guest, Iain, *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War against Human Rights and the United Nations*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1990.

en contra de que un organismo extraterritorial castigue a los responsables por estos crímenes contra la humanidad perpetrados en su territorio.

Vayamos más lentamente. El Estado E normalmente posee una inmunidad *prima facie* en contra de que un Estado extraterritorial castigue a un delincuente determinado por un crimen que cometió en el territorio de E. Esta inmunidad se explica en última instancia por el interés de los individuos allí en que E sea una entidad autogobernada. Sin embargo, esta inmunidad no es absoluta; está limitada tanto por los intereses de los que no son miembros como por los intereses fundamentales de los miembros de E. Se sugiere aquí que los individuos en E tienen un interés fundamental en que haya una regla penal en vigor en E en contra de actos de tortura, asesinato y además perpetrados como parte de un ataque generalizado o sistemático. Este interés no sólo es incompatible con que E tenga una inmunidad en contra de que una autoridad extraterritorial castigue a los perpetradores de estos crímenes internacionales, sino que, sostengo aquí, también desplaza el interés que explica esa inmunidad en otros casos.

El interés de, por ejemplo, los alemanes en 1939 en que un organismo extranjero no castigara a un delincuente por actos de genocidio cometidos en territorio alemán no es suficientemente importante para justificar conferirle a Alemania una inmunidad en contra de que un organismo extranjero castigue al delincuente. El interés de los judíos alemanes y otras minorías perseguidas en que esa regla penal estuviese en vigor en Alemania es más importante que el interés de sus connacionales arios en autorregularse. Como mínimo, los alemanes arios serían capaces de llevar adelante una vida mínimamente decente aun sin un derecho que les impida a las autoridades extranjeras dictar reglas penales obligatorias en Alemania en contra del asesinato generalizado y sistemático, mientras que para los miembros de las minorías perseguidas sería imposible llevar adelante una vida decente en un Estado en el que sus derechos a no ser asesinados, torturados y demás no están en absoluto protegidos por el derecho penal.

Permítaseme precisar más la posición aquí defendida en tres aspectos relevantes. En primer lugar, según la explicación aquí propuesta, los crímenes internacionales *no* serán cometidos exclusivamente por oficiales estatales o individuos que actúan bajo su control. Determinados actores no estatales también pueden perpetrar este tipo de crímenes. De hecho, en los conflictos armados contemporáneos la mayoría de estos crímenes son co-

metidos por fuerzas irregulares.⁶⁴ En determinadas áreas en Colombia, por ejemplo, la guerrilla o grupos paramilitares tienen de facto una porción significativa de los poderes que usualmente son asociados con el Estado. Funcionan como oficiales policiales, jueces, autoridades administrativas, e incluso recaudan ‘impuestos’.⁶⁵ Como sugiere David Luban, “los caudillos locales son a veces la cosa más cercana en [el] vecindario a la autoridad pública y los gánsteres nacionalistas pueden realmente tener un programa político revolucionario o irredentista válido”.⁶⁶ También perpetran un número significativo de crímenes, como secuestros y asesinatos de opositores militares y políticos, e incluso simpatizantes.⁶⁷ Como en la situación argentina mencionada anteriormente, los individuos que viven en las zonas controladas por estos actores no estatales no considerarán, tampoco, que hay una regla penal en vigor en contra de ser secuestrados o asesinados por estos grupos, esto es, realmente obligatoria para sus miembros. Al menos cuando estos actos son generalizados o realizados como parte de una política, el hecho de que el Estado colombiano tenga una regla penal en contra de que miembros de estos grupos realicen estos actos no contribuye en ningún sentido significativo al sentido de la dignidad y la seguridad de los individuos que viven en esas áreas. Como resultado, los individuos que viven en esos territorios tendrían un interés fundamental en que estas reglas estén en vigor, que desplaza su interés en que el Estado colombiano tenga una inmunidad en contra de que un organismo extranjero castigue a los responsables de estos crímenes.⁶⁸

⁶⁴ Kaldor, Mary, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*, Stanford, Calif., Stanford University Press, 2007.

⁶⁵ Véase García Villegas, Mauricio, *Jueces sin Estado: La justicia Colombiana en zonas de conflicto armado*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008, cap. 3. Véase también, respecto de Hamas en Gaza, Human Rights Watch, “Under Cover of War. Hamas Political Violence in Gaza” (abril de 2009).

⁶⁶ Luban, David, “War Crimes. The Law of Hell”, en May, Larry (ed.), *War: Essays in Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 280.

⁶⁷ Respecto de la situación en Colombia y de cómo el Estado era incapaz de lidiar con estos grupos, aun mediante medidas de derecho penal “de emergencia”, véase Iturralde, Manuel A., *Castigo y liberalismo autoritario: La justicia penal de excepción en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009.

⁶⁸ Alguien podría cuestionar, sin embargo, si es realmente cierto que el hecho de que algún órgano extraterritorial posea competencia sobre los hechos bastará para generar la creencia en los individuos relevantes de que la norma que prohíbe, por ejemplo, el uso sistemático de la tortura, está en vigor en el Estado en el que se cometieron los crímenes en cuestión sobre la base de esta consideración. Esta cuestión, que merece ser tomada en consideración seriamente, excede el marco del presente trabajo. Para un análisis detallado, véase Chehtman, Alejandro, *op. cit.*, nota 12, cap. 5.

El segundo punto relevante a esclarecer es que no todo crimen cometido en forma generalizada o sistemática constituye un crimen internacional en el sentido jurisdiccional aquí defendido. Para ponerlo brevemente, faltas de tránsito o robos de bicicletas sistemáticos y generalizados no llegan a constituir, en el esquema aquí defendido, crímenes internacionales. La razón de esto es, de nuevo, que no considero que los individuos en E tengan un interés en que las regulaciones de tránsito estén en vigor que sea lo suficientemente importante para desplazar su interés general en que E sea una entidad autogobernada. Sólo violaciones de derechos fundamentales, como el derecho a no ser torturado, asesinado o violado, entre otros, superarían este umbral. Esto, entonces, aclara el papel que la atrocidad o la gravedad moral juega en la definición de los crímenes internacionales. Sería, por supuesto, difícil decidir dónde trazar la línea. Sin embargo, mi propósito aquí es solamente explicar en términos generales por qué algunos crímenes justifican que se le confiera a una autoridad extraterritorial el poder de castigar a un delincuente, mientras que otros no.

En tercer lugar, y relacionado con lo anterior, no cualquiera puede cometer un crimen internacional. Tómese el genocidio por ejemplo. En la vasta mayoría de los casos, cuando un genocidio tiene lugar en E, los oficiales de E serán responsables por perpetrarlo, instigarlo o permitirlo, o simplemente serán incapaces de hacer algo por evitarlo. Por lo tanto, para que una regla penal en contra del genocidio esté en vigor en E, E debe carecer de una inmunidad *prima facie* en contra de que un organismo extraterritorial castigue a los responsables de realizar ese genocidio. El genocidio, entonces, debe de ser considerado generalmente un crimen internacional.

Sin embargo, éste puede no ser siempre el caso. El delito de genocidio podría ser perpetrado por un individuo actuando en soledad. David Luban ilustra esta aseveración con el extraño caso de Abba Kovner, un poeta y sobreviviente de la Shoah, que en 1945 intentó envenenar el suministro de agua de Hamburgo. Kovner alegó –dicen– que su fin último era matar a seis millones de alemanes.⁶⁹ Una consecuencia de la teoría aquí defendida es que, aunque su acto pueda calificarse como genocidio, no constituiría un crimen internacional en el sentido jurisdiccional aquí defendido, sino un delito interno. Y éste sería el caso aun si Kovner hubiera tenido éxito en su empresa. La ley penal alemana que prohíbe este tipo de comportamientos

⁶⁹ Luban, David, “A Theory of Crimes against Humanity”, *op. cit.*, nota 5, con cita a Segev, Tom, *The Seventh Million: The Israelis and the Holocaust*, New York, Hill and Wang, 1993, pp. 14-16.

no requiere que otros Estados tengan competencia concurrente para castigar a un individuo por un acto como éste para que esta prohibición penal esté en vigor.

El ejemplo nos permite hacer algunas observaciones relevantes. Se sigue de él que, aunque la teoría aquí presentada pretende tener poder explicativo acerca de cómo están regulados los crímenes internacionales en derecho internacional, no está comprometida con acomodar cada uno de los supuestos en que el derecho internacional considere una conducta como un crimen internacional. El propósito de este trabajo es evaluativo y como tal desafía ciertos aspectos del marco jurídico existente. El argumento aquí desarrollado en última instancia defiende una conceptualización menos rígida de los crímenes internacionales, y una que no se basa en la 'naturaleza' del crimen como tal. El ejemplo de Kovner también muestra que, aunque la atrocidad o gravedad del crimen es una condición necesaria para conferirle a una autoridad extraterritorial el poder de castigar a alguien por un crimen internacional, no es una condición suficiente. Finalmente, este ejemplo ilustra lo que en última instancia hace el trabajo normativo en la explicación de los crímenes internacionales aquí defendida: que hay consideraciones *territoriales* específicas que inciden en las razones para convertir determinados actos en crímenes internacionales.

Sobre esta base, podemos concluir que el rasgo determinante de los crímenes internacionales no se explica ni por la mera enormidad moral de estos actos ni por el *locus* de su comisión. Tampoco se reduce a la ficción de que dañan o violan a la humanidad en sí misma. Más bien, la razón por la que son crímenes internacionales, en oposición a los internos, reside en el interés que normalmente explica el derecho de un Estado de castigar a un delincuente en particular. Junto a esta consideración yacen tres ventajas significativas de la explicación aquí ofrecida. En primer lugar, sostiene que el argumento que justifica la imposición de penas por delitos internos y por crímenes internacionales descansa en consideraciones similares. En segundo lugar, explica por qué el Estado territorial carece de una inmunidad en contra de que un organismo extraterritorial *castigue* al delincuente. En esta medida, se diferencia de los argumentos que fundan, en última instancia, la inexistencia de un derecho propiamente dicho de primer orden contra una intervención militar por motivos humanitarios. Y, finalmente, no hace colapsar la distinción entre crímenes internacionales y nacionales.

V. ¿ES NECESARIA UNA TEORÍA DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES?

Altman y Wellman han argumentado en contra del proyecto de definir determinadas categorías de “súper crímenes” que brindarían una justificación convincente para desplazar la soberanía estatal y justifican la “jurisdicción penal internacional sobre crímenes que no atraviesan las fronteras [del Estado]”.⁷⁰ Ellos llaman a este proyecto la “visión recibida” y proponen un modo diferente de pensar conceptualmente el derecho penal internacional. El marco aquí defendido comparte con el suyo varios de los puntos críticos a las explicaciones disponibles en la literatura sobre este punto. Rechaza, sin embargo, que alguna de estas objeciones lleve a la conclusión de que la noción de crímenes internacionales es conceptualmente o normativamente defectuosa. Su posición se basa en dos puntos centrales: disputan que el requisito de “atrocidad”, que la visión recibida le asigna a los crímenes internacionales, baste para explicar su régimen jurisdiccional particular, y sugieren que los enjuiciamientos extraterritoriales también deberían aplicarse a delitos comunes o internos en determinadas circunstancias. Más precisamente, argumentan que los enjuiciamientos extraterritoriales están justificados en los Estados fallidos o ilegítimos cuando se da una “acumulación de actos criminales separados... [llevada a cabo por] individuos que operan” sin coordinación entre ellos.⁷¹ De estas dos proposiciones supuestamente se sigue que el concepto de un crimen internacional no debería jugar ningún papel en una teoría plausible del derecho penal internacional.

Altman y Wellman brindan una explicación alternativa de cuándo y por qué se justifica “perforar la soberanía estatal” que no se basa en que los crímenes sean moralmente atroces. Ellos argumentan que cuando los Estados no están dispuestos o no son capaces de prevenir violaciones sistemáticas o generalizadas de derechos individuales, esos Estados pierden su derecho en contra de interferencias por parte de terceras partes en lo que de otro modo serían sus asuntos internos.⁷² La atrocidad de los crímenes, entonces, no debería jugar ningún papel en la explicación de la competencia

⁷⁰ Altman, Andrew y Wellman, Christopher Heath, “A Defense of International Criminal Law”, *Ethics*, vol. 115, núm. 1, 2004, p. 43. Este argumento ha sido posteriormente desarrollado en su libro *A Liberal Theory of International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, cap. 4.

⁷¹ Altman, Andrew y Wellman, Christopher Heath, “A Defense of International Criminal Law”, *ibidem*, p. 49.

⁷² *Ibidem*, p. 48.

extraterritorial sobre estos crímenes. Sin embargo, este juicio parece demasiado apresurado. Parece implausible sugerir que de tener lugar una ola de robos de bicicletas generalizados o sistemáticos, o de fraudes con tarjetas de créditos, esto bastaría para “perforar la soberanía” del Estado territorial. Y la razón por la que uno rechazaría esta implicancia es precisamente que los robos de bicicletas y los fraudes con tarjetas de crédito no son suficientemente graves, o incluso, atroces, como para desplazar las consideraciones sobre las que se basa el derecho de los Estados al autogobierno. En pocas palabras, Altman y Wellman parecen creer que la “visión recibida” no puede sino basarse en el argumento poco persuasivo de que los crímenes internacionales son simplemente aquéllos que son tan moralmente atroces como para dañar a la humanidad en sí misma.⁷³ Sin embargo, de la proposición plausible de que la atrocidad moral no constituye una razón suficiente para dar cuenta de la competencia extraterritorial sobre determinados crímenes, no deberíamos saltar a la conclusión de que por ello mismo no es una razón necesaria.

El segundo punto crítico en el que se basa su ataque contra la noción de “crímenes internacionales” es que, en ciertas circunstancias, como un Estado fallido o aun uno ilegítimo, un crimen “común” perpetrado por un individuo actuando por su cuenta también debería llevarnos a conferir competencia penal a una autoridad extraterritorial sobre sus hechos. Su posición se basa en una crítica plausible de la llamada analogía interna, es decir, la posición que sostiene que los Estados en la esfera internacional son análogos a los individuos en el terreno interpersonal.⁷⁴ Los Estados, argumentan, tienen una responsabilidad moral para con sus nacionales. Esto los vuelve más parecidos a los padres en relación con sus hijos que a individuos con respecto a sus propios asuntos.⁷⁵ El derecho a intervenir en el territorio de un Estado fallido o ilegítimo para detener o prevenir violaciones a los derechos humanos sería, por lo tanto, análogo a interferir contra un padre violento. En ambos casos, un tercero podría ejercer legítimamente esa prerrogativa.

Este análisis resulta atractivo a la luz del marco jurídico existente. Si un organismo extranjero o internacional interviniera militarmente y ocupara el territorio de un Estado fallido o ilegítimo, no sólo tendría la facultad de castigar los crímenes internacionales que allí puedan cometerse. También tendría la autoridad para castigar a los delincuentes por delitos

⁷³ *Ibidem*, p. 50.

⁷⁴ Altman, Andrew y Wellman, Christopher Heath, *A Liberal Theory of International Justice*, *op. cit.*, nota 70, pp. 77-78.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 77.

comunes.⁷⁶ Una fuerza ocupante podría entonces, en principio, castigar un robo de un auto llevado a cabo por razones puramente privadas y por dos individuos que actúan por su cuenta. ¿Pero lo mismo valdría para una autoridad extraterritorial, esto es, uno que no ha intervenido y ocupado militarmente el territorio en cuestión? Ésta parece ser la pregunta crítica que el derecho penal internacional debe responder.

El problema para la tesis de Altman y Wellman es que, del marco descrito anteriormente, no se sigue una respuesta afirmativa a esta pregunta. Los organismos extraterritoriales difieren de los poderes ocupantes, al menos, en que no tienen control alguno sobre el territorio en el que los distintos crímenes han sido perpetrados. Un poder ocupante, en cambio, lleva a cabo un determinado número de las funciones del Estado territorial. Por lo tanto, parecería más fácil explicar su facultad de enjuiciar a individuos por delitos comunes en función de que un poder ocupante estará en posición de reemplazar o complementar la aplicación de la ley por parte del Estado fallido o ilegítimo. Ésta es la razón por la que tener el control efectivo sobre el territorio relevante es crucial para que un Estado extranjero adquiera ese estatus (es decir, las responsabilidades especiales y los derechos especiales sobre los individuos en los territorios ocupados).⁷⁷ De hecho, cuando una autoridad extraterritorial pasa a ser un poder ocupante, su competencia penal pasa a basarse en el principio de territorialidad, no en motivos extraterritoriales (es decir, la universalidad).⁷⁸ Esta racionalización de la posición de los ocupantes en derecho internacional está respaldada por el hecho de que aun un poder ocupante *ilegítimo* tendría derecho a reclamar válidamente, al menos según el derecho internacional, el poder de castigar a individuos por la comisión de crímenes internacionales y comunes perpetrados en los territorios ocupados.⁷⁹ También está respaldada por el hecho de que

⁷⁶ Fox, Gregory H., *Humanitarian Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, cap. 3. Véase también Dinstein, Yoram, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 137-140; el artículo 43 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de La Haya de 1907; y el artículo 64 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, del 12 de agosto de 1949 (CG IV).

⁷⁷ Dinstein, Yoram, *ibidem*, pp. 42-45.

⁷⁸ Véase Weill, Sharon, "The Judicial Arm of the Occupation: The Israeli Military courts in the Occupied Territories", *International Review of the Red Cross*, vol. 89, núm. 866, 2007, pp. 395-419. Respecto de la posición de los aliados luego de la Segunda Guerra Mundial, véase Morris, Madeleine, "High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States", *Law and Contemporary Problems*, vol. 64, núm. 1, 2001, pp. 13-66.

⁷⁹ Dinstein, Yoram, *op. cit.*, nota 76, p. 3. Para una defensa teórica de esta posición, véase Chehtman, Alejandro, "Occupation Courts, *Jus ad Bellum*, and Non-state Actors: Revisiting

tan pronto como el poder ocupante deja de tener control efectivo desde el punto de vista fáctico sobre el territorio relevante, deja de tener competencia sobre los delitos internos que allí se cometan, pero no así sobre los crímenes internacionales.⁸⁰

Altman y Wellman podrían objetar que estas dificultades sólo muestran la necesidad de reformar el régimen jurídico aplicable. Sin embargo, sus dificultades no parecen surgir meramente de este conjunto de arreglos institucionales, sino que están conectadas con la cuestión normativa subyacente. Un primer problema con su explicación es que parece presuponer una clase de solución a “todo o nada” para la cuestión de la competencia penal extraterritorial en los Estados fallidos o ilegítimos. Una vez que el Estado territorial pierde su derecho en contra de la interferencia, esto automáticamente brindaría a organismos extraterritoriales el derecho de castigar cualquier crimen que allí se cometa, tanto interno como internacional. Sin embargo, no es obvio por qué el hecho de que el Estado E esté violando los derechos humanos de la minoría Y de modo generalizado y sistemático justificaría que una autoridad extraterritorial tenga el poder de castigar el homicidio de un individuo perteneciente a la minoría Z perpetrado por otro miembro de Z. Para decirlo más concretamente, no es claro por qué sería razonable considerar al secuestro y posterior tortura de un simpatizante de izquierda perpetrados por miembros de las fuerzas armadas chilenas bajo el régimen de Pinochet como equivalente a un crimen pasional perpetrado en Santiago de Chile la misma noche por una ex amante de un hombre Y. Un enfoque como el propuesto por ellos pasaría por alto el hecho de que en el primer caso los individuos en Chile no tendrían razones para confiar en que las autoridades estatales aplicarán la prohibición penal relevante, mientras que no habría ninguna razón por la que el Estado Chileno no enjuiciaría al individuo responsable en el segundo caso. Esta distinción, por lo demás, es un rasgo central de la explicación de los crímenes internacionales defendida en este artículo.

No obstante, es posible que esta observación afecte de manera más profunda el argumento general de Altman y Wellman. Ellos se basan en una

the Ethics of Military Occupation”, *International Law and Justice Working Papers* (por publicarse).

⁸⁰ Dinstein, Yoram, *ibidem*, pp. 283-284. Esta brecha entre la competencia penal extraterritorial y las competencias adquiridas en tanto poder ocupante quedan ejemplificadas, también, por el artículo 77 del CG IV, el que establece que: “Las personas protegidas que hayan sido procesadas o condenadas por los tribunales en territorio ocupado serán entregadas, al final de la ocupación, con el expediente respectivo, a las autoridades del territorio liberado”.

analogía entre los Estados fallidos o ilegítimos y los padres violentos: así como el derecho a interferir contra un padre violento se explica por el interés del niño, el poder de una autoridad extraterritorial para castigar a un delincuente debe explicarse por los intereses de los individuos en el Estado territorial. Esta analogía parece basarse en la capacidad del agente interviniendo de prevenir o detener las violaciones de los derechos básicos de quienes están en una posición vulnerable. Sin embargo, como se argumentó anteriormente, el derecho a intervenir para detener un ataque real confiere al titular del derecho esencialmente una *libertad* hohfeldiana de primer orden para usar la fuerza en defensa de las víctimas potenciales. Asimismo, mientras que la intervención humanitaria es de naturaleza puramente prospectiva, el castigo se aplica retrospectivamente. En otras palabras, el derecho de intervenir por razones humanitarias sólo puede justificarse mientras se sigan perpetrando violaciones a los derechos humanos generalizadas o sistemáticas en el Estado territorial. Por lo tanto, un argumento basado en esta consideración únicamente no permitiría dar cuenta de por qué un actor extraterritorial debería tener el poder de castigar a los delincuentes después de que los crímenes generalizados o sistemáticos han cesado. Esto es particularmente problemático en un mundo en el que aun un cambio de régimen difícilmente signifique enjuiciamientos nacionales de crímenes perpetrados en Estados fallidos o ilegítimos.

Para concluir, entonces, la visión de Altman y Wellman sobre el alcance del Derecho penal internacional parece ser en última instancia poco convincente. Esto se debe en parte a que rechazan la proposición de que la gravedad del crimen juega algún papel en la justificación de los enjuiciamientos extraterritoriales. Además, su explicación de por qué un Estado fallido o ilegítimo carecería del derecho en contra de que terceras partes interfieran *castigando* tanto los crímenes internacionales como los crímenes comunes parece ser en última instancia defectuosa. Estas dos consideraciones deberían ser suficientes para justificar la necesidad de un concepto de crímenes internacionales en una explicación general del castigo extraterritorial.

VI. CONCLUSIÓN

La presente contribución procura brindar una explicación filosófica del que probablemente sea el rasgo saliente de los crímenes internacionales. Esta es una pregunta importante. Una respuesta convincente contribuirá a res-

ponder la pregunta acerca de si debería haber un sistema de derecho penal internacional. He sugerido aquí que las explicaciones disponibles en la literatura no permiten dar cuenta adecuadamente este rasgo distintivo de este tipo de figuras penales. He propuesto, en cambio, una explicación de los crímenes internacionales basada, justamente, en un argumento acerca de los alcances amplios del derecho de castigar este tipo de conductas. En resumen, he sostenido que aquello que justifica transformar una regla penal en una regla de derecho penal *internacional*, es decir, de aplicación (también) extraterritorial es el hecho de que no puede estar realmente en vigor en el territorio de un Estado dado si tiene que depender exclusivamente de ser aplicada por ese Estado. Esto es el resultado de que los Estados en cuyo territorio se cometen este tipo de conductas serán habitualmente responsables por su comisión, su instigación, o su complicidad, o simplemente carecerán de toda posibilidad de evitarlos. Por ende, el interés de los individuos en zonas de conflicto, o en aquellas zonas en que se han perpetrado o se están perpetrando este tipo de atrocidades, poseen un interés en que al menos alguna autoridad extraterritorial posea la facultad de juzgar a los responsables. En la última sección, he procurado defender esta empresa intelectual frente a aquellos que sugieren que el concepto mismo de crímenes internacionales debe ser descartado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABI-SAAB, George, “The Concept of ‘War Crimes’”, en Yee, Sienho y Ticya, Wang (eds.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Heopei*, Londres, Routledge, 2001.
- ALTMAN, Andrew y WELLMAN, Christopher Heath, “A Defense of International Criminal Law”, *Ethics*, vol. 115, núm. 1, 2004.
- Altman, Andrew y WELLMAN, Christopher Heath, *A Liberal Theory of International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009,
- BASS, Gary J., *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2001.
- BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2ª ed, La Haya, Kluwer, 1999.
- BESSON, Samantha y TASIOLAS, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.

- CARVER, Lucy y Roberts, Paul, "Penal Law and Global Justice" (2008), manuscrito no publicado, citado con autorización de los autores,
- CHANDER, Anupam, "Globalization and Distrust", *Yale Law Journal*, vol. 114, núm. 6, 2005.
- CHEHTMAN, Alejandro, "Occupation Courts, *Jus ad Bellum*, and Non-state Actors: Revisiting the Ethics of Military Occupation", *International Law and Justice Working Papers* (por publicarse).
- _____, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- CLARK, Roger, "Crimes Against Humanity" en Ginsburgs, George y Kudriavtsev, Vladimir N. (eds.), *The Nuremberg Trials and International Law*, Londres, Martinus Nijhoff, 1990.
- COWLES, Willard B., "Universality of Jurisdiction over War Crimes", *California Law Review*, vol. 33, núm. 2, 1945.
- CRYER, Robert, "The philosophy of international criminal law", en Orakhelashvili, Alexander (ed.), *Research handbook on the theory and history of international law*, Cheltenham, Edward Edgar Publishing, 2011.
- _____, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- DINSTEIN, Yoram, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- DRUMBL, Mark, *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- DUFF, Antony, "Authority and Responsibility in International Criminal Law", en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- FEINBERG, Joel, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1: *Harm to Others*, New York, Oxford University Press, 1984.
- FENRICK, William J., "Should Crimes against Humanity Replace War Crimes?", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, núm. 3, 1998-1999.
- FOX, Gregory H., *Humanitarian Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- FROSSARD, André, *Le crime contre l'humanité*, Paris, R Laffont, 1997, citado en Koskeniemi, Martti, "Between Impunity and Show Trials", *Max Planck UNYB* 6 (2002).
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *Jueces sin Estado: La justicia Colombiana en zonas de conflicto armado*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008,

- GERAS, Norman, *The Contract of Mutual Indifference: Political Philosophy after the Holocaust*, Londres, Verso, 1998.
- GROSS, Aeyal M., "Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation", *European Journal of International Law*, vol. 18, núm. 1, 2007.
- GUEST, Iain, *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War against Human Rights and the United Nations*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1990.
- HAQUE, Adil Ahmed, "Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 9, núm. 1, 2005.
- HUMAN RIGHTS WATCH, "Under Cover of War. Hamas Political Violence in Gaza" (abril de 2009).
- HWANG, Phillis, "Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court", *Fordham International Law Journal*, vol. 22, núm. 1, 1999.
- ITURRALDE, Manuel A., *Castigo y liberalismo autoritario: La justicia penal de excepción en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009.
- JOYNER, Christopher C., "Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability", *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, 1996.
- KALDOR, Mary, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*, Stanford, Calif., Stanford University Press, 2007.
- KONTOROVICH, Eugene, "The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation", *Harvard International Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2004.
- KRAMER, Matthew, "Rights without Trimmings", en Kramer, Matthew; Simmonds, Nigel; y Steiner, Hillel (eds.), *A Debate over Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998.
- LUBAN, David, "A Theory of Crimes against Humanity", *Yale Journal of International Law*, vol. 29, núm. 1, 2004.
- , "Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality and the Legitimacy of International Criminal Law" en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- , "War Crimes. The Law of Hell", en May, Larry (ed.), *War: Essays in Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- MALAMUD-GOTI, Jaime E., *Game without End: State Terror and the Politics of Justice*, Norman, University of Oklahoma Press, 1996.

- MAY, Larry y HOSKINS, Zacharay (eds.), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- MAY, Larry, "Humanity, International Crime, and the Rights of Defendants", *Ethics and International Affairs*, vol. 20, núm. 3, 2006.
- _____, *Aggression and Crimes against Peace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- _____, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- _____, *Genocide: A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- _____, *War Crimes and Just War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- MORRIS, Madeleine, "High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States", *Law and Contemporary Problems*, vol. 64, núm. 1, 2001.
- NINO, Carlos S., *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Emecé, 1997.
- NOVARO, Marcos y Palermo, Vicente, *La Dictadura Militar 1976/1983: Del Golpe de Estado a la Restauración Democrática*, Buenos Aires, Paidós, 2003.
- ORENTLICHER, Diane F., "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 8, 1991.
- RADIN, Max, "International Crimes", *Iowa Law Review*, vol. 32, núm. 1, 1946-1947.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- RENZO, Massimo, "A Criticism of the International Harm Principle", *Criminal Law and Philosophy*, vol. 4, núm. 3, 2010, pp. 267-282.
- _____, "Responsibility and Answerability in Criminal Law", en Duff, Antony; Farmer, Lindsay; Marshall, S.E.; Renzo, Massimo; Tadros, Victoria (eds.), *The Constitution of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- REYDAMS, Luc, *Universal Jurisdiction: International y Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- RUBIN, Alfred P., *The Law of Piracy*, Irvington-on-Hudson, N.Y., Transnational, 1998).
- SEGEV, Tom, *The Seventh Million: The Israelis and the Holocaust*, New York, Hill and Wang, 1993.
- SIMPSON, Gerry J., "War Crimes: A Critical Introduction", en McCormack, Timothy L. y Simpson, Gerry J. (eds.), *The Law of War*

- Crimes: National and International Approaches*, The Hague, Kluwer, 1997.
- _____, *Law, War and Crime*, Londres, Polity Press, 2007.
- STEWART, Hamish, “The Limits of the Harm Principle”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 4, núm. 1, 2010.
- THOMAS, Laurence, “Forgiving the unforgivable”, en Garrard, Eve y Scarre, Geoffrey (eds.), *Moral Philosophy and the Holocaust*, Aldershot, Ashgate, 2003.
- THOMSON, Judith Jarvis, “Self Defence”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 20, núm. 4, 1991.
- UNIACKE, Suzanne, *Permissible Killing: The Self Defence Justification of Homicide*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.
- VAN SCHAACK, Beth, “The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, núm. 3, 1999.
- VATTEL, Emmerich, *The Law of Nations*, Washington, Carnegie Institution, 1916.
- VERNON, Richard, “What Is Crime against Humanity?”, *The Journal of Political Philosophy*, 2002, vol. 10, núm. 3.
- WALZER, Michael, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York, Basic Books, 2000.
- WEILL, Sharon, “The Judicial Arm of the Occupation: The Israeli Military courts in the Occupied Territories”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, núm. 866, 2007.
- WERLE, Gerhard, *Principles of International Criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.