

Autoridad y responsabilidad en Derecho Penal Internacional

Antony Duff[†]

Este artículo se pregunta cómo justificar en términos morales la legitimidad y la autoridad de los tribunales penales internacionales. El artículo comienza con una crítica al intento de Luban de basar la legitimidad en la existencia de procesos justos y presenta una explicación alternativa basada en la concepción de los juicios penales como un proceso en el cual los presuntos perpetradores son llamados a rendir cuentas. Esta concepción resalta un tema jurisdiccional crucial: ¿quién tiene autoridad para llamar a rendir cuentas a los presuntos perpetradores? Una respuesta posible en el contexto del derecho doméstico es que los perpetradores son llamados a rendir cuentas por sus conciudadanos como miembros de la comunidad política. Duff luego explora si se puede argumentar en el contexto del derecho internacional que para ciertos crímenes el perpetrador debería responder frente a

[†] Antony Duff es experto en filosofía del derecho penal y especialista en fundamentos de la pena y de la responsabilidad penal. Es profesor de la Universidad de Minnesota (Estados Unidos) y profesor emérito de la Universidad de Stirling (Escocia), es co-editor fundador de *Criminal Law and Philosophy*, co-director del *Robina Institute for Criminal Law and Criminal Justice* y miembro asociado del *Scottish Consortium on Crime and Criminal Justice*. Ha publicado, entre otros libros, *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and Criminal Law*; *Criminal Attempts*; *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*; y *The Trial on Trial*.

humanidad, en nombre de la cual los tribunales internacionales deberían actuar.

Palabras clave: Derecho penal internacional, tribunales internacionales, Corte penal internacional, legitimidad, competencia universal

I. INTRODUCCION

Un hurto cometido en Polonia por un ciudadano polaco contra otro ciudadano polaco no es un crimen con arreglo al derecho penal inglés, ni puede ser juzgado por los tribunales de Inglaterra. Lo mismo es cierto para la mayoría de los delitos previstos en la mayoría de los códigos penales nacionales: el derecho penal tiene autoridad sólo sobre aquellas inconductas cometidas dentro del territorio del estado (principio de territorialidad) o que afecten los intereses del estado (principio protectorio) o, a veces, sobre inconductas cometidas en el extranjero por, o en contra de, los ciudadanos del estado (principio de nacionalidad y principio de personalidad pasiva)¹. El derecho penal de un estado generalmente no se interesa por las inconductas cometidas en el extranjero por y contra extranjeros: esas inconductas no le incumben. A veces, sin embargo, el derecho penal de un estado reclama autoridad universal sobre las inconductas cometidas en cualquier lugar del mundo, por y contra los ciudadanos de cualquier estado: un funcionario público que en cualquier lugar del mundo use la tortura “en el ejercicio real o pretendido de sus funciones oficiales” comete un crimen con arreglo al derecho penal inglés y puede ser juzgado por este crimen ante un tribunal inglés². Pero, ¿con qué derecho moral puede la ley inglesa reclamar

¹ Véase en general Hirst, M., *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), capítulos 1, 5. Para ejemplos de los principios de nacionalidad y de personalidad pasiva véase, por ejemplo, Código penal francés, art. 113.6-7; Código penal alemán, s.7.1-2; Ley de delitos sexuales del Reino Unido (Sex Offenders Act, 1997), sección 7.

² Véase Ley de Justicia Penal del Reino Unido de 1998 (Criminal Justice Act), sección 134, que le da efecto a la Convención de la ONU contra de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984): véase *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugart* [2000] 1 AC 147. Véase en general Reydam, L., *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives* (Oxford: Oxford University Press, 2003); Luban, D. “A Theory of Crimes Against Humanity”, *Yale Journal of International Law*, 29 (2004) 85, 146-156 sobre la ley de competencia universal de Bélgica. [NdT: para una buena traducción de ese texto, véase Luban, D. Una teoría de los crímenes contra la humanidad, traducción de Ezequiel Malarino y Marisa

autoridad sobre un torturador chileno, con qué derecho pueden los tribunales ingleses enjuiciar y condenar a un torturador chileno?

Los tribunales penales internacionales, y la Corte Penal Internacional (CPI) –en la que me centraré en este trabajo³– ponen sobre el tapete una pregunta similar. La competencia de la CPI sobre un caso generalmente depende del consentimiento del estado en cuyo territorio se cometió el crimen o del cual es nacional el presunto perpetrador del crimen. Los estados dan este consentimiento o bien volviéndose parte del Estatuto de Roma, o bien aceptando la competencia de la CPI en el caso particular⁴. Sin embargo, la CPI también tiene una competencia de alcance universal independiente en aquellos casos en los cuales los presuntos crímenes sean referidos a la CPI por el Consejo de Seguridad⁵. En la medida en que la competencia de la CPI depende del consentimiento del estado que podría reclamar jurisdicción sobre la base de los principios de territorialidad o nacionalidad, su competencia podría ser considerada producto de una delegación basada tanto jurídica como moralmente en la indiscutida autoridad jurisdiccional de los estados. Pero ¿sobre la base de qué argumentos morales pueden fundamentarse los reclamos de competencia universal de un estado?

En la sección II de este trabajo, voy a discutir y criticar la respuesta de Luban a esta pregunta. En la sección III, sentaré las bases de una respuesta un tanto diferente, que desarrollare en la sección IV.

II. DE LA JUSTICIA A LA LEGITIMIDAD

Para que un tribunal penal esté moralmente justificado en condenar a un acusado debe ser capaz de sostener tres afirmaciones: que la conducta que constituyó el presunto crimen generaba responsabilidad penal con arreglo al derecho vinculante para el acusado; que el tribunal tiene autoridad sobre el acusado; y que la responsabilidad del acusado ha sido probada a través de un procedimiento justo, en el que se respetaron las exigencias de la justicia natural. En los tribunales nacionales, estas tres afirmaciones están relacionadas, pero son separables: un tribunal puede carecer de competencia sobre ciertos crímenes, o sus procedimientos pueden no ser justos. Sin embargo, en los tribunales penales

Vázquez, Bogotá, Temis S.A., 2011].

³ Véase Cassese, A. *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), pág. 340.

⁴ Véase Estatuto de Roma, arts. 12-15.

⁵ Art. 13 (b) del Estatuto de Roma. Más adelante abordaré la cuestión del principio de complementariedad, con arreglo al cual opera la CPI y según el cual los casos sólo son admisibles si no han sido debidamente investigados o perseguidos por el estado con jurisdicción.

internacionales, según Luban, la segunda afirmación debe estar justificada sobre la base de la tercera afirmación:

“[L]a legitimidad de los tribunales internacionales no proviene de la autoridad política precaria que los crea, sino de la manifiesta corrección de sus procedimientos y condenas. Así, los tribunales penales internacionales obtienen una legitimidad autosuficiente de la justicia que proporcionan”⁶.

Por supuesto, cierta versión de la primera afirmación también es crucial: independientemente de lo justos que sean los procedimientos de un tribunal, estos procedimientos deben ser aplicados a los presuntos crímenes que a ese tribunal le incumben. Luban sugiere que el tipo de inconductas que le incumben a los tribunales penales internacionales son aquellas que ofenden a los “intereses humanos”, las cuales, por consiguiente, los seres humanos tienen un interés compartido en condenar y reprimir⁷. Puede ser tentador argumentar, entonces, que así como los tribunales nacionales actúan en nombre y en representación de la comunidad política cuya ley administran y de la cual obtienen su autoridad, los tribunales internacionales tienen autoridad en tanto actúan en nombre y en representación de la comunidad “de la humanidad”. Luban rechaza ese argumento: la humanidad no es una comunidad política que puede otorgar autoridad a los tribunales internacionales; nuestro interés en la represión de las inconductas que ofenden los “intereses humanos” no es uno que tengamos como miembros de una comunidad, sino como un “conjunto de individuos humanos”⁸. Es por eso que la legitimidad de los tribunales internacionales debe reposar en la corrección de sus procedimientos y no en la autorización por parte de alguna comunidad política relevante.

Sin embargo, la legitimidad no puede, según creo, ser justificada de esta forma. Los procedimientos de un tribunal pueden ser impecables; el imputado puede haber sido responsable de una inconducta que justifique la condena y el castigo impuestos, pero a menos que el tribunal tenga competencia sobre él, no lo podrá juzgar legítimamente. Aun si los

⁶ Luban, D., “Fairness to Rightness”, en John Tassioulas y Samantha Besso, *The Philosophy of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 579. [NdT: Una traducción al castellano de una versión revisada de ese artículo se encuentra publicada en este número bajo el título “La legitimidad del derecho penal internacional”].

⁷ *Ibid.*, 571; para una argumentación desarrollada sobre los “crímenes de lesa humanidad”, véase Luban, “Crimes Against Humanity” (supra nota 2).

⁸ Luban, “Crimes Against Humanity” (supra nota 2), 137 (véase 124-41 de forma general).

tribunales ingleses proporcionarán un debido proceso de “calidad champagne” (champagne-quality)⁹ y los tribunales polacos no lo hicieran, esto no les daría a los tribunales ingleses el derecho de enjuiciar a un nacional polaco por un hurto cometido en Polonia. Tampoco pueden tales afirmaciones sobre la corrección procedimental otorgarles a los tribunales internacionales la autoridad de la que de otro modo carecerían. La pregunta de un acusado “¿Qué derecho tiene usted a juzgarme?” debe poder ser respondida para que el juicio sea legítimo. La respuesta “nuestros procedimientos respetan las exigencias de la justicia natural” no es una respuesta adecuada a esta pregunta.

Este es un aspecto presente en cualquier tipo de rendición de cuentas por presuntas inconductas: aquellos que exigen una rendición de cuentas deben tener legitimidad para hacerlo. Suponga que un grupo de mis vecinos, preocupados por la disminución de la fidelidad matrimonial, toma la iniciativa de amonestar a los adúlteros locales y ponen su atención en mí porque soy considerado un adúltero. Puede ser que yo no rechace que el adulterio es moralmente condenable, o que acepte que soy un adúltero y debo responder por mi adulterio frente a quienes les incumbe –mi familia, mi mujer, nuestros amigos–. Sin embargo, yo podría insistir razonablemente en que esto no les incumbe a mis vecinos: ellos no tienen derecho a que yo rinda cuentas ante ellos por mi adulterio, y la corrección de sus procedimientos no podría otorgarles ese derecho. Un juicio penal, según argumentaré, debe ser entendido como un proceso en el cual se llama a aquellas personas que presuntamente han cometido inconductas a rendir cuentas por las inconductas que se les imputa, y a responder por dichas inconductas, si estas son probadas. La legitimidad de este proceso depende tanto de la corrección de sus procedimientos como de la autoridad del tribunal para llamar al defendido a rendir cuentas; una deficiencia en una de estas dimensiones no puede ser compensada por una satisfacción, o si quiera la perfección, en la otra.

La relevancia de este punto está presente, aunque de forma oculta, en algunas explicaciones de los objetivos de la justicia penal y de los juicios penales. Considere, por ejemplo, la explicación de Michael Moore de los fines de la justicia penal como un propósito de “tipo funcional”: “obtener justicia retributiva al castigar a todos aquellos y sólo a aquellos que sean culpables de haber cometido una conducta moralmente

⁹ Luban, “Fairness to Rightness” (supra nota 6), 579.

reprochable”¹⁰. Pensar la cuestión de este modo es empezar con una exigencia impersonal de justicia, esto es, que los culpables sean castigados, y luego identificar una práctica humana cuyo propósito sea satisfacer dicha exigencia. El preámbulo del Estatuto de Roma puede ser leído en un sentido similar: los estados partes afirman que los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que... asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”; a su vez, declaran su determinación de “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”¹¹. Los estados parte reconocen lo que podríamos llamar la fuerza de la exigencia impersonal de que los mencionados crímenes sean castigados, y aceptan una responsabilidad compartida en la tarea de asegurar que dicha exigencia sea satisfecha. Lo que me preocupa aquí no es el contenido de esta exigencia, sino la forma: comienza con una exigencia de que X sea realizado y, luego, como una cuestión separada, continúa con una pregunta sobre a quién se le puede asignar correctamente la responsabilidad de asegurarse que X sea realizado.

Si seguimos este enfoque, ya sea para los crímenes en general, como hace Moore, o para los “crímenes más serios”, de incumbencia de la CPI, veremos que existe una buena razón para darle prioridad a los tribunales nacionales, y para aceptar el “principio de complementariedad” de la CPI. Esto es, el principio según el cual ésta sólo puede juzgar aquellos casos que no sean juzgados correctamente por un estado con jurisdicción¹². Los tribunales nacionales están usualmente en una mejor posición para perseguir a aquellos que cometen inconductas en sus territorios, y el respeto de la soberanía de los estados exige que se les permita hacerlo¹³. Sin embargo, hay algunos crímenes graves que es probable que los estados competentes no persigan, notablemente aquellos crímenes cometidos sistemáticamente por el estado o con el apoyo tácito de los funcionarios públicos del estado. La seriedad de estos crímenes refuerza la exigencia de que sus perpetradores sean castigados, pero es improbable que estos crímenes sean castigados por el estado con

¹⁰ Moore, M. S., *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1997), págs. 33-35.

¹¹ Estatuto de Roma, Preámbulo.

¹² *Ibid.*, art. 17.

¹³ Véase Hirst, *Jurisdiction* (supra nota 1), 10-11; May, L., *Crimes Against Humanity* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), págs. 8-14.

jurisdicción primaria. En esos casos, otros estados pueden intervenir sobre la base de su competencia universal sobre tales crímenes¹⁴, pero es más probable que la justicia sea alcanzada por un sistema de justicia penal internacional que llene los baches dejados por los estados, y ése es el rol adecuado de la CPI¹⁵. A pesar de la prioridad práctica y normativa que se le debe otorgar a los tribunales nacionales, un tribunal internacional debe tener el derecho de actuar (sólo) cuando el estado con jurisdicción inicial no actúa: de allí surge el principio de complementariedad.

Si le agregamos a esta línea de pensamiento sobre los tribunales penales internacionales la idea según la cual “la pregunta fundacional sobre derecho penal es cómo justificar el castigo”¹⁶, podemos ver a los juicios penales internacionales en términos principalmente instrumentales: su función sería identificar correctamente (a través de procedimientos que respeten los derechos humanos de aquellas personas involucradas) a los perpetradores que deben ser castigados. Para explicar por qué en el derecho penal internacional “el énfasis se desplaza”, como señala Luban, “del castigo a los juicios”, podemos apelar a otros propósitos extra-legales: “promover la reconciliación social, darles voz a las víctimas, o crear un registro histórico de las atrocidades masivas”. O podemos apelar, como hace Luban, al rol “expresivo” de los juicios en “la proyección de las normas: los juicios son actos expresivos que transmiten la noticia de que las atrocidades masivas son de hecho crímenes atroces y no sólo política por otros medios”¹⁷. Luban hace lo correcto al identificar el rol distintivo de los juicios penales, que se sigue de los propósitos del castigo penal, pero no puede ser reducido a éstos: el rol de los juicios penales no es simplemente identificar a aquellos que deben ser castigados; los juicios penales tienen una relevancia

¹⁴ Véase en supra nota 2; la línea argumental aquí expuesta explicará por qué la sección 134 de la Ley de Justicia Criminal de 1988 del Reino Unido (Criminal Justice Act 1988) cubre la tortura sólo cuando esta es cometida por un funcionario público, o con el consentimiento o la aquiescencia de un funcionario público.

¹⁵ Compárese con Altman, A. y Wellman, C., “A Defense of International Criminal Law”, *Ethics*, 115 (2004) 35. Esta línea argumental se aplica particularmente a los “crímenes de lesa humanidad” intra-nacionales (véase Estatuto de Roma, art. 7). Otros crímenes sobre los cuales también tiene competencia la CPI, como los crímenes de guerra y el crimen de agresión (art. 5, art. 8; el crimen de agresión todavía espera una definición), son claramente crímenes internacionales en su impacto directo, y por ello obviamente llaman la atención de un tribunal internacional. Las preguntas que me ocupan aquí sobre la autoridad de la CPI surgen principalmente por aquellos crímenes cuyo carácter material es más bien intra-nacional, y no internacional. [NdT: el crimen de agresión finalmente fue definido en la Conferencia de Kampala, que se llevó a cabo en mayo y junio de 2010].

¹⁶ Luban, “Fairness to Rightness” (supra nota 6), 575.

¹⁷ *Ibid.*, 575-6.

independiente y de carácter no-instrumental. No obstante, el rol distintivo de los juicios penales no es capturado correctamente al hablar de actos “expresivos”, parcialmente porque eso hace que el rol del defendido en un juicio sea un rol esencialmente pasivo: él sería el objeto de un juicio (cuyo destino debe ser determinado), parte del vehículo a través del cual las normas relevantes son proyectadas, y quizás parte de la audiencia a la cual se le proyectan estas normas, pero no tendría un rol activo en el procedimiento. Deberíamos, según argumentaré, hablar de “comunicación” en lugar de hablar de “expresión”, ya que la expresión es esencialmente unilateral y requiere sólo de una audiencia o un objeto, mientras que la comunicación es (al menos un intento de) un proceso bilateral que busca activamente involucrar al otro. Los juicios penales, según sugiero, deben ser vistos como intentos de involucrar al defendido en una tarea comunicativa, y no sólo cómo intentos de identificar al culpable o de expresar normas.

Esto sugeriría una forma distinta de entender el derecho penal internacional, que no comienza con el pensamiento impersonal de que los responsables de ese tipo de crímenes “deben ser castigados”, sino con el pensamiento personal (colectivo) de que “nosotros debemos llamarlos a rendir cuentas”. Esto nos permitirá entender por qué los juicios son tan importantes. A su vez, esto resaltaré qué es lo que les da a los tribunales internacionales la autoridad que ellos reclaman, cuando nos preguntemos quién es este “nosotros”.

III. EL JUICIO PENAL COMO RENDICION DE CUENTAS

Para empezar a desarrollar mi posición, esbozaré una forma de entender los juicios penales internos. Debemos ver a los juicios penales nacionales no sólo en términos instrumentales, es decir, no sólo como un proceso para identificar a aquellos que, siendo culpables, deben ser castigados, sino más bien como un foro en el cual los presuntos delincuentes son llamados a rendir cuentas por el Estado cuyas normas presuntamente han quebrantado¹⁸.

¹⁸ Desarrollo esta argumentación sobre la base de Duff, R. A., Farmer, L., Marshall, S. E., y Tadros, V., *The Trial on Trial III: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial* (Oxford: Hart Publishing, 2007), y Duff, R. A., *Answering for Crime* (Oxford: Hart Publishing, 2007). Esta versión del juicio penal está basada en los juicios “adversariales” o acusatorios que son característicos de los sistemas de justicia de common law; no puedo discutir aquí la relación de esta versión del juicio penal con aquellos sistemas de justicia más “inquisitivos”, aunque argumentaría que estos también deben ser vistos como formas de llamar a aquellos que han cometido inconductas a rendir cuentas.

El juicio conlleva llamar a un acusado a rendir cuentas por una acusación de un acto penalmente relevante: aunque la fiscalía debe probar que el acusado ha cometido el delito, el acusado es citado para dar una respuesta inicial a la acusación, a través de una declaración de “culpable” o “inocente”; al dar una respuesta, el acusado acepta la autoridad del tribunal para citarlo y para juzgarlo. Si la fiscalía después prueba (o si el acusado admite) que él ha cometido el delito, él deberá responder no sólo a la acusación, sino por la comisión del delito. Se ha probado que el acusado es penalmente responsable por el delito: aunque pueda evitar la condena ofreciendo una defensa, ahora la carga de la prueba se desplaza al acusado, quien debe fundar su defensa. El juicio no trata al acusado simplemente como alguien a quien se le debe dictar una sentencia: el juicio trata al acusado como un agente responsable, que debe ser llamado a rendir cuentas de esta forma: le da un rol central y activo en el proceso. Ese proceso es en muchos sentidos comunicativo. La etapa inicial de acusación y declaración de inocencia o culpabilidad es comunicativa: por eso, es importante que el acusado sea capaz de declarar –capaz de entender la acusación y de responder a ella–. La argumentación de la fiscalía no se dirige sólo a aquel que quiera conocer los hechos ocurridos, sino también al acusado, señalándole que debe responder por el delito. Si el acusado es condenado, la relevancia del veredicto no es sólo que él es apto para ser condenado: el veredicto condena al acusado por una conducta, como un mensaje formal y público de reproche, que se espera que él esté dispuesto a entender y aceptar.

¿Por qué deberían los juicios tener esta forma? La respuesta es simplemente que esto es lo que debemos tanto a las víctimas como a los presuntos perpetradores de los crímenes. La nota saliente de los crímenes es su carácter de actos reprochables: lo que importa no es sólo (si es que esto importa) que se ha producido un daño y que este debe ser reparado (como sugieren los teóricos de la “justicia restaurativa”), sino que se ha cometido un acto “reprochable”. Debemos el juicio a las víctimas para mostrarles, al llamar a los perpetradores a rendir cuentas, que tomamos en serio los crímenes que han sufrido. Debemos esto también a los perpetradores porque al llamarlos a rendir cuentas por los delitos que han cometido los tratamos como agentes responsables –como

agentes a los cuales podemos y debemos llamar a responder por sus acciones¹⁹.

Si esta forma de ver los juicios penales es plausible, surge una pregunta obvia: ¿quién puede llamar al acusado a responder, ante quién, y con qué derecho? La forma en la que se nombran los casos penales ingleses, “R v. D”, puede sugerir una respuesta austriana: los acusados son llamados a rendir cuentas por el soberano cuyas órdenes han presuntamente desobedecido, en virtud de la autoridad (o poder) del soberano sobre los acusados. Una respuesta mejor para lo que pretende ser una democracia liberal, autogobernada por un common law genuino, es que los acusados rinden cuentas frente a sus conciudadanos (en cuya representación actúa el tribunal) por las inconductas públicas que han cometido, en virtud de pertenecer todos ellos a una comunidad política. Los delitos son inconductas “públicas”²⁰ no en el sentido de que dañan “al público” como algo distinto a las víctimas individuales, sino en el sentido de que son inconductas que conciernen al “público”, es decir, a todos los miembros de una comunidad política, en virtud de su pertenencia común a esa comunidad; el juicio penal es el foro en el que formalmente nos llamamos los unos a los otros a responder como ciudadanos por tales inconductas²¹.

Es por eso que el hurto cometido en Polonia por un ciudadano polaco contra otro ciudadano polaco no es moral o jurídicamente competencia de los tribunales ingleses. En la visión de Moore, el parlamento y los tribunales ingleses tienen una razón para reclamar jurisdicción sobre tales crímenes, ya que estos son inconductas que merecen un castigo, y la función del derecho penal es asegurarse que reciban este castigo; las razones en contra de reclamar esa jurisdicción (relacionadas con el respeto a la soberanía nacional y a una eficiente división del trabajo punitivo) aparecen después en la discusión como razones para no perseguir aquello que en principio se debe perseguir. Sin embargo, esta

¹⁹ Esta es una explicación normativa y no descriptiva: Aunque apela a características de nuestros procesos penales existentes, no estoy sugiriendo que los juicios que realmente tienen lugar en nuestros tribunales sean, o puedan ser rápidamente conducidos a ser, procesos a través de los cuales los perpetradores son llamados a rendir cuentas.

²⁰ Véase, de forma clásica, Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England* (Oxford: Clarendon Press, 1765-9), iv.1, p. 5 —aunque Blackstone era propenso a decir que un crimen debe involucrar un perjuicio o un daño a “toda la comunidad” —.

²¹ Los residentes temporarios y los visitantes también están protegidos y obligados, como invitados, por las leyes de la comunidad política en la que se encuentran, y deben responder en los tribunales de esta comunidad política por lo que hagan dentro de su territorio: pero una explicación de la autoridad de la ley penal debe empezar con los ciudadanos, ya que son estos los que constituyen la comunidad política de esa norma.

explicación no es plausible. El punto es más bien que el hurto polaco no le incumbe al parlamento o a los tribunales ingleses: el ladrón no es responsable ante ellos, o ante los miembros de esa comunidad política, por lo que ha hecho.

Es por eso también que la legitimidad de un tribunal, como una cuestión de autoridad para llamar al acusado a responder, es una cuestión separada de la cuestión sustantiva sobre la culpabilidad del defendido, y de las cuestiones procesal de la justicia natural o debido proceso. Una cuestión concierne a la culpabilidad: ¿Cometió el acusado el delito de que se le acusa? Si es así, ¿puede el acusado esgrimir alguna defensa? Otra cuestión concierne a la prueba y al procedimiento: ¿Puede la responsabilidad del acusado ser probada a través de un proceso que respete la presunción de inocencia y las exigencias de la justicia natural? Pero una tercera cuestión, independiente de las anteriores, concierne la autoridad del tribunal: ¿tiene este tribunal autoridad para llamar a responder a esta persona por los delitos que se le imputan? Supongamos que el acusado ha sido condenado por un proceso impecable (quizá él incluso admite que ha cometido el crimen), pero muestra al apelar que el tribunal no tenía derecho a enjuiciarlo: el fiscal le había prometido inmunidad, o tenía una inmunidad diplomática, o el crimen estaba fuera de la competencia del tribunal. Tendrá derecho a que su condena sea anulada: no porque tenga el derecho a ser absuelto (eso implicaría que el tribunal tenía derecho a juzgarlo, pero no lo encontró culpable), sino porque él no debió ser juzgado por ese crimen por ese tribunal; el tribunal carecía de autoridad legítima para llamarlo a responder.

Los acusados siempre tienen la posibilidad en un tribunal interno de preguntar “¿Sobre la base de qué derecho usted me está juzgando?” Los tribunales deben ser capaces de responder esta pregunta, y yo he sugerido que una respuesta adecuada no puede basarse sólo en la corrección de los procedimientos del tribunal, o en lo reprochable del crimen por el que se lo acusa. El tribunal debe mostrar que ese crimen, como presuntamente lo habría cometido el acusado, es de su incumbencia; y he sugerido que esto involucra mostrar que es de la incumbencia de la comunidad política a la cual el acusado pertenece, a la cual y a cuyos miembros él debe responder por las violaciones de sus valores públicos compartidos.

Alguien podría objetar que adoptar a la comunidad como fundamento no es condición necesaria para el ejercicio de la jurisdicción penal. Algunas inconductas son, por supuesto, asuntos privados, es decir, no

están sujetas a un juicio público o la posibilidad de ser castigadas: pero cuando una conducta es una conducta pública, las consideraciones de justicia exigen que el perpetrador sea llamado a rendir cuentas. Puede ser deseable que aquellos que cometen conductas de relevancia penal sean llamados a responder ante los tribunales de la comunidad política a la que pertenecen: para un amplio espectro de crímenes debemos, por lo tanto, reconocer apropiadamente que las leyes y los tribunales nacionales deben tener jurisdicción exclusiva. Sin embargo, estos tribunales en última instancia no actuarán sólo en nombre de su comunidad política, sino también de la justicia, cuyas exigencias no están fundadas en tal comunidad política ni se dirigen sólo a sus miembros. Especialmente en el caso de conductas graves con grandes alcances, como aquellas sobre las cuales tiene competencia la CPI, debemos ver esas exigencias como exigencias dirigidas a cualquiera que pueda satisfacerlas. Por consiguiente, debemos reconocer que los tribunales de otros estados, o los tribunales internacionales, pueden tener autoridad para llamar, en el nombre de la justicia, a los perpetradores a rendir cuentas, a pesar de la ausencia de un nexo de comunidad entre los perpetradores, las víctimas y el tribunal, en tanto se pueda demostrar que los procedimientos del tribunal satisfacen las exigencias tanto de la justicia retributiva como de la justicia natural²².

Esta objeción sólo puede ser exitosa si podemos hacer una distinción plausible entre conductas “privadas” e conductas “públicas” sin acudir a la idea de comunidad: pero no creo que esto sea posible. Lo “privado”, en este contexto, es aquello que podemos reclamar como mi asunto, o el nuestro, pero no el de los demás. Lo “público” es aquello que debemos reconocer como un asunto mío, tuyo o nuestro. Ahora bien, la identidad del “nosotros” o de “usted”, y la determinación de qué asunto incumbe a cada quién, dependerán del contexto²³. Mi adulterio es un asunto privado en relación con el derecho penal, pero no en relación con mi matrimonio o mi iglesia: debo admitir que ese asunto también es un asunto de mi esposa, o de los miembros de mi iglesia (si ese es el tipo de iglesia a la que acudo), y que ellos tienen derecho a llamarme a rendir cuentas por ello. No obstante, puedo negar que mi adulterio sea un asunto que le incumba al derecho penal. La violencia de un marido contra su mujer, en cambio, aunque pueda ocurrir “en la privacidad del hogar”, es

²² John Tasioulas y Jeff MacMahan me presentaron esta objeción; espero no haber distorsionado sus argumentos de forma demasiado drástica.

²³ Véase Duff, *Answering for Crime* (supra nota 18), págs. 50-51.

una conducta pública, en el sentido de que correctamente concierne no sólo al marido y a su mujer, sino también al “público” –a todos nosotros: le incumbe al derecho penal–. Una conducta “pública” es una conducta que le incumbe a algún “público”. Debemos, por lo tanto, ser capaces de especificar al público al cual le incumbe. En el caso del adulterio, el público podrían ser los miembros de mi iglesia –de mi comunidad religiosa–. En el caso de mi conducta como profesor, el público relevante son mis alumnos y mis colegas –los miembros de la comunidad académica a la que pertenezco–. En el caso de mi conducta penal ¿cuál es el público relevante? La respuesta sugerida aquí, para crímenes internos, es que el público relevante son mis conciudadanos – los miembros de la comunidad política a la que pertenezco²⁴–. El punto clave, sin embargo, es que si debemos identificar una conducta como una conducta pública, debemos ser capaces de identificar al público relevante frente al cual quien comete esa conducta puede ser responsabilizado: no podemos apelar simplemente a la exigencia impersonal de justicia de que quien ha cometido esa conducta debe ser castigado.

IV. ¿RESPONDIENDE A LA HUMANIDAD?

Si el juicio penal es visto como un proceso a través del cual los presuntos perpetradores son llamados a responder por aquellos frente a los cuales son responsables, podemos ver claramente por qué, como señala Luban, el juicio debe ser central para el derecho penal internacional, y podemos subrayar la importancia de la pregunta sobre quién puede llamar a los perpetradores a responder.

Los estados partes del estatuto de la CPI estaban decididos a “poner fin a la impunidad de los autores” de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”²⁵. Ahora bien, la forma más obvia de poner fin a la impunidad es castigar a los responsables, pero el llamado a rendir cuentas también puede poner fin a la impunidad: nuestro reconocimiento de tales crímenes queda de manifiesto en nuestros esfuerzos no (sólo) por castigar a los perpetradores de esos crímenes, sino también por lograr que éstos den

²⁴ Véase Marshall, S. E. y Duff, R. A., “Criminalization and Sharing Wrongs”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 11 (1998), 7.

²⁵ Estatuto de Roma, Preámbulo (supra nota 11)

cuenta de sus actos adecuadamente²⁶. Por supuesto, también exigimos que ellos sean castigados, y pensamos que la justicia ha fallado si ellos caminan libremente luego de la condena. Pero el valor que tiene enjuiciarlos en un tribunal penal no está dado sólo por el hecho de que esta sea la forma correcta de lograr que los perpetradores sean castigados, o porque esto, a su vez, proyecte las normas relevantes; el valor está dado porque los perpetradores son obligados a responder por sus crímenes. Suponga que el defendido muere a poco de la condena, o que por alguna razón no es castigado: igual se ha hecho justicia en ese juicio porque el perpetrador ha sido obligado a responder por sus crímenes.

Hay dos aspectos importantes de este proceso de rendición de cuentas. El primer aspecto ya ha sido señalado: el llamado a responder debe ser hecho no sólo a una persona que sea responsable, sino también por una persona u órgano frente al cual esa persona es responsable. Al segundo aspecto volveré más tarde: este concierne el estatus del defendido como alguien que es llamado a responder –y que por lo tanto debe ser tratado como miembro responsable de la comunidad normativa frente a la cual debe responder–. Por el momento, sin embargo, debemos enfocarnos en el primer aspecto.

Cuando un acusado ante la CPI pregunta “¿Sobre la base de qué derecho usted me juzga?”, ¿qué tipo de respuesta debería darse? La respuesta debe mostrar que el tribunal actúa en nombre de un grupo frente al cual el defendido es responsable por los crímenes que presuntamente ha cometido. No es suficiente argumentar que las inconductas que él presuntamente ha cometido son inconductas terribles y que los perpetradores de tales conductas deben ser castigados. La legitimidad del juicio depende de que sea cierto que el tribunal de actúa en nombre de aquellos que tienen un derecho a llamar al acusado a responder. ¿En nombre de quién, entonces, puede afirmar que está actuando la CPI? ¿Frente a quién son responsables los perpetradores de tales crímenes? Hay dos respuestas obvias posibles a estas preguntas: ambas son problemáticas.

La primera respuesta consiste en señalar que son responsables frente a las comunidades políticas particulares dentro de las cuales y contra las

²⁶ Es por esta razón que las comisiones de verdad y reconciliación pueden, aun si prometen inmunidad frente al castigo, ser formas apropiadas para lidiar con los crímenes del pasado, si llaman a los perpetradores a rendir cuentas.

cuales han cometido sus crímenes: Augusto Pinochet era responsable frente al pueblo chileno por los crímenes cometidos contra ellos (individual y colectivamente), y debió haber sido llamado a dar cuenta de sus crímenes ante un tribunal chileno²⁷; Saddam Hussein fue enjuiciado por un tribunal iraquí, y fue correcto que así sea²⁸. Esta visión todavía deja dos roles para los tribunales penales internacionales.

Primero, pueden lidiar con aquellos crímenes cuyo impacto es genuinamente internacional, especialmente aquellos cometidos por un estado contra individuos: sólo un tribunal internacional podrá realmente enjuiciar el “crimen de agresión”²⁹. Segundo, pueden “llenar los huecos” que eventualmente dejen los tribunales nacionales –actuando, así, en representación de las comunidades políticas cuyos tribunales no representan sus intereses tan bien como deberían–. Un funcionario público que utiliza la tortura al servicio de un régimen opresivo debería idealmente responder por tal inconducta frente a la comunidad política cuyos ciudadanos ayuda a oprimir. Sin embargo, eso es improbable o impracticable: es improbable que un régimen someta a juicio a sus propios funcionarios públicos y, aun cuando el régimen caiga, es probable que su sucesor sea renuente a perseguir tales crímenes. En esos casos, si los crímenes son tan serios como para justificar los costos involucrados, puede ser apropiado que un tribunal internacional reclame competencia o que, en ausencia de un tribunal internacional, los tribunales internos de otros estados reclamen competencia para juzgar a los responsables en representación de los ciudadanos que han sido dejados de lado por sus propios tribunales.

Esta visión podría explicar fácilmente por qué la CPI debería respetar el principio de complementariedad³⁰: si su rol es cumplir las responsabilidades que los tribunales nacionales no están dispuestos a cumplir, o no pueden realmente cumplir, sólo se puede afirmar que tiene un derecho a actuar cuando los tribunales nacionales no se han encargado de sus responsabilidades. Sin embargo, esto presenta dos problemas.

²⁷ Como empezaron a hacer los tribunales chilenos antes de su muerte: parte de esta historia fue contada en *The Guardian* el 30 de octubre del 2006; <http://www.theguardian.com/world/2006/oct/30/chile.pinochet>. Todas las páginas web fueron accedidas por última vez en febrero de 2015.

²⁸ Esto, por supuesto, no equivale a decir que el juicio fue conducido de forma apropiada.

²⁹ Véase Estatuto de Roma, art. 5, y supra nota 15.

³⁰ Véase Estatuto de Roma, art. 17, y supra nota 12.

El primer problema consiste en que, justamente en aquellos casos en que el argumento sobre la competencia internacional parece ser más fuerte, parece que existen dudas acerca de si existe una comunidad política frente a la cual pueda responder el perpetrador, y en cuyo nombre se pueda afirmar que actúa un tribunal penal internacional. Si, por caso, los “ataque[s] sistemáticos o generalizados” contra una “población civil” que constituyen un “crimen de lesa humanidad”³¹ son lo suficientemente exitosos, puede no existir una comunidad política a la que pertenezcan tanto los perpetradores como las víctimas. Una respuesta a este problema consiste en señalar que la existencia de una comunidad política es más una cuestión de aspiraciones normativas que de hechos empíricos: podemos decir, por caso, que los crímenes de los funcionarios públicos contra los miembros de la mayoría negra durante el apartheid en Sudáfrica fueron cometidos contra miembros de la misma comunidad, no porque esta pertenencia esté dada por la realidad material, sino porque así debió haber sido. Otra respuesta a este problema consiste en señalar que llamar a tales perpetradores a dar cuenta de sus actos es una de las formas en las cuales una comunidad política puede comenzar a ser (re)construida –aunque los tribunales nacionales estén en una mejor posición que los tribunales internacionales para hacer esto–. No estoy seguro de que estas respuestas sean adecuadas: los “crímenes de lesa humanidad” pueden con seguridad involucrar un ataque sistemático tan exitoso que no deje ninguna base para identificar a una comunidad política frente a la cual sean responsables los perpetradores; pero tales perpetradores no deberían escapar a la rendición de cuentas.

El segundo problema está vinculado con la autoridad de la CPI para actuar en representación de la comunidad política en la cual los crímenes se cometieron: ¿con qué derecho puede reclamar que actúa en su nombre? En tanto y en cuanto la CPI lidia con crímenes sobre los cuales tienen jurisdicción los estados parte de su estatuto, o que son referidos a la CPI por los estados que tienen jurisdicción, la CPI puede reclamar autoridad como un asunto de competencia delegada³². Pero ¿qué ocurre con los crímenes en los cuales la CPI afirma que tiene competencia universal independiente de cualquiera de las autorizaciones

³¹ Estatuto de Roma, art. 7(1).

³² Véase Estatuto de Roma, arts. 12-13.

mencionadas?³³ Para que esa afirmación se sostenga, la CPI debe apelar a alguna relación normativa entre la CPI y aquellos para los cuales afirma actuar; pero ¿cuál puede ser esa relación? La respuesta obvia a esta pregunta nos lleva a una segunda explicación de la autoridad de la CPI – la explicación según la cual la CPI actúa en nombre de la “humanidad”: lo que le da el derecho a intervenir en representación de los miembros de las comunidades políticas locales cuyos tribunales nacionales han “abandonado” es nuestra humanidad compartida–. Eso no está lejos de sostener que los perpetradores no deberían responder sólo frente a su comunidad política, sino frente a toda la humanidad. Debemos detenernos ahora en esta explicación de la autoridad de la CPI.

No quedan dudas de que tiene resonancia retórica la idea de responder a la humanidad. El preámbulo del Estatuto de Roma declara que los signatarios son “conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común”, y afirma la necesidad de castigar “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. ¿No deberíamos, entonces, pensar los “crímenes de lesa humanidad” como crímenes respecto de los cuales los perpetradores deben responder ante la humanidad en su conjunto? ¿Podemos darle algún sentido sustantivo a esta idea, en particular, a la idea de “humanidad” como una comunidad frente a la cual deben responder aquellas personas que cometen inconductas, o en cuyo nombre podría actuar un tribunal?

No necesitamos intentar, de forma implausible³⁴, representar a la humanidad como una comunidad política; como máximo, necesitamos una idea de la humanidad como una comunidad moral. Tampoco necesitamos representar a la humanidad como víctima de “crímenes de lesa humanidad”, como si lo que le diera a la humanidad autoridad para llamar a los perpetradores a dar cuenta de sus actos fuera que los crímenes de alguna manera lesionan o dañan a toda la humanidad. Algunos teóricos hacen esa afirmación: el preámbulo del Estatuto de Roma se refiere a los “graves crímenes” que “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”. Hannah Arendt argumentó que “la humanidad en su conjunto [puede ser] gravemente

³³ O en los casos en los cuales los tribunales nacionales afirman tener competencia universal: véase el art. 13(b) del Estatuto de Roma, y *supra* notas 2 y 5.

³⁴ Como señala Luban: véase “Crimes Against Humanity” (*supra* nota 2), 124-41.

herida y amenazada”³⁵ por el intento de exterminar a un grupo étnico o religioso particular; y Larry May construyó el “principio del daño internacional”³⁶. Estas afirmaciones se parecen a aquellas por las cuales los teóricos a veces explican la idea de un crimen como una conducta pública, al señalar que los crímenes le hacen daño al “público” como algo distinto de las víctimas individuales –creando “volatilidad social”, por ejemplo, o sublevando las condiciones de confianza, o tomando una ventaja injusta frente a aquellos que cumplen con la ley³⁷–. Estas visiones distorsionan nuestro entendimiento de lo que es una conducta penal que debe ser castigada: un violador debe ser condenado y castigado no por la volatilidad social o por la pérdida de confianza que ha causado, o por la ventaja injusta que supuestamente ha tomado de aquellos que reprimen sus impulsos criminales, sino por el daño que le ha causado a la persona que ha violado. Los crímenes son conductas “públicas” no en el sentido de que dañan al “público”, sino en el sentido de que conciernen al “público” –a todos los miembros de la comunidad relevante; son injusticias que compartimos en virtud de nuestra pertenencia común a esa comunidad³⁸–. Un crimen de lesa humanidad debe ser uno que nos concierna a todos, simplemente en virtud de nuestra humanidad compartida.

El Estatuto de Roma se refiere a los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, y a las “atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”. Muchos tipos de conductas cometidas en comunidades lejanas a la nuestra no nos incumben: podemos sentirnos movidos por ellas, y desear que no hubieran sido cometidas, pero no tenemos autoridad para llamar a sus perpetradores a rendir cuentas por ellas. Muchas veces carecemos de esa autoridad como individuos; y tampoco la tenemos colectivamente a través de nuestros estados o de cualquier institución internacional que podamos crear. Sin embargo, algunas conductas deberían ser de nuestra incumbencia en virtud de nuestra humanidad compartida con sus víctimas (y sus autores): para

³⁵ Arendt, H., Eichmann in Jerusalem (rev. ed.; London: Penguin Books, 1994), pág. 269; véase Altman y Wellman, “A Defense” (supra nota 15), 41-2.

³⁶ May, Crimes Against Humanity (supra nota 13), capítulo 5; Véase también Altman y Wellman, “A Defense” (supra nota 15), 40; compárese con Luban “Crimes Against Humanity” (supra nota 2), 138-9.

³⁷ Véase Becker, L., “Criminal Attempts and the Theory of the Law of Crimes”, *Philosophy and Public Affairs*, 3 (1974) 262; Dimock, S. “Retributivism and Trust”, *Law and Philosophy*, 16 (1997), 37; Murphy, J., “Marxism and Retribution”, *Philosophy and Public Affairs*, 2 (1973), 217.

³⁸ Véase Marshall y Duff, “Sharing Wrongs” (supra nota 24).

esas inconductas los perpetradores deben responder no sólo a sus comunidades locales, sino a la humanidad.

Pero ¿existe ese “nosotros”, un “nosotros” que no sea una comunidad local, sino la humanidad como tal? ¿No es de una retórica pretenciosa decir que todos los seres humanos están “unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común”? Una vez que reconozcamos que una comunidad, en el sentido relevante aquí, no necesita involucrar lazos cercanos o estructuras profundas de intereses ricamente compartidos, veremos que podemos hablar de una comunidad humana sin atarnos a ninguna forma de cosmopolitismo radical o controvertido. Nosotros reconocemos a los demás (o, a veces, reconocemos que deberíamos reconocer) como seres humanos iguales – es decir, reconocemos que ellos pueden exigirnos respeto y cuidado simplemente en virtud de nuestra humanidad común ³⁹ -. Ese reconocimiento se presenta, por caso, en las respuestas a los desastres y a las necesidades desesperantes en partes del mundo distantes, como también a los tipos de atrocidades que motivan la exigencia de una competencia penal universal. Podemos hablar también, con cautela, de una vida compartida ⁴⁰: de vidas estructuradas, aunque de formas profundamente diferentes, por preocupaciones humanas tan centrales como el nacimiento, la vida y la muerte; de las necesidades que surgen de nuestra naturaleza política o social⁴¹; del hecho de que compartimos a la Tierra como entorno natural (y frágil). También podemos pensar la creación de la CPI como una de las formas en las cuales se le puede dar una forma institucional más determinada y efectiva al ideal moral de una comunidad humana: la existencia de una comunidad es a menudo una cuestión más de aspiraciones que de hechos concretos, y un reconocimiento de la comunidad humana puede ser un reconocimiento de lo que aspiramos a crear.

³⁹ Aquellos con una disposición kantiana podrán hablar de una pertenencia compartida, como seres racionales, del Reino de los fines, pero yo creo que es más útil hablar, de forma menos racionalista, de una humanidad compartida: véase Gaita, R., *Good and Evil: An Absolute Conception* (London: Macmillan, 1991), especialmente el capítulo 3; y *A Common Humanity* (London: Routledge, 2002).

⁴⁰ Compárese con Aristoteles, *Nicomachean Ethics* VIII.5 sobre la amistad, que requeriría no sólo una voluntad común mutua, sino “vivir en la compañía del otro” (véase Marshall, S. E., “The Community of Friends”, en E. Christodoulidis (ed), *Communitarianism and Citizenship* (Aldershot: Ashgate, 1998), 208).

⁴¹ Esta es una idea central de los crímenes de lesa humanidad para Luban: “Crimes Against Humanity” (supra nota 2). Él también insiste en que compartimos estas preocupaciones no como miembros de una comunidad, sino como un “conjunto de individuos humanos” (ibid., 137; véase supra nota 8); mi afirmación aquí ha sido que tenemos que vernos a nosotros mismos al menos como una comunidad moral embrionaria.

Es necesario decir algo mucho más claro sobre la rendición de cuentas frente a la humanidad, y sobre los tipos de inconductas cuyos perpetradores deberían tener que responder a la humanidad. Pero quiero referirme al segundo aspecto de la concepción de juicios internacionales como llamados a dar cuenta, que concierne la posición del defendido.

V. ¿HOSTIS HUMANI GENERIS?

La idea de que los crímenes de lesa humanidad son aquellos crímenes para los cuáles sus perpetradores deben responder ante la humanidad expresa un sentido de solidaridad con las víctimas de tales crímenes: nosotros compartimos, o deberíamos compartir, colectivamente las inconductas que ellos han sufrido, y compartimos una responsabilidad colectiva de responder por esas inconductas, llamando a los perpetradores a dar cuenta de ellas. Pero también debemos notar el estatus que esta concepción otorga a los perpetradores.

Luban insiste en que su explicación de los crímenes de lesa humanidad no debería llevarnos a “demonizar a los perpetradores, a etiquetarlos como algo menos que un humano, y por consiguiente expulsarlos del círculo de aquellos que merecen consideración humana”; pero también insiste en que los perpetradores son *hostis humani generis*, enemigos de la humanidad. Luban se refiere a una “competencia del justiciero en la cual el criminal se convierte en el enemigo legítimo de cualquiera y de todos”, y cita con aparente aprobación la imaginada explicación de Arendt a Adolf Eichmann, según la cual “no puede esperarse que nadie, es decir, ningún miembro de la raza humana, quiera compartir la Tierra con usted”⁴². Sin embargo, la idea de *hostis humani generis* conlleva algo similar a la “demonización” que Luban está ansioso por evitar: si vamos a ver a los tribunales penales internacionales como una forma de llamar a responder a aquellas personas que cometen ciertas inconductas, entonces debemos ser capaces de ver a los perpetradores, a pesar de todo, como miembros plenos de la humanidad, y no como enemigos, como “*humani generis*”.

Consideremos la explicación de Blackstone del pirata como un *hostis humani generis*; “Como ha renunciado a todos los beneficios de la

⁴² Luban, “Crimes Against Humanity” (supra nota 2), 120-3 citando a Arendt, Eichmann in Jerusalem (supra nota 35), 279.

sociedad y el gobierno, y se ha reducido a sí mismo de nuevo al salvaje estado de naturaleza, al declararle la guerra a toda la humanidad, toda la humanidad debe declarar la guerra contra él”⁴³. Blackstone continúa señalado que “cualquier comunidad tiene el derecho, por la regla de la auto-defensa, de infligir sobre él el castigo que cualquier individuo hubiera tenido derecho a infligir en un estado de naturaleza”⁴⁴. Pero lo que conlleva la noción de “enemigo de la humanidad” no es castigo, sino una de las siguientes dos ideas, bastante diferentes entre sí. La primera idea es aquella de un forajido –alguien que se ha puesto a sí mismo, por sus inconductas atroces, fuera del alcance o de la protección de la ley–; la segunda es la de un enemigo de guerra. El castigo no es apropiado en ninguno de los dos casos. Los forajidos (outlaws) son, si tomamos la idea literalmente, un blanco para cualquiera (en lo que le concierne a la ley): uno no comete ninguna ofensa matando un forajido. Si bien uno necesita justificar el homicidio de una persona “bajo la paz del Rey”⁴⁵, uno no necesita justificar el dar muerte a un forajido. Si los matamos o los encerramos es por una razón de defensa en contra de una amenaza, no como castigo. Los soldados enemigos no son blancos en ese sentido –ellos están protegidos por el derecho de los conflictos armados. Pero su homicidio durante el curso de la guerra, o su aprisionamiento como prisioneros de guerra es, de nuevo, no una cuestión de castigo, sino de defensa durante los tiempos de guerra.

Si tomamos literalmente el término *hosti humani generis*, éste describe a un forajido, y no a un soldado enemigo, ya que los soldados están protegidos, como miembros del *humani generis*, por las reglas de la guerra. Sin embargo, someter a un juicio a alguien y juzgarlo por su inconducta es tratarlo como un miembro de la comunidad normativa de las leyes con arreglo a las cuales es juzgado y castigado. Él es llamado a responder a las acusaciones y, si las acusaciones son probadas, a responder por su crimen. Por ese motivo, llamar a alguien a rendir cuentas es tratarlo como un miembro de la comunidad normativa cuyos valores esperamos que entienda y acepte. Significa también

⁴³ Blackstone, *Commentaries* (supra nota 20), iv. 5, 71.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Esto fue parte de la definición clásica de homicidio en el derecho inglés (apuntaba principalmente a exceptuar a aquellos que mataban “en el fragor de la batalla”: véase Coke, E., *Institutes of the Laws of England* (London: Society of Stationers, 1628), iii, 47). Algunos filósofos se han referido, a veces, en términos similarmente preocupantes al estatus de los agresores: véase, por ejemplo, Morris, C. W., “Punishment and Loss of Moral Standing”, *Canadian Journal of Philosophy*, 21 (1991) 53, 61, 72.

comprometernos a nosotros mismos a escucharlo y a tomar en serio cualquier respuesta que él decida ofrecer⁴⁶. Someter a juicio a los perpetradores de crímenes de lesa humanidad es, por lo tanto, tratarlos con el respeto que les es todavía, en mi explicación, debido como miembros responsables de la comunidad normativa de la humanidad.

Parte del valor de esta concepción de los juicios penales es que hace énfasis en el estatus del defendido no como un enemigo o como una amenaza peligrosa que debe ser destruida o desarticulada, sino como un miembro de una comunidad normativa que es llamado a dar cuenta frente a sus prójimos por lo que ha hecho –y cuyos prójimos deben estar preparados para responder ante él por la forma en la que lo traten–. Sin embargo, esta concepción también resalta un desafío al que se debe enfrentar cualquier intento de construir un sistema de justicia penal internacional: el desafío de mostrar cómo deberíamos, y podemos, reconocer ese estatus, incluso en aquellos que cometieron los crímenes más terribles. Es (relativamente) fácil decir, en el contexto del derecho penal interno, que por más tentador que resulte presentar a los criminales como forasteros, como “ellos” que resultan amenazantes contra el “nosotros” que debemos proteger, debemos reconocerlos como conciudadanos –y creerlo–. Es mucho más difícil decir lo mismo (salvo como una pieza de retórica superficial) de aquellas personas cuyos crímenes pueden ser llamados adecuadamente “crímenes de lesa humanidad”, o instar a eso a las víctimas. El intento de Gaita de mostrar qué involucra esta perspectiva nos ayuda a ver lo que está en juego, y a ver por qué es tan difícil de aceptar:

“[Alguien] podrá decir que incluso a esas personas les debemos respeto incondicional, no queriendo decir con ello que ellas son merecedoras de estima, sino que merecen un tipo de respeto que no está condicionado a lo que ellos hayan hecho y que nadie puede perder. Alguien dirá que incluso los más terribles malhechores merecen ese respeto como seres humanos, y que se los debemos a ellos porque nosotros somos seres humanos. Eso equivale a decir que ellos siguen siendo seres humanos prójimos a nosotros independientemente de lo que hagan”⁴⁷.

⁴⁶ Argumentaré, también, que el castigo penal, entendido como una empresa comunicativa de reproche debe tratar al perpetrador como un miembro igual de la comunidad normativa (véase mi libro *Punishment, Communication and Community*; New York: Oxford University Press, 2001).

⁴⁷ Gaita, *Good and Evil* (supra nota 39), pág. 2.

Lo que preocupa a Gaita es la forma en la cual reconocer a otro como un ser humano semejante conlleva reconocerlo como “un cierto tipo de límite [un límite “absoluto”] a nuestra voluntad”; “no se puede actuar contra ningún ser humano como si estuviéramos liberando al mundo de parásitos”⁴⁸. Sin embargo, este reconocimiento de humanidad, en tanto prójimos, trae exigencias tanto negativas como positivas: una exigencia, por caso, de que ayudemos al otro si tiene una necesidad desesperante; pero también, como he sugerido, de que respondamos a su conducta, independientemente de lo terrible e “inhumana” que haya sido, no simplemente destruyéndolo, sino intentando traerlo a dar cuenta por ella.

Por consiguiente, si los entendemos como he argumentado que debemos entenderlos, los juicios penales internacionales expresan una aspiración de hacer justicia no sólo respecto de las víctimas de los crímenes con las que ellas tuvieron que lidiar, sino también de los perpetradores de esos crímenes. Cuando pensamos que involucra esta aspiración, debemos darnos cuenta cuán exigente es en términos morales.

* Publicado originalmente en John Tassioulas y Samantha Besso, *The Philosophy of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), págs. 589 y ss. Esta traducción fue autorizada por Oxford University Press. By permission of Oxford University Press.

** Agradezco a los participantes del seminario en Oxford, y especialmente a John Tasioulas por sus comentarios a una versión anterior de este trabajo.

⁴⁸ *Ibid.*, 3, 9; véase también 6, sobre el juicio a Eichmann.