
PERSONA Y DERECHO

ISSN: 0211-4526

REVISTA DE
FUNDAMENTACIÓN
DE LAS INSTITUCIONES
JURÍDICAS
Y DE DERECHOS
HUMANOS

NÚMERO 68
2013 / 1

REVISTA SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO /
SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD
DE NAVARRA / PAMPLONA / ESPAÑA



Universidad
de Navarra

PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS

REVISTA SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO - INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
FUNDADA EN 1974
UNIVERSIDAD DE NAVARRA
PAMPLONA, ESPAÑA / ISSN: 0211-4526
2013/1 / NÚMERO 68 (ENERO-JUNIO)

DIRECTORA

Caridad Velarde

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR TÉCNICO

Juan Cianciardo
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

VOCALES

Francisco J. Contreras
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Isabel Trujillo

UNIVERSIDAD DE PALERMO

SECRETARIO

Aitor Rodríguez Salaverría
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

Las opiniones expresadas en los trabajos publicados en esta revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

Dirección, redacción y correspondencia:

Instituto de Derechos Humanos
Edificio de Bibliotecas, despacho 1731
Universidad de Navarra
31080 Pamplona, España.
Tfno.: 34-948425600
Telefax 34-948425636
e-mail: pyd@unav.es

COMITÉ CIENTÍFICO

Javier Hervada

Andrés Ollero
PRESIDENTES DE HONOR

Angela Aparisi
(NAVARRA)

Jesús Ballesteros
(VALENCIA)

Bogusław Banaszak
(WRÓCLAW)

Francisco Carpintero
(CÁDIZ)

Jean Luc Chabot
(GRENOBLE)

(†) **Sergio Cotta**
(ROMA)

Luis Cruz Ortiz de Landázuri
(CORUÑA)

Francesco d'Agostino
(ROMA)

Paloma Durán
(MADRID)

John Finnis
(OXFORD)

Robert P. George
(PRINCETON)

Juan José Gil-Cremades
(ZARAGOZA)

Mary Ann Glendon
(HARVARD)

Ilva M. Hoyos
(BOGOTÁ)

Roberto Ibáñez
(MÉXICO)

Werner Krawietz
(MÜNSTER)

Antonio L. Martínez-Pujalte
(ELCHE)

Carlos I. Massini
(MENDOZA)

José J. Megías
(CÁDIZ)

Peter-Paul Müller-Schmidt
(MÖNCHENGLADBACH)

Cristóbal Orrego
(SANTIAGO DE CHILE)

José A. Pastor-Ridruejo
(MADRID)

J. P. Rentto
(TURKU)

Pedro Rivas
(CORUÑA)

Pedro Serna
(CORUÑA)

Robert Spaemann
(STUTTGAERT)

Jean M. Trigeaud
(BURDEOS)

Francesco Viola
(PALERMO)

Christopher Wolfe
(MILWAUKEE)

Edita:
Servicio de Publicaciones
de la Universidad de Navarra, S.A.
Campus Universitario
31080 Pamplona (España)
T. 948 425 600

Precios 2011:
Unión Europea:
Suscripción anual: 1 año, 2 vols. / 50 €
Número suelto: 28 €
Otros países:
Suscripción anual: 1 año, 2 vols. / 52 €
Número suelto: 38 €

Maquetación:
pretexto@pretexto.es

Impresión: GraphyCems

Tamaño: 170 x 240 mm

Fecha impresión: 31-julio-2013

DL: NA 685-1975
SP ISSN: 0211-4526

PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS
2013* / NÚMERO 68 (ENERO-JUNIO)

Kai AMBOS

¿Castigo sin soberano? La cuestión del *ius puniendi* en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente

5-38

[Punishment without a Sovereign? The *ius puniendi* Issue of International Criminal Law. A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law]

María Isabel LORCA MARTÍN DE VILLODRES

La experiencia jurídica actual desde la clásica doctrina filosófica de la naturaleza de las cosas. Una posible vía para la reconciliación entre el derecho natural y el derecho positivo

39-75

[Current legal experience according to the classical philosophical doctrine of "nature of things". A possible way to reconcile natural and positive law]

Rafael VEGA PASQUÍN

Consideraciones en torno a la unidad de la filosofía del derecho de Spinoza

77-102

[Considerations concerning the unity of the philosophy of law in Spinoza]

María Cecilia AÑAÑOS MEZA

La doctrina de los bienes comunes de Francisco de Vitoria como fundamentación del dominio en el Nuevo Mundo

103-137

[Francisco de Vitoria's doctrine of common goods as a basis for the domination of the New World]

Pedro PALLARES YABUR

La justificación racional de los derechos humanos en los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

139-158

[The argument about the rational justification of human rights argument from the drafters of the Universal Declaration of Human Rights]

Alejandra SÁNCHEZ FERNÁNDEZ Inmigración y Derechos humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE [Immigration and Human Rights in the EU. Analysis of the Directive 2008/115/CE]	159-179
Daniel CONTRERAS RÍOS / José Antonio POBLETE LAVAL Reglas constitutivas y racionalidad normativa en la teoría de los hechos institucionales de John Searle [Constitutive Rules and Normative Rationality in John Searle's Theory of Institutional Facts]	181-199
Joaquín GARCÍA-HUIDOBRO El difícil constitucionalismo hispanoamericano [The Uneasy Latin-American Constitutionalism]	201-218

RECENSIONES

ELÓSEGUI ITXASO, M.^a (coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania* / [Daniel Fernández Cañueto] / 221 // **OMAGGIO, V.**; **CARLIZZI, G.**, *Ermeneutica e interpretazione giuridica* / [José Antonio Seoane] / 226 // **FINNIS, J. M.**, *Natural Law and Natural Rights & Collected Essays* / [Carlos I. Massini-Correas] / 232 // **CARPINTERO BENÍTEZ, F.**, *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna* / [Leticia Cabrera Caro] / 235 // **Didier, M^a M.**, *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. (Prólogo de Juan Cianciardo) / [Rodrigo Magno Soder] / 241 // **BALLESTEROS, J.**; **FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. y TALAVERA, P. (eds.)**, *Globalization and Human Rights. Challenges and Answers from a European Perspective* / [Jaime García Neumann] / 246 // **SARACENI, G.**, *Ospitalità: Un valore giuridico fondamentale* / [Mariana Hoyos] / 256 //

Normas para envío de originales

263

¿Castigo sin soberano? La cuestión del *ius puniendi* en derecho penal internacional

Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente*

Punishment without a Sovereign? The «ius puniendi» Issue of International Criminal Law

A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law

RECIBIDO: 2012-10-16 / ACEPTADO: 2013-01-13

Kai AMBOS**

Catedrático de derecho penal, derecho procesal penal, derecho comparado y derecho penal internacional
Universidad Georg-August, Gotinga
kambos@gwdg.de

Resumen: El derecho penal internacional actual ("DPI") adolece de cuatro graves defectos. Primero, es preciso clarificar su concepto y significado. Segundo, ha de resolverse la cuestión de si y cómo puede existir el poder punitivo a nivel supranacional sin un soberano. Tercero, hay que explicar mejor su función o propósito global, por oposición a los del derecho penal nacional. Cuarto, se deben desarrollar los fines de la pena en el DPI, por oposición a los fines tradicionales del derecho penal nacional. Estas cuestiones se relacionan en parte vertical y en parte horizontalmente. Así, es imposible reflexionar sobre el *ius puniendi*, sobre la función global y sobre los fines de la pena sin haber clarificado primero el concepto de DPI. Además, un tratamiento de su función y de los fines de la pena tiene que basarse en la justificación del *ius puniendi* siendo así que, la falta de una respuesta satisfactoria a esta cuestión es, quizás, la debilidad teórica más importante del DPI actual. Este trabajo pretende demostrar que el *ius puniendi* supranacional puede ser inferido de una combinación del incipiente carácter supranacional del orden mundial (entendido como un orden de valores) con el concepto de una sociedad mundial compuesta por ciudadanos del mundo, cuyo derecho ("Weltbürgerrecht") se deriva de derechos humanos universales, indivisibles y reconocidos interculturalmente, fundados en un concepto kantiano de dignidad humana. Ambos son representados por la comunidad internacional (comunidad de valores) que es así el titular del *ius puniendi*.

Palabras clave: derecho penal; derecho internacional (penal); Kant; filosofía del derecho; legitimidad.

Sumario: I. Prólogo: Objetivos nobles y expectativas altas. II. La cuestión del concepto y significado. III. La cuestión del *ius puniendi*: hacia una justificación basada en valores colectivo-individualistas. IV. Conclusión.

Abstract: Current International Criminal Law (ICL) suffers from at least four fairly serious theoretical shortcomings. First, the concept and meaning of ICL must be clarified. Second, the question of whether and how punitive power can exist at the supranational level without a sovereign must be answered. Third, the overall function or purpose of ICL as opposed to national criminal law must be better explained. Fourth, the purposes of punishment in ICL, as opposed to the traditional purposes in national criminal law, must be elaborated. There is a partly vertical and partly horizontal relationship between these issues. It is, for example, impossible to reflect upon *ius puniendi*, overall function and purposes of punishment without having clarified the concept of ICL. Also, a treatment of overall function and purposes of punishment seems to be predicated on the justification of the *ius puniendi*. Indeed, the lack of a satisfactory answer to the *ius puniendi* issue is maybe the most important theoretical weakness of current ICL. This article therefore aims to demonstrate that a supranational *ius puniendi* can be inferred from a combination of the incipient supranationality of the world order (understood normatively as an order of values) and the concept of a world society composed of world citizens whose law –the 'world citizen law' ('Weltbürgerrecht')– is derived from universal, indivisible and intercultural recognized human rights predicated upon a Kantian concept of human dignity. The incipient world order and the world society are represented by the international community (a community of values) which becomes the holder of the *ius puniendi*.

Key words: criminal law; international (criminal) law; Kant; legal philosophy; legal theory; legitimacy.

Summary: I. Preface: Noble goals and high expectations. II. The question of concept and meaning. III. The question of *ius puniendi*: towards a justification based on collective-individualist values. IV. Conclusion.

* La versión inglesa aparecerá próximamente en *Oxford Journal of Legal Studies*, 33, n° 2 (2013). Traducción del inglés a cargo de Ezequiel Malarino. También corresponden las traducciones de las citas en alemán contenidas en el original. En esos casos, luego del texto en alemán sigue la traducción castellana entre corchetes [].

** Juez del Tribunal provincial (*Landgericht*) de Gotinga. El autor agradece al *Institute for Advanced Studies* ("IAS") de la Hebrew University de Jerusalén. El trabajo ha sido presentado en diferentes foros, entre los que se destacan el seminario internacional del IAS y la conferencia de la *Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*.

I. PRÓLOGO: OBJETIVOS NOBLES Y EXPECTATIVAS ALTAS

Los objetivos del DPI son nobles y las expectativas altas. El preámbulo del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional ('CPI'), el documento fundacional de la Corte establece que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto¹ no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas (...) para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia". Reconoce que "esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad" y expresa su determinación para "poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes".

Por lo tanto, es claro que la misión del DPI y de su primera corte mundial permanente es doble: consiste en un *aspecto individual y otro colectivo*. En el nivel individual, el DPI está destinado a proteger derechos humanos fundamentales a través de la persecución y castigo de crímenes internacionales que violan esos derechos; en el nivel colectivo, aspira a contribuir a la "paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad" a través de la efectiva persecución de crímenes internacionales que amenazan esos valores. Sin embargo, desde el efectivo establecimiento de la Corte en 2003² ha resultado evidente cuán difícil es cumplir esa misión. No sorprende, entonces, que algunos autores adviertan acerca de las expectativas demasiado altas, en particular en relación con la tarea de la CPI de mantener la seguridad y paz colectivas, que va más allá de la función clásica de un tribunal penal, esto es, de castigar a los responsables³. Además, los autores son cada vez más conscientes

¹ Véase también el art. 5 (1) Estatuto de la CPI.

² El Estatuto de la CPI fue aprobado el 17 de julio de 1998 en Roma y entró en vigor el 1 de julio de 2002; sin embargo, la Corte no empezó funcionar hasta la primavera de 2003 con la elección de su primer Fiscal Jefe, sus primeros 18 Jueces y el jefe de la Secretaría.

³ Véase en particular DAMAŠKA, M., "What is the Point of International Criminal Justice?", *Chicago-Kent Law Review*, 83 (2008), pp. 329-365 (331 y ss.) exigiendo bajar las expectativas (340 y ss.); también ID., "The International Criminal Court between Aspiration and Achievement", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 14 (2009), pp. 19-35 (19 y ss.) identificando una "brecha" entre "aspiraciones y realización", dado que la CPI no puede cumplir las expectativas autoimpuestas y esto, en definitiva, socava su legitimidad. Críticamente en cuanto a la "función de seguridad" que convierte a la CPI en "dos cortes en una". FLETCHER, G. y OHLIN, J.D., "The ICC – Two Courts in One?", *Journal of International Criminal Justice* ("JICJ"), 4 (2006), pp. 428-433; crítico de las expectativas sólo en parte realistas de los tribunales penales internacionales

de los defectos teóricos del proyecto del DPI⁴. Estos defectos pueden ser agrupados en torno a las cuestiones arriba descritas en el resumen. Después de clarificar la “cuestión del concepto y significado”, quiero centrarme aquí en la “cuestión del *ius puniendi*”. De este modo, quiero preparar el terreno para un tratamiento posterior, en otro trabajo, de la “cuestión de la función global”. En ese trabajo también trataré, como corolario, la “cuestión de los fines de la pena”⁵.

II. LA CUESTIÓN DEL CONCEPTO Y SIGNIFICADO

En su trabajo seminal sobre el DPI, Georg Schwarzenberger identificó seis significados del concepto refiriéndose a diferentes tipos de crímenes de o bajo el DPI⁶. Sus grupos segundo, tercero y cuarto⁷, que tratan, todos, de crímenes implementados en el derecho nacional en cumplimiento de tratados internacionales o principios generalmente reconocidos⁸, se fusionan fácilmente en un grupo que hoy llamaríamos crímenes ‘internacionales’ o ‘transnacionales basados en tratados’. Nos quedamos entonces con cuatro

DIGGELMANN, O., “Staatsverbrechen und internationale Justiz”, *Archiv des Völkerrechts* (“AVR”), 45 (2007), pp. 382-399 (383 y ss., 399). Sobre el balance mixto de la CPI véase AMBOS, K., *El Mundo*, Madrid, 15.8.2012, p. 13 y <<http://www.semana.com/opinion/corte-penal-internacional-balance-mixto-su-decimo-aniversario/181798-3.aspx>>, 31 de julio de 2012 [15 de octubre de 2012].

⁴ Para una crítica general véase STUCKENBERG, C.F., “Völkerrecht und Staatsverbrechen”, en MENZEL, J.; PIERLINGS, T. y HOFFMANN, J. (eds.), *Völkerrechtsprechung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2005, pp. 768-773 (772).

⁵ Para un tratamiento anterior, aunque no concluyente, véase AMBOS, K., “Sobre los fines de la pena a niveles nacional y supranacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, Madrid), 2^a época, n^o 12 (julio 2003), 191-211; recientemente AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, vol. I, *Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 67-73.

⁶ SCHWARZENBERGER, G., “The Problem of an International Criminal Law”, *Current Legal Problems*, 3 (1950), pp. 263-296 (264-274).

⁷ *Ibid.*, pp. 266-271: DPI “en el sentido de derecho penal municipal ordenado a nivel internacional”, “derecho penal municipal autorizado internacionalmente” y “derecho penal municipal común a las naciones civilizadas”.

⁸ Esto se aplica al cuarto grupo en tanto incluye “principios de derecho penal municipal que los Estados civilizados comparten *de facto* o consideran oportuno asimilar a estándares comunes por medio de convenciones internacionales o por legislación municipal correspondiente” (*ibid.*, p. 271).

significados de DPI, magistralmente resumidos por Claus Kreß como sigue⁹:

- DPI como derecho que regula la jurisdicción penal obligatoria de los Estados.
- DPI como derecho de la cooperación internacional en materia penal.
- DPI como derecho penal transnacional.
- DPI como derecho penal internacional (supranacional) *stricto sensu*.

Las primeras dos categorías no tienen interés aquí, porque ellas concierne al derecho nacional relativo al alcance (extra)territorial del derecho penal doméstico de un Estado (*‘Strafanwendungsrecht’*)¹⁰ y a la asistencia judicial mutua entre Estados en materia penal¹¹. El tercer grupo tiene sólo un interés indirecto, en tanto que a veces no es claro dónde trazar el límite entre este grupo y los crímenes internacionales/supranacionales nucleares o ‘verdaderos’. La reciente decisión sobre terrorismo del Tribunal Especial para el Líbano es un buen ejemplo¹². En todo caso, la doctrina actual de DPI acepta la distinción entre crímenes transnacionales/basados en tratados y crímenes internacionales ‘verdaderos’¹³. Ejemplos de estos últimos son los crímenes nucleares de

⁹ Cfr. KREß, C., “International Criminal Law”, en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, edición electrónica, disponible en <www.mpepil.com> [15 de octubre de 2012], párr. 1-14.

¹⁰ SCHWARZENBERGER, G., *supra* nota 6, pp. 264-266; KREß, C., *supra* nota 9, párr. 2-3; véase también AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*, 3ª ed., Beck, Múnich, 2011, Part I (§§ 1-4).

¹¹ SCHWARZENBERGER, G., *supra* nota 6, pp. 271-272; KREß, C., *supra* nota 9, párr. 4-5.

¹² Sala de Apelaciones, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, STL-11-01/I, 16 de febrero de 2011. Para una reseña crítica de la decisión AMBOS, K., “Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is there a Crime of Terrorism under International Law?”, *Leiden Journal of International Law* (“*LJIL*”), 24 (2011), pp. 655-675 (existe traducción castellana de MALARINO, E., “Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿es el terrorismo un crimen internacional”, en *Revista Penal y Criminología*, 7 [enero, 2012]); aún más crítico SAUL, B., “Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism”, *LJIL*, 24 (2011), pp. 677-700; KIRSCH, S. y OEHMICHEN, A., “Judges gone astray. The fabrication of terrorism as an international crime by the special Tribunal for Lebanon”, *Durham Law Review*, 1 (2011), pp. 32-55.

¹³ KREß, C., *supra* nota 9, párr. 6-14 (derecho penal internacional transnacional y supranacional *stricto sensu*); CRYER, R. y WILMSHURST, E., “Introduction”, en *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 1-16 (4-5) (crímenes transnacionales e internacionales); GAETA, P., “International Criminalization of Prohibited Conduct”, en CASSESE, A. (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 63-74 (69) (crímenes internacionales verdaderos y crímenes basados en tratados); LUBAN, D., “Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality,

los artículos 5-8 del Estatuto de la CPI¹⁴, mientras que los crímenes basados en tratados son esencialmente crímenes transnacionales objeto de las, así llamadas, convenciones para la represión¹⁵, tales como la Convención contra la Tortura¹⁶, la Convención sobre Bombas Terroristas¹⁷, o las convenciones sobre estupefacientes de la ONU¹⁸.

and the Legitimacy of International Criminal Law”, en BESSON, S. y TASIOLAS, J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 569-588 (572) (derecho penal internacional transnacional basado en tratados y derecho penal internacional puro); MILANOVIĆ, M., “Is the Rome Statute Binding on Individuals? (And Why We Should Care)”, *JICJ*, 9 (2011), pp. 25-52 (28 y nota al pie 7). Véase también AMBOS, K., *supra* nota 10, § 7, número marginal (“nm.”) 117 y confrontar con 275. BASSIOUNI, Ch., *Introduction to International Criminal Law*, NY: Transnat. Publ., Ardsley, 2003, pp. 114-115 enumera 28 categorías diferentes de crímenes internacionales y las divide en grupos adicionales (“crímenes internacionales”, “delitos internacionales”, “infracciones internacionales”). Sobre el DPI en sentido restringido y amplio véase también SCHRÖDER, M., “Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktionen”, en VITZTHUM, W. (ed.), *Völkerrecht*, 5ª ed., de Gruyter, Berlín, 2010, pp. 579-638 (579-580); STUCKENBERG, C.F., *supra* nota 4, pp. 2-4; Pastor, D., *El poder penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 80 y ss.

- ¹⁴ Véase AMBOS, K., *supra* nota 10, § 5, nm. 3, § 7, nm. 117; Werle, G., *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2009, p. 29; KREß, C., *supra* nota 9, párr. 15; CRYER, R. y WILMSHURST, E., *supra* nota 13, p. 4; GAETA, P., *supra* nota 13, pp. 66 y ss.; CASSESE, A., *International Criminal Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 12 extiende esta lista a la tortura y a “algunas formas extremas de terrorismo internacional”. KOLB, R., *Droit international penal*, Helbing Lichtenhahn; BÅLE *et al.*, 2008, pp. 68-69, reconoce, además de los crímenes nucleares de competencia de la CPI, “crímenes internacionales” en razón de su “*nature intrinsèque*” [naturaleza intrínseca] y distingue entre crímenes públicos (estatales) y privados (ordinarios); sin embargo, no proporciona criterios para la delimitación de los crímenes transnacionales.
- ¹⁵ Para un interesante análisis del que supuestamente fue el primer tratado para la prevención, el tratado bilateral británico-americano contra la piratería de 1794, conocido como tratado Jay, y de la posterior convención de cables submarinos de 1884 véase CLARK, R., “Some Aspects of the Concept of ICL: Suppression Conventions, Jurisdiction, Submarine Cables and *The Lotus*”, *Criminal Law Forum* (“CLF”), 22 (diciembre, 2011), pp. 519-530 (523-528). Para una crítica reciente del principio *aut dedere aut iudicare* previsto en estas convenciones véase BOISTER, N., “International Tribunals for Transnational Crimes: Towards a Transnational Criminal Court?” *CLF* 23 (diciembre, 2012), pp. 295-318 (300-302).
- ¹⁶ *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, GA Res. 39/46 del 10 de diciembre de 1984, 1465 UNTS 85 (“Convención contra la Tortura”).
- ¹⁷ *Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas Cometidos con Bombas*, UN Doc. A/RES/52/164, 15 de diciembre de 1997, 2149 UNTS 256 (“Convenio contra Ataques Terroristas con Bombas”).
- ¹⁸ *Convención Única sobre Estupefacientes*, del 30 de marzo de 1961, 250 UNTS 151 (“Convención Única”); *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, del 20 de diciembre de 1988, 1582 UNTS 95 (“Convención de Viena sobre Estupefacientes”).

El DPI *strictu sensu* (*‘Droit pénal international’, ‘Derecho penal internacional’, ‘Diritto penale internazionale’, ‘Völkerstrafrecht’*)¹⁹, que es el que aquí interesa, no se limita, por supuesto, a los tipos de crímenes arriba mencionados. Más bien, comprende, para citar una muy aceptada definición de Otto Triffterer, “la totalidad de normas de derecho internacional de naturaleza penal que conectan consecuencias jurídicas típicas de derecho penal a una conducta decisiva –a saber, el crimen internacional– y como tal pueden ser aplicadas directamente”²⁰. Si se acepta esta definición, el DPI consiste en su núcleo en una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional público²¹. La idea de responsabilidad penal individual y la consiguiente per-

¹⁹ Sobre la terminología, a veces ambigua, véase desde la perspectiva alemana, donde tradicionalmente era utilizado el término “*internationale Strafrecht*”, usado por primera vez por Ernst Beling, que es más amplio que el hoy utilizado “*Völkerstrafrecht*” [N. del T.: ambos términos se traducen en castellano como derecho penal internacional]; GARDOCKI, L., “Über den Begriff des Internationalen Strafrechts”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (“ZStW”), 98 (1986), pp. 703-719; JESCHECK, H.-H. y WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996, p. 119; NEUBACHER, F., *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2005, pp. 31 y ss. Desde la perspectiva angloamericana CRYER, R. y WILMSHURST, E., *supra* nota 13, pp. 3-5. Desde la perspectiva del mundo hispanohablante Pastor, D., *supra* nota 13, pp. 28-33.

²⁰ TRIFFTERER, O., *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Albert, Friburgo en Brisgovia, 1966, p. 34 (“Völkerstrafrecht im formellen Sinne... die Gesamtheit aller völkerrechtlichen Normen strafrechtlicher Natur, die an ein bestimmtes Verhalten –das internationale Verbrechen– bestimmte, typischerweise dem Strafrecht vorbehaltene Rechtsfolgen knüpfen, und die als solche unmittelbar anwendbar sind.”; [“derecho penal internacional en sentido formal... el conjunto de todas las normas de derecho internacional de naturaleza jurídico-penal que conectan a una conducta determinada –el crimen internacional– ciertas consecuencias jurídicas reservadas típicamente al derecho penal, y que como tales son directamente aplicables”]). Véase también CASSESE, A., *supra* nota 14, pp. 11-14 y SAFFERLING, C., *Internationales Strafrecht*, Springer, Heidelberg, 2011, p. 38; un resumen en JESSE, B., *Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts*, Duncker & Humblot, Berlín, 2009, pp. 58 *et* ss. Para una definición demasiado amplia e imprecisa (“una cantidad de obligaciones con impacto sobre el derecho penal”), que ignora la dimensión de la responsabilidad penal individual, GREENAWALT, A.K., “The Pluralism of International Criminal Law”, *Indiana Law Journal*, 86 (2011), pp. 1063-1130 (1071).

²¹ Cfr. VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, TMC Asser Press, La Haya, 2003, p. 4 (“encuentro de dos mundos”); ID., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, 2012, 8; también HÖPFEL, F. y ANGERMAIER, C., “Adjudicating International Crimes”, en REICHEL, P. (ed.), *Handbook of Transnational Crime and Justice*, Sage Publications, Thousand Oaks, 2005, pp. 310-345 (310); STUCKENBERG, C.F., *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht: Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik*, de Gruyter, Berlín, 2007, p. 2; ZAHAR, A. y SLUITER, G., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. X; CRYER, R. y WILMSHURST, E., *supra* nota 13, p. 16 (“dos cuerpos de derecho”); BORSARI, R., *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Cedam, Padua, 2007, p. 88; KINDT, A., *Menschenrechte und Souveränität*,

secución de individuos por conductas (macro-criminales)²² específicas es derivada del derecho penal, mientras los crímenes clásicos (de Núremberg)²³ forman parte del derecho internacional (público) y, por lo tanto, la conducta respectiva es punible directamente bajo el DPI (principio de la responsabilidad penal individual directa en derecho internacional público)²⁴. Esta fuerte base en el derecho penal, junto con su actual aplicación por parte de tribunales *penales* internacionales y la CPI, convierte al DPI en derecho penal a nivel supranacional, lo cual comprende plenamente los bien conocidos principios de un sistema de justicia penal liberal, en particular los principios de legalidad, culpabilidad y debido proceso²⁵. La institucionalización del DPI con el establecimiento de la CPI supone la creación de un sistema penal único de la comunidad internacional²⁶ –entendida como un muy importante grupo de

Duncker & Humblot, Berlín, 2009, pp. 51-52. Sobre los componentes del DPI véase BASSIUNI, Ch., *supra* nota 13, pp. 1-8, quien habla de un sistema *sui generis* (*ibid.*, 53).

- ²² Sobre la macro-criminalidad motivada políticamente ya como objeto del DPI AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 2004, pp. 50 y ss. (existe traducción castellana de MALARINO, E., *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* [KAS, Montevideo, 2005 y Temis, Bogotá, 2005]); más recientemente, véase NEUBACHER, F., *supra* nota 19, pp. 18, 24, 30, 240-243, 479; BORSARI, R., *supra* nota 21, pp. 442-444.
- ²³ Cfr. el art. 6 de la Carta del Tribunal Militar Internacional (*Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal*, 82 U.N.T.S. 279, 8 de agosto de 1945): crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.
- ²⁴ Véase en general DAHM, G., *Zur Problematik des Völkerstrafrechts*, Vandenhoeck & Ruprecht, Götting, 1956, pp. 14-17; más recientemente WERLE, G., “Die Zukunft des Völkerstrafrechts”, en GRUNDMANN, S. et al., *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, De Gruyter, Berlín, 2010, pp. 1219-1239 (1225); JESSE, B., *supra* nota 20, p. 57.
- ²⁵ Este punto de vista está ganando cada vez más terreno en la literatura internacional, véase ROBINSON, D., “The Identity Crisis of International Criminal Law”, *LJIL*, 21 (2008), pp. 925-963 (925-926 y pp. 961-962) quien habla de un “sistema liberal de justicia penal” (aunque advierte sobre las tendencias iliberales del DPI derivadas de un discurso orientado a las víctimas y los derechos humanos, pp. 927 y ss.); SANDER, B., “Unravelling the Confusion Concerning Successor Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence”, *LJIL*, 23 (2010), pp. 105-135 (125 y ss.) exigiendo el respeto de los principios de derecho penal, en particular el principio de culpabilidad.
- ²⁶ TRIFFTERER, O., “Universeller Menschenrechtsschutz auch durch das Völkerstrafrecht?”, en *Politische Studien, Die universale Geltung der Menschenrechte*, Sonderheft 1/1995, pp. 32-55 (38); véase también ZAHAR, A. y SLUITER, G., *supra* nota 21, p. VII (“derecho penal de la comunidad internacional”); JESCHECK, H.-H., “Schlußworte”, en SIEBER U. y ALBRECHT, H.-J. (eds.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Duncker & Humblot, Berlín, 2006, pp. 152-160 (160) (“das allgemeine, gleiche Völkerstrafrecht und die internationale Strafgerichtsbarkeit als Kontrollsystem...”; [“el mismo derecho penal internacional general y la jurisdicción penal internacional como sistema de control...”]); REUSS, V., *Zivilcourage als Strafzweck des Völkerstrafrechts*, Lit, Berlín, 2012, pp. 54-55.

Estados vinculados por valores comunes²⁷–, que se extiende más allá de áreas nucleares de derecho sustantivo y procesal hacia otros ámbitos del derecho penal (derecho de las sanciones; ejecución de sentencias, asistencia judicial, etc.). Este nuevo sistema penal, sin embargo, representa sólo un elemento –el supranacional– del nuevo “sistema de justicia penal internacional”²⁸ que, a su vez, puede ser concebido como un instrumento de *global governance* por medio de legalización y formalización²⁹.

III. LA CUESTIÓN DEL *IUS PUNIENDI*: HACIA UNA JUSTIFICACIÓN BASADA EN VALORES COLECTIVO-INDIVIDUALISTAS

El DPI carece de un poder punitivo (supranacional) consolidado por propio derecho; en palabras de algunos críticos recientes, es un “sistema penal sin Es-

²⁷ Sigo aquí la distinción de Paulus, A. entre comunidad internacional y sociedad internacional: “El término ‘comunidad internacional’ es usado, a veces, de manera intercambiable con el término ‘sociedad internacional’. Como una investigación más exhaustiva ha mostrado, el uso está lejos de ser uniforme. Sin embargo, es posible decir –con la necesaria cautela– que una comunidad añade un elemento normativo, un mínimo de cohesión subjetiva, al vínculo social entre sus miembros. Mientras sociedad enfatiza las interconexiones e interrelaciones fácticas, comunidad mira a los valores, las creencias y los sentimientos subjetivos” (“International Law and International Community”, en ARMSTRONG, D. (ed.), *Handbook of International Law*, Routledge, Londres, 2009, pp. 44-54 (45) [referencias omitidas]; para un estudio más profundo PAULUS, A., *Die Internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, Beck, Múnich, 2001). Un concepto liberal de comunidad internacional descansa sobre derechos humanos universales como valores compartidos (*ibid.*, pp. 45 y 48). Para una posición similar basada en valores FISHER, K.J., *Moral Accountability and International Criminal Law*, Routledge, Londres, 2012, pp. 5-6 (haciendo referencia a los valores liberales comunes, pero también a las amenazas comunes). Críticamente sobre el concepto en tanto privilegia a los poderosos Estados (occidentales) KOSKENNIEMI, M., “Between Impunity and Show Trials”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 6 (2002), pp. 1-35 (10); en parte concordantemente FISHER, K.J., *op. cit.*, pp. 60-61.

²⁸ Se trata de un sistema de tres niveles que da prioridad al Estado territorial y al Estado del sospechoso (primer nivel) y subsidiariamente asigna competencia a la CPI (segundo nivel) y a terceros Estados con base en la jurisdicción universal (tercer nivel); véase AMBOS, K., *supra* nota 10, § 5, nm. 2 con referencias adicionales en la nota al pie 17. Sobre la CPI como “sistema de justicia (penal) en miniatura” con tres funciones (tribunal penal ordinario; tribunal de “vigilancia” y tribunal de “seguridad”), véase JESSBERGER, F. y GENEUSS, J., “The many faces of the International Criminal Court”, *JICJ*, 10 (2012), pp. 1081-94 (1085).

²⁹ Véase para un análisis profundo BURCHARD, Ch., “Völkerstrafrecht als global governance”, *Die Friedens-Warte*, 83 (2008), p. 73 (sosteniendo que el DPI es “Regieren bzw. Steuern jenseits des Nationalstaats” [gobierno o bien dirección más allá del Estado-Nación] y así sirve para evaluar y corregir problemas y eventualmente sancionar a un gobierno por incumplimiento, p. 74).

tado” y, por lo tanto, “sin un soberano”³⁰. ¿Significa esto que el DPI también carece de poder y legitimidad para hacer uso del derecho penal e imponer penas sobre individuos? Esto es, ¿carece de un *ius puniendi* por propio derecho? La respuesta final es ‘no’, pero tenemos que superar algunos obstáculos para llegar allí.

A. DPI y la defensa normativa de un incipiente orden internacional

La comunidad internacional se encuentra hoy donde el Estado-Nación se encontraba cuando nació: encargada de la construcción y consolidación de un monopolio de poder, esto es, en el mejor de los casos, en el estadio de un orden incipiente similar a un Estado. Por supuesto, los Estados-Nación, como sujetos clásicos del derecho internacional, son llamados a aplicar no solamente sus derechos penales domésticos, sino también el derecho penal internacional³¹. Ellos pueden delegar este poder en una corte penal internacional por medio de un tratado (CPI)³² o de una resolución del Consejo de Seguridad de acuerdo al capítulo VII de la Carta de la ONU (TPIY, TPIR)³³; aunque esto

³⁰ Cfr. GLESS, S., “Strafe ohne Souverän?”, *Schweizer Zeitschrift für Strafrecht*, 125 (2007), pp. 24-43 (34) quien habla de “punición sin un sobreano”; en el mismo sentido DUBBER, M., “Common Civility. The Culture of Alegality in ICL”, *LJIL*, 24 (2011), pp. 923-936 (928) (“régimen penal sin un Estado, y de manera más general sin un soberano”); críticamente en cuanto al déficit democrático y del Estado de derecho PASTOR, D., *supra* nota 13, pp. 99 y ss.

³¹ Esto también está reflejado en los tratados pertinentes de DPI que regularmente no contienen disposiciones directamente aplicables, sino que requieren que los Estados implementen disposiciones punitivas. Para un ejemplo clásico de la implementación descentralizada de obligaciones de DPI de castigar, véanse los arts. V y VI, Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio, 9 de diciembre de 1948, 78 UNTS, 277 (“Convención contra el Genocidio”).

³² Con respecto a la CPI, véase CRYER, R., “International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round?”, *European Journal of International Law* (“*EJIL*”), 16 (2005), pp. 979-1000 (985-986); MELANDRI, M., “The Relationship between State Sovereignty and the Enforcement of International Criminal Law under the Rome Statute (1998): A Complex Interplay”, *International Criminal Law Review*, 9 (2009), pp. 531-545 (534, 536, 542-543, 544-545) (soberanía a través de la CPI); MILANOVIC, *supra* nota 13, pp. 45-47 (quien sostiene que los Estados pueden imponer directamente obligaciones sobre individuos a través de tratados, pero que no siempre quieren hacerlo). Con respeto a una corte penal transnacional, recientemente Boister, *supra* nota 15, pp. 312-314.

³³ “Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction”, *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1), 2 de octubre de 1995, §§ 26-48; “Decision on the Defence Motion on Jurisdiction”, *Prosecutor v. Joseph Kanyabashi* (ICTR-96-15-T), 18 de junio de 1997, §§ 17-29. De la amplia literatura, véase, por ejemplo, de WET, E., *The Chapter VII Powers of the United Nations*

no implica automáticamente la creación de un nuevo poder soberano supranacional³⁴. Además, según el régimen jurídico especial de ocupación, la potencia ocupante tiene el derecho de establecer tribunales penales, como se hizo en Núremberg, Tokio o Irak³⁵. Sin embargo, los poderes de delegación del Estado ofrecen sólo una explicación *formal* del *ius puniendi* supranacional; ellos no proveen razones *normativas* que justificarían tal autoridad supranacional *por derecho propio*³⁶.

Una aproximación normativa debe hacerse cargo de aquellas teorías para las cuales el uso del derecho penal supone la existencia de un orden jurídico similar a un Estado, digno de ser defendido por un derecho penal (supranacional). En nuestros tiempos, el argumento fue hecho con gran fuerza por el teórico del derecho alemán Günther Jackobs³⁷. Su argumento dice así: La pena

Security Council, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 340-342; SCHABAS, W.A., *The UN Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 47-53; PATEL KING, F., "Sensible Scrutiny: The Yugoslavia Tribunal's Development of Limits on the Security Council's Powers under Chapter VII of the Charter", *Emory International Law Review*, 10 (1996), pp. 509-591; SCHWEIGMAN, D., *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter*, Kluwer Law International, La Haya, 2001, pp. 108-111 y 131-136; críticamente DAVIS, J., "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia was Established Illegally – but it was the Right Thing to Do... So Who Cares?", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 28 (2002), pp. 395-419 (403 y ss.); críticamente sobre la autoridad legislativa del Consejo de Seguridad FREMUTH, M. y GRIEBEL, J., "On the Security Council as a Legislator: A Blessing or a Curse for the International Community?", *Nordic Journal International Law*, 76 (2007), pp. 339-361.

³⁴ Más bien, los Estados delegantes siempre siguen con el control de este proceso cfr. MEYER, F., *Strafrechtsgenese in internationalen Organisationen*, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 650-1

³⁵ Cfr. el art. 66 de la Cuarta Convención de Ginebra de 1949, disponible en <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/full/380>> [15 de octubre de 2012]. Véase, en general, también SCHWARZENBERGER, G., *supra* nota 6, pp. 289-291; DINSTEIN, Y., *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 46. Sobre el juicio de Tokio recientemente HISAKAZU, F., "The Tokyo Trial: Humanity's Justice v Victors' Justice", en TANAKA, Y., MCCORMACK, T. y SIMPSON, G. (eds.), *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, pp. 3-21 (5-6).

³⁶ La misma dicotomía formal-material existe con respecto al derecho penal europeo: aunque es posible argumentar que con la mejorada posición del Parlamento Europeo como legislador según el Tratado de Lisboa ya no hay un déficit de democraticidad del derecho (penal) europeo, la legitimidad normativa de dicho derecho supranacional sigue siendo controvertida (véase recientemente MYLONOPOULOS, C., "Strafrechtsdogmatik in Europa nach dem Vertrag von Lissabon – Zur materiellen Legitimation des Europäischen Strafrechts", *ZStW*, 123 (2011), pp. 633-650 (636-637).

³⁷ JAKOBS, G., *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 2008, p. 118 ("zers-tören die Taten keine Wirklichkeit der Normen" ["los hechos no destruyen la realidad de las normas"], "schlicht Gewaltunternehmungen eines mächtigen Individuums gegen ohnmächtige Opfer" ["simple uso de la violencia de un individuo poderoso contra una víctima impotente"]);

supone un orden normativo existente, esto es, un orden donde las normas son reconocidas por la sociedad en su conjunto y determinan los contenidos de la comunicación social³⁸. Si tal orden está ausente o, como en el nivel internacional, sólo existe en un estadio incipiente, los actos humanos violentos no son dirigidos contra normas reales, sino que sólo son la expresión de la fuerza bruta de un individuo o grupo de individuos poderosos contra víctimas impotentes. Éstas podrían levantarse contra el déspota, incluso asesinarlo, pero tales reacciones no tienen nada que ver con una pena en sentido ordinario, incluso si son impuestas por una corte penal internacional. Hablar de una pena cuando no entra en consideración la destrucción de un orden (normativo) existente, sino que tal orden está, en el mejor de los casos, aún en formación, significa ignorar la libertad de los individuos, sean los autores o las víctimas, que desde un comienzo no están sujetos a ningún orden. Esto confunde “pena en el Estado” con “pena en el estado de naturaleza”, “derecho penal” con “mera fuerza punitiva”, “pena por medio del derecho” con “pena por medio de la fuerza”³⁹.

La línea argumental de Jakobs es irrefutable si se está dispuesto a compartir su premisa fundamental, esto es, que la existencia del derecho y de todo orden jurídico supone la existencia de un Estado con el monopolio de poder respectivo. Esto, por supuesto, se corresponde con la vieja concepción hobbesiana según la cual el ‘derecho’ no puede existir sin el Estado como Leviatán que

hablar de derecho penal en este contexto “verkennt die Freiheit der nicht durch eine wirkliche Ordnung gebundenen Individuen” [“desconoce la libertad del individuo no sujeto a un ordenamiento real”]). Véase también JAKOBS, G., “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, en ESER, A., HASSEMER, W. y BURKHARDT, B. (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Beck, Múnich, 2000, pp. 47-56 (54-56) (55: “Es mag gute Gründe dafür geben, einen anderen in einen Rechtszustand zu zwingen, aber bevor das geschehen ist, fehlt eben der Rechtszustand. Strafrecht vor einem funktionierenden Gewaltmonopol ist ein bloßer Name, kein Begriff” [“Puede haber buenas razones para forzar a otro en un estado jurídico, pero antes de que esto suceda, falta precisamente el estado jurídico. El derecho penal antes de un monopolio de la violencia que funciona es meramente un nombre, ningún concepto”]). Véase también el temprano trabajo de JAKOBS, G., “Untaten des Staates – Unrecht im Staat”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* (“GA”), 141 (1994), pp. 1-19 (13) (“Ohne staatliche Gewalt gibt es kein staatliches Recht”; [“Sin violencia estatal no hay derecho estatal”]).

³⁸ JAKOBS, G., “Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung”, en NEUMANN, U. y SCHULZ, L. (eds.), *Verantwortung in Recht und Moral. ARSP-Beibef 74*, Franz Steiner, Stuttgart, 2000, pp. 57-72 (58-59); ID., *supra* nota 37 (“Das Selbstverständnis...”), p. 49.

³⁹ JAKOBS, G., *supra* nota 37 (“Das Selbstverständnis...”), p. 55: “Pena en el Estado” vs. “Pena en el estado de naturaleza”, “Derecho penal” vs. “mera violencia penal”, “pena jurídica” vs. “pena de poder” (énfasis en el original).

crea este derecho y se asegura de que sea cumplido y así reconocido como ‘derecho’⁴⁰. Kant ha adoptado el mismo punto de vista fundando la existencia del derecho en su posibilidad de ser ejecutado por un poder público que dispone de la fuerza necesaria⁴¹. En cierto modo, también Kelsen siguió estas posiciones en su *Reine Rechtslehre*⁴². Sin embargo, dado que en ese momento existía un orden internacional, aunque incipiente, representado principalmente por la Liga de las Naciones y las Naciones Unidas, aceptaba que las normas (internacionales) puedan estar respaldadas por sanciones y que éstas puedan ser impuestas por entidades diferentes a los Estados, por ejemplo, en el marco del sistema de seguridad colectiva de acuerdo al capítulo VII de la Carta de la ONU⁴³. Ciertamente,

⁴⁰ HOBBS, T., *Leviathan*, Blackwell, Oxford, [1651] reimpresso 1960, Parte II, pp. 112-113, 172-176.

⁴¹ KANT, I., *Handschriftlicher Nachlass/Reflexionen zur Rechtsphilosophie - Ius publicum universale in genere* (c. 1772-1775), en Preussische Akademie der Wissenschaften (ed.), *Gesammelte Schriften*. vol. XIX, de Gruyter, Berlín, 1ª ed., 1934, p. 482, disponible en <<http://www.korpora.org/Kant/aa19/482.html>> [15 de octubre de 2012] (“Demnach ist kein Recht ohne eine Unwiderstehliche Gewalt” [“Por consiguiente, no hay derecho sin poder irresistible”]); ID., *Metaphysik der Sitten* (1797), en Preussische Akademie, *op. cit.*, vol. VI, Reimer, Berlín, 1ª ed., 1907, p. 231, disponible en <<http://www.korpora.org/Kant/aa06/231.html>> [15 de octubre de 2012]. (“... mithin ist mit dem Rechte zugleich eine Befugniß, den, der ihm Abbruch thut, zu zwingen... verknüpft” [“... por consiguiente, al derecho está unido a la vez un poder de coaccionar a quien lo lesiona.”]).

⁴² KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Franz Deuticke, Viena, 1960) p. 10 (distinguiendo entre “Geltung” [validez] y “Wirksamkeit” [eficacia] y sosteniendo que un “mínimo” de lo último es un pre-requisito de lo primero: “ein Minimum an sogenannter Wirksamkeit ist eine Bedingung ihrer Geltung” [“un mínimo de la llamada eficacia es una condición de su validez”]) y p. 290 (Estado como comunidad social constituida por un orden normativo que, como “único” ordenamiento, sólo puede ser el “ordenamiento coercitivo relativamente centralizado” reconocido como orden jurídico estatal: “Wird der Staat als eine soziale Gemeinschaft begriffen, kann diese Gemeinschaft, wie schon früher dargelegt, nur durch eine normative Ordnung konstituiert sein. Da eine Gemeinschaft nur durch eine solche Ordnung konstituiert sein kann (ja, mit dieser Ordnung identisch ist), kann die den Staat konstituierende normative Ordnung nur die relativ zentralisierte Zwangsordnung sein, die wir als staatliche Rechtsordnung erkannt haben”. [“Si el Estado es concebido como una comunidad social, esa comunidad sólo puede ser constituida, como ya fue expuesto antes, por un orden normativo. Dado que una comunidad solamente puede ser constituida a través de tal orden (incluso, es idéntica a ese orden), el orden normativo que constituye el Estado sólo puede ser el orden coactivo relativamente centralizado que hemos reconocido como orden jurídico estatal”], énfasis en el original). Coincidente con el concepto de derecho de Kelsen ALEX, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Karl Alber, Friburgo/Múnich, 1992, pp. 139-141, 201-206 (sosteniendo que las normas que son obedecidas y aplicadas tienen un grado más alto de validez que aquéllas que no lo son).

⁴³ Cfr. KELSEN, H., “Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations”, *Iowa Law Review*, 31 (1945/46), p. 499 (543, 500-502) (por ejemplo, en la p. 500: “el derecho internacional es derecho en el sentido verdadero del término, puesto que sus reglas, que regulan el comportamiento mutuo de Estados, cuentan con sanciones encaminadas contra el Estado que ha cometido un delito internacional...”). Sobre el Estado “como una esencia diferente del orde-

es posible que positivistas sociológicos como Jakobs vayan más allá de un enfoque centrado en el Estado, pues ellos requieren el reconocimiento social de las normas⁴⁴; con todo, este reconocimiento debe siempre estar respaldado por, o al menos complementado con, mecanismos de ejecución similares a los estatales como expresión de la validez real o eficacia⁴⁵. En todo caso, estas concepciones (centradas en el Estado), por supuesto, suponen el rechazo del derecho internacional como ‘derecho’ (público)⁴⁶. Además, el DPI no puede existir –en realidad, no es derecho en absoluto–, porque no existe un orden internacional similar a un Estado que lo haga cumplir y, por lo tanto, no existe ante todo el orden que ha de ser defendido. De hecho, por estas razones George Schwarzenberger no reconoció al DPI *stricto sensu* como *lex lata*, sino que se refiere a él como “*lege ferenda*” y lo llama “contradicción en los términos”⁴⁷.

namiento jurídico” (“*als ein von der Rechtsordnung verschiedenes Wesen*”) véase también KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Mohr, Tübinga, 1922, p. 208 (énfasis en el original).

⁴⁴ JAKOBS, G. *supra* nota 38, p. 58 (sosteniendo que una norma solamente es efectiva si ella determina la comunicación social, esto es, si ella formula expectativas socialmente aceptadas: “Eine Norm *gilt*, wenn sie den Inhalt möglicher Kommunikation bestimmt, wenn also die an eine Person gerichtete Erwartung stabil ist.” [“Una norma *tiene vigencia* si ella determina el contenido de la comunicación posible, por lo tanto, si la expectativa dirigida a una persona es estable”]; énfasis en el original). Para un punto de vista similar véase HART, H.L.A., *infra* nota 51. Sin embargo, incluso KELSEN, H. (contrariamente a la crítica de Jakobs en *ibid.*), *supra* nota 42, p. 11 reconoce la importancia del reconocimiento social cuando sostiene que la “Wirksamkeit” [eficacia] no sólo se refiere a la aplicación e imposición efectiva de una norma, sino también a la obediencia por las personas sometidas a ella (“... daß die Sanktion in einem konkreten Fall angeordnet und vollstreckt wird, sondern auch..., daß diese Norm von den der Rechtsordnung unterworfenen Subjekten befolgt... wird.” [“... que la sanción sea ordenada y ejecutada en un caso concreto, sino también... que esa norma sea obedecida por los sujetos sometidos al orden jurídico”]).

⁴⁵ Véanse las citas *supra* nota 37.

⁴⁶ Cfr. KANT, I., *Zum ewigen Frieden* (1795), en Preussische Akademie, *supra* nota 41, vol. VIII, Reimer, Berlín, 1ª ed., 1912, p. 383, disponible en <<http://www.korpora.org/Kant/aa08/383.html>> [15 de octubre de 2012] (distinguiendo entre derecho público unido con coactividad y derecho privado, y sosteniendo con relación al derecho internacional: “Nur unter Voraussetzung irgend eines rechtlichen Zustandes (d. i. derjenigen äußeren Bedingung, unter der dem Menschen ein Recht wirklich zu Theil werden kann) kann von einem Völkerrecht die Rede sein...” [“Sólo si se presupone algún estado jurídico (esto es, aquella condición externa, bajo la cual un derecho puede serle efectivamente atribuido al hombre) es posible hablar de derecho internacional...”]). Para una minuciosa discusión y crítica del concepto kantiano de derecho internacional (también con referencias a Hobbes y a Kelsen), véase MERKEL, R., “‘Lauter leidige Tröster’? Kants Friedensschrift und die Idee eines Völkerstrafgerichtshofs”, en MERKEL, R. y WITTMANN, R. (eds.), “*Zum ewigen Frieden*”. *Grundlagen, Aktualität und Aussichten einer Idee vom Immanuel Kant*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1996, pp. 309-350 (312-327).

⁴⁷ SCHWARZENBERGER, G., *supra* nota 6, pp. 293, 295.

Sin embargo, a pesar de la secuencia lógica aparentemente irresistible del argumento de Jakobs, no es lo suficientemente convincente. Este argumento no capta toda la situación, dado que no hace justicia al carácter internacional del DPI. Además, adopta un perspectiva demasiado estrecha sobre la cuestión fundamental de la *validez de las normas (jurídicas internacionales)*. Para comenzar por lo último. La validez de las normas puede fundarse en su existencia efectiva, real, en una sociedad dada, pero también puede ser conectada al fundamento material (normativo/moral) de su pretensión de obligatoriedad. En este sentido, es posible distinguir entre validez social y material o, lo que para nuestros fines es lo mismo, entre validez (factual) y *legitimidad* (material) de las normas⁴⁸. De hecho, la cuestión de la legitimidad juega un papel bastante importante en todas las teorías relativas a la validez de las normas; las teorías del derecho como fuerza son excepciones a esta regla⁴⁹. En efecto, incluso para positivistas (moderados) como Kelsen⁵⁰, Hart⁵¹ o Alexy⁵², el derecho positivo (empíricamente existente) opera en definitiva con una reserva de legitimidad, esto es, requiere una pretensión de validez material (moral). La famosa fórmula de Radbruch, que parte en principio de

⁴⁸ Para un buen resumen del debate véase MAHLMANN, M., *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2010, p. 248. Sobre la triple diferenciación entre positivismo (derecho positivo), realismo (aplicación práctica) y moralismo (justicia, derecho natural) cfr. también NEUMANN, U., *FS Lüderssen*, 2002, p. 109-126 (112-114); siguiéndolo KIM, Y.-W., *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* ("ARSP"), 84 (1998), p. 505 (515).

⁴⁹ MAHLMANN, M., *supra* nota 48, pp. 249-251 con referencias detalladas. Para un concepto supra-positivo de validez con respecto a los derechos humanos véase también Reuss, V., *supra* nota 26, pp. 8-9.

⁵⁰ KELSEN, H., *supra* nota 42, pp. 7-8, 196-197, 200-209 sosteniendo, sobre la base de su teoría jurídica de la validez ("juristische Geltungstheorie"), que toda norma requiere de la validez objetiva de ser derivada de una "norma fundamental" ("Grundnorm") suprema, cuya propia legitimidad no es sin embargo clara, véase críticamente FUNKE, A., "Rechtstheorie", en KRÜPER, J. (ed.), *Grundlagen des Rechts*, Nomos, Baden-Baden, 2011, pp. 45-64 (52).

⁵¹ HART, H.L.A., *Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 211-212. Sin embargo, Hart, en línea con su enfoque positivista (para un excelente resumen véase Mahlmann, M., *supra* nota 48, pp. 148-150), advierte la ausencia en derecho internacional de una "regla de reconocimiento unificante que especifique las 'fuentes' de derecho y provea criterios generales para la identificación de sus reglas" (214); aunque él admite que el derecho internacional está "en fase de transición hacia la aceptación" de reglas generalmente reconocidas (236).

⁵² ALEXY, R., *supra* nota 42, pp. 70-117, 201-206 donde discute el "Unrechtsargument" [argumento de la injusticia], sigue el argumento de Radbruch de los límites del derecho injusto (*infra* nota 54) y limita su concepto de una "im großen und ganzen sozial wirksamen Verfassung" ["constitución en general socialmente eficaz"] con el criterio de la "extrema injusticia" ("extreme Ungerechtigkeit").

la validez del derecho positivo⁵³, pero pone un límite para el “derecho injusto” (‘unrichtiges Recht’) a través del recurso al principio de la justicia material (‘Gerechtigkeit’)⁵⁴, no es sino otra consecuencia de esta reserva de legitimidad. En derecho internacional, el poder de la legitimidad es reconocido al menos desde el estudio seminal sobre este tema de Thomas Franck⁵⁵. Así, aunque existe una tensión entre validez y legitimidad, la última está ganando “terreno para algo más importante” (“room for something grander”)⁵⁶. Las explicaciones pluralistas del derecho internacional van incluso más allá y reconocen –en contraste con el enfoque de arriba hacia abajo, centrado en el Estado, de las llamadas teorías realistas que se basan en el interés– diferentes fuentes de derecho internacional con “diversos grados de impacto” fuera del reino de la autoridad estatal⁵⁷. La fuerza “generadora de derecho”

⁵³ Sobre Radbruch como positivista véase ADOMEIT, K., *Rechts- und Staatsphilosophie II. Rechtsdenker der Neuzeit*, 2ª ed., Müller, Heidelberg, 2002, pp. 148, 161; críticamente MAHLMANN, M., *supra* nota 48, p. 153.

⁵⁴ En consecuencia, la “prioridad” del “derecho positivo, (...) precisamente cuando su contenido es injusto y no beneficia a la población”, deja de existir cuando “el conflicto entre ley positiva y justicia alcanza una medida tan intolerable que la ley, como ‘derecho injusto’, debe ceder ante la justicia” (RADBRUCH, G., “Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht” [“Injusto legal y derecho suprallegal”], *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1 (1946), pp. 105-108 (107); para una traducción al inglés véase *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (2006), pp. 1-11 (7). Sobre esta fórmula véase por ejemplo NEUMANN, U., *supra* nota 48, pp. 115 s. con referencias en nota 24.

⁵⁵ FRANCK, T., *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford University Press, Oxford, 1990, pp. 24-26 (sosteniendo en la p. 25 que las naciones obedecen reglas “[p]orque perciben que la regla y su penumbra institucional tienen un alto grado de legitimidad”). Véase también KOSKENNIEMI, M., “Legal Cosmopolitanism: Tom Franck’s Messianic World”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 35 (2003), pp. 471-486 (480) quien habla de “sentido común de valores”.

⁵⁶ KOSKENNIEMI, M., *supra* nota 55, p. 480.

⁵⁷ Véase por todos BERMAN, P.S., “A Pluralist Approach to International Law”, *Yale Journal of International Law*, 32 (2007), pp. 301-329 (302, 307, 311-322) (discutiendo la ‘nueva’ *New Haven school* de la Universidad de Yale y las diferentes áreas donde opera el pluralismo, en particular donde puede identificarse una disociación del Estado). Sobre la base del pluralismo jurídico GREENAWALT, A.K., *supra* nota 20, pp. 1064, 1122-1227 aboga por una teoría pluralista del DPI de cuatro niveles; sin embargo, su enfoque no capta la completa variedad de creación normativa (no estatal) en DPI y, en cuanto al paralelismo entre derecho penal internacional y derecho penal doméstico, sólo es un resultado del reconocimiento de principios generales tradicionales (derivados del derecho nacional) de acuerdo a la regla *default* del art. 21(3)(c) Estatuto CPI. En todo caso, con Greenawalt el debate sobre el pluralismo alcanzó el derecho penal internacional; para una visión general, véase recientemente VAN SLIEDREGT, E., “Pluralism in ICL”, 25 *LJIL* (2012), p. 847 (invocando, *inter alia*, p. 850 la metáfora de Pauwelyn de un universo de islas interconectadas).

de los procesos sociales no estatales⁵⁸ es particularmente dependiente de y, al mismo tiempo, promovida por la autoridad moral de las normas⁵⁹, esto es, su legitimidad.

Desde esta perspectiva más amplia, la concepción de Jakobs puede y de hecho ha sido correctamente criticada⁶⁰, porque equipara “validez” (en el sentido normativo-material de *Geltung*) y “orden” (*Ordnung*)⁶¹, ignorando, así, la fuerza potencial de las normas en lo que hace a su legitimidad normativa, material, independientemente de un orden coactivo como un Estado o similar. En efecto, tal concepto de validez/existencia de normas no sólo niega la posibilidad de derecho a nivel internacional, sino también muy frecuentemente a nivel doméstico, a saber con respecto a aquellos Estados que no poseen un monopolio del poder (estatal) completamente en funcionamiento y/o donde sus normas no gozan de completo reconocimiento social. Entonces, el derecho penal de estos Estados no conferiría incluso un valor normativo debido a la ausencia de poder coactivo.

En cuanto al carácter internacional del DPI, la cuestión más fundamental se refiere a si tiene algún sentido aplicar las teorías sobre la validez de las normas, desarrolladas teniendo en mente el Estado-Nación clásico, a un orden supranacional que sigue reglas de organización diferentes a las de un Estado-Nación. En todo caso, Jakobs y críticos similares suelen argumentar desde la perspectiva clásica de derecho nacional y centrada en el Estado, sin preocuparse de las complejas sutilezas de un emergente orden internacional (que, por supuesto, no existía en el momento de las críticas hobbesiana y kantiana a la posibilidad de un ‘derecho’ internacional) y de la consiguiente ju-

⁵⁸ BERMAN, P.S., *supra* nota 57, p. 322. Véase también KASTNER, P., “Towards internalized legal obligations to address justice and accountability? A novel perspective on the legal framework of peace negotiations”, *CLF*, 23 (marzo-septiembre, 2012), pp. 193-221 (218-9) sobre la fuerza “generadora de derecho” de las negociaciones orientadas al consenso dentro del marco de procesos de paz, que impican, en el mejor de los casos, fidelidad hacia las normas acordadas.

⁵⁹ BERMAN, P.S., *supra* nota 57, pp. 324-326.

⁶⁰ Críticamente en el contexto del DPI STAHN, C. y EIFFLER, S.-R., “Über das Verhältnis von Internationalem Menschenrechtsschutz und Völkerstrafrecht anhand des Statuts von Rom”, *Kritische Vierteljahresschrift*, 82 (1999), pp. 253-277 (254); crítico con respecto a Hobbes BIELEFELDT, H., *Philosophie der Menschenrechte*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1998, pp. 153 y ss. (156).

⁶¹ JAKOBS, G., *supra* nota 37 (“Das Selbstverständnis...”), p. 54. En sentido similar ID., “Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung”, en NEUMANN, U. y SCHULZ, L. (eds.), *Verantwortung in Recht und Moral*, Steiner, Stuttgart, 2000, pp. 57-72 (58-59) sobre la tesis de Kelsen de la “Grundnorm” [norma fundamental].

dicialización del derecho internacional⁶². Tampoco indagan sobre el rol y la competencia del Consejo de Seguridad en el sistema de seguridad colectiva de la ONU, en particular con respecto al establecimiento de tribunales penales internacionales y a la ejecutoriedad de sus decisiones y sentencias, ni se ocupan de la posibilidad de persecuciones descentralizadas por terceros Estados. De este modo, ellos ignoran, de una manera un poco negligente, que ya existe un orden (jurídico) supranacional⁶³ en funcionamiento, aunque incipiente, que es expresión de la institucionalización o incluso constitucionalización del derecho internacional⁶⁴, donde los intereses de la comunidad prevalecen sobre

⁶² Sobre la judicialización y sobre una “judicatura constitucional internacional” véase BROUDE, T., “The Constitutional Function of Contemporary International Tribunals, or Kelsen’s Visions Vindicated”, *Goettingen Journal of International Law (GoJIL)*, 4 (2012), 519, 528 ss. (examinando los ejemplos de la CJJ, la OMC y el TEDH; pp. 536 ss.).

⁶³ Véase, por ejemplo, HÖFFE, O., *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 2ª ed., Beck, Múnich, 2002, p. 279 (“globaler Ultraminimalstaat” [Estado global ultra-mínimo]); KOSKENNIEMI, M., *supra* nota 55, p. 485 (comunidad global emergente “irresistiblemente en marcha” [énfasis en el original]); HABERMAS, J., *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 2011, p. 34 (“orden mundial institucionalizado en fragmentos”). Véase también MERKEL, R., *supra* nota 46, p. 327 (reconociendo, luego de su crítica a los demasiado “rígidos” conceptos kantianos de “derecho” y “soberanía”, al derecho internacional como “unvollkommene... defizitäre, aber... doch Rechtsordnung”; emphasis in the original” [incompleto... deficitario, pero sin embargo [como] un orden jurídico”; énfasis en el original)).

⁶⁴ Hay, ciertamente, diferentes interpretaciones del concepto de constitucionalización. Probablemente, el precursor más importante del debate actual es VERDROSS, A., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Viena, 1926; para una versión moderna de esta posición bastante legalista véase FASSBENDER, B., *The UN Charter as the Constitution of the International Community*, Nijhoff, Leiden, 2009, analizando la posición de Verdross en pp. 28 ss. (véase, más recientemente, también KLEINLEIN, T., “Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism”, *GoJIL*, 4 (2012), 585 y O’DONOGHUE, A., “Alfred Verdross and the Contemporary Constitutionalization Debate”, *Oxford J Legal Studies*, 32 (2012), 799). Para un tratamiento profundo y amplio del tema KLEINLEIN, T., *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, Springer, Heidelberg, 2012, espec. 5-97 y el número especial de *GoJIL*, 4 (2012), 343-647 con una introducción excelente de BROUDE, T. y PAULUS, A.L., pp. 349 ss. Kleinlein, *op. cit.*, ofrece una minuciosa discusión de las condiciones para una “constitucionalización” (como concepto opuesto a “fragmentación”) del derecho internacional, distinguiendo entre un (autónomo) “orden de valores” (en el sentido del concepto de comunidad internacional aquí usado, *supra* nota 27) y la institucionalización dentro de organizaciones internacionales. Como precedentes teóricos de la idea de constitucionalización, identifica los escritos de Kelsen, Lauterpacht, Verdross y Scelle (*ibid.*, pp. 157-234, 694-695, 708) y ve su origen en las teorías del derecho natural (el escolasticismo tardío español y la filosofía racionalista alemana) y en la filosofía de la ilustración de Kant (*ibid.*, pp. 235-314, 695-696, 709). El hilo común de estas teorías es el desarrollo de un orden supranacional (*totus orbis, communitas humani generis, civitas dei, civitas maxima*) que puede remontarse a los derechos (humanos) individuales, esto es, que marca el cambio del derecho internacional de derecho neutral interestatal a derecho para los seres humanos (pp. 311, 314, 686).

los intereses unilaterales o bilaterales del Estado⁶⁵. De hecho, no es demasiado idealista sostener que los diferentes mecanismos de responsabilidad penal, existentes tanto a nivel nacional como internacional, han confluído en el sistema de justicia penal internacional ya mencionado⁶⁶, el cual puede ser considerado el producto de un cierto orden normativo de derecho penal o bien ser en sí mismo equivalente a tal orden⁶⁷.

B. *Protección de derechos humanos fundamentales por el DPI*

El argumento de que hay un orden normativo internacional, basado en ciertos valores dignos de ser protegidos por el DPI, puede remontarse a la idea kantiana de la *dignidad humana* como fuente de derechos humanos (civiles) fundamentales que, en última instancia, deben ser protegidos por un *derecho (penal) supra o transnacional*⁶⁸. Para Immanuel Kant, dignidad es opuesto a valor: todo lo que es reemplazable tiene un valor relativo, pero lo que no puede

Kleinlein concluye, sin embargo, que se debería hablar más bien de “constitucionalización en” en lugar de “constitucionalización de derecho internacional”. El debate de la constitucionalización ofrece sobre todo criterios para la legitimidad del derecho internacional (p. 685). A favor de una aplicación del pensamiento constitucional al orden jurídico internacional pluralista véase ULFSTEIN, G., “The relationship between Constitutionalism and Pluralism”, *GoJIL*, 4 (2012), 575; de modo similar, hablando de un “pluralismo constitucional”, VIELLECHNER, L., “Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalist and Pluralist Approaches to the Globalization of Law”, *GoJIL*, 4 (2012), 599, p. 620; a favor de una concepción funcional para ‘constitucionalizar’ el derecho internacional KOTZUR, M., “Overcoming Dichotomies: A Functional Approach to the Constitutional Paradigm in Public International Law”, *GoJIL*, 4 (2012), 558. Crítico del “constitucionalismo global”, VOLK, C., “Why Global Constitutionalism does not Live up to its Promises”, *GoJIL*, 4 (2012), 551 (alegando que se trata de un “modo des-politizado de gobernanza global” que ignora la “contingencia de los procesos políticos” y el “carácter político del derecho y la toma de decisiones internacionales”; por ello, él aboga por “una versión de constitucionalismo que dé lugar al disenso y la lucha política” [p. 567], “un republicanismo del disenso” [570]). Crítico sobre la constitucionalización con respeto a la Unión Europea, recientemente GRIMM, D., *Die Zukunft der Verfassung II - Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt/M, 2012, 239-40, 261.

⁶⁵ Véase, para un resumen, SIMMA, B., “Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner”, *EJIL*, 20 (2009), pp. 265-97 (267-8), aunque crítico de la necesidad de una “constitucionalización” p. 297.

⁶⁶ Véase *supra* nota 28.

⁶⁷ Es interesante notar que los tribunales franceses en el proceso Barbie invocaron la existencia de un orden de DPI (Cour de Cassation, 6 de octubre de 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 710, 711-2; disponible en <<http://legimobile.fr/fr/jp/jc/crim/1983/10/6/83-93194/>> [6 de febrero de 2012]).

⁶⁸ Nótese sin embargo que para Kant tal derecho (internacional) se fundaba en la existencia de un poder público capaz de aplicarlo, *supra* nota 40 y el texto principal.

ser reemplazado tiene un valor intrínseco o dignidad. En consecuencia, algo que es un mero medio para satisfacer deseos tiene valor; y lo que constituye la condición bajo la cual algo puede ser un fin en sí mismo tiene dignidad. Así, la dignidad es intrínseca, deontológica y no negociable (no reemplazable); es la base de la individualidad y del reconocimiento mutuo (relación interpersonal) de los miembros de una sociedad⁶⁹. Así entendida, la dignidad humana es un concepto humanista, autosuficiente, que reclama reconocimiento y respeto por y entre los seres humanos con base en su estatus como personas con características peculiares comunes (por ej., razón)⁷⁰. Ella confiere a cada persona

⁶⁹ KANT, I., *Metaphysik der Sitten* (1797), *supra* nota 41, p. 462, disponible en <<http://www.korpora.org/Kant/aa06/462.html>> [15 de octubre de 2012]: “Die Menschheit selbst ist eine Würde; denn der Mensch kann von keinem Menschen (weder von Anderen noch sogar von sich selbst) bloß als Mittel, sondern muß jederzeit zugleich als *Zweck* gebraucht werden, und darin besteht eben seine *Würde* (die *Persönlichkeit*), dadurch er sich über alle andere Weltwesen, die nicht Menschen sind und doch gebraucht werden können, mithin über alle Sachen erhebt. Gleichwie er also sich selbst für keinen Preis weggeben kann (welches der Pflicht der Selbstschätzung widerstreiten würde), so kann er auch nicht der eben so nothwendigen Selbstschätzung Anderer als Menschen entgegen handeln, d. i. er ist verbunden, die Würde der Menschheit an jedem anderen Menschen *praktisch anzuerkennen*, mithin ruht auf ihm eine Pflicht, die sich auf die jedem anderen Menschen nothwendig zu erzeugende *Achtung* bezieht.” [“La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por él mismo), sino siempre a la vez como *fin*, y en esto consiste precisamente su *dignidad* (la *personalidad*), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y si que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas. Así pues, del mismo modo que no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a *reconocer prácticamente* la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres; por consiguiente, reside en él un deber que se refiere al *respeto* que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre.”] (énfasis añadido); ID., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), en Preussische Akademie, *supra* nota 41, vol. IV, Reimer, Berlín, 1903, disponible en <<http://www.korpora.org/Kant/aa04/428.html>> [15 de octubre de 2012]. Sin embargo, su anterior teoría racial, en la que identificaba una tribu básica o nuclear (“*Stammgattung*”) de blancos con cabello marrón oscuro y ordenaba cuatro razas de manera jerárquica (la primera compuesta por los muy rubios del norte de Europa de clima húmedo y frío y la última por los amarillo aceitunados de la India de áreas cálidas y secas), no encaja bien en esta concepción (KANT, I., *Von den verschiedenen Rassen der Menschen* [1775], en Preussische Akademie, *supra* nota 41, vol. II, Reimer, Berlín, 1905], p. 427-443, disponible en <<http://www.korpora.org/Kant/aa02/443.html>> [15 de octubre de 2012]). Aparentemente, Kant superó este orden jerárquico de las razas en trabajos posteriores al reconocer a los derechos humanos como derechos de todas las personas (cfr. KLEINGELD, P., “Kant’s second thoughts on race”, *Philosophical Quarterly*, 57 [2007], pp. 573-592).

⁷⁰ Cfr. MAHLMANN, M., *supra* nota 48, pp. 309-11. Sobre las fuentes religiosas (teológicas) y filosóficas (kantianas) del concepto, véase DAN-COHEN, M., “A Concept of Dignity”, *Israel Law Review* (“*IsLR*”), 44 (2011), pp. 9-33 (10-7) (sosteniendo que hay varios conceptos de dignidad);

el estatus jurídico de ser humano, independientemente y antes de la existencia de una comunidad constituida como un Estado. Ella concibe al Estado como *racional* en lugar de nacional, un Estado cuya autoridad está basada exclusivamente en el imperio del derecho⁷¹.

La concepción de Kant de la dignidad humana está complementada con su visión de una “paz eterna”⁷². Para ser “eterna”, es decir, permanente y sostenible, la paz presupone el cumplimiento de al menos dos condiciones: ante todo, que los Estados tengan una constitución republicana que garantice la libertad e igualdad de sus ciudadanos como “derechos inalienables”⁷³; además, un derecho del ciudadano mundial (*Weltbürgerrecht*) que incluya el “derecho de hospitalidad” (*Recht der Hospitalität*)⁷⁴, esto es, que cada ciudadano deba no ser tratado como hostil por otro Estado⁷⁵. Como correctamente argumentó Klaus Günther⁷⁶, de esto se sigue un argumento en dos niveles: Primero, una paz justa y, por lo tanto, permanente se funda en el reconocimiento y respeto de los derechos de los ciudadanos, esto es, en lenguaje moderno, de los derechos humanos. Segundo, las violaciones a estos derechos han de ser estigmatizadas como injustos graves y castigadas. Además, lo que es importante en la idea Kantiana del *Weltbürgerrecht* es el reconocimiento de un conjunto (mínimo)

sobre la dignidad como un “valor fundacional” KLEINIG, J., “Humiliation, Degradation, and Moral Capacity: A Response to Hörnle and Kremnitzer”, *IsLR*, 44 (2011), pp. 169-83 (179-82). Sobre el impacto del concepto en el derecho penal material KREMNIETZER, M. y HÖRNLE, T., “Human Dignity and the Principle of Culpability”, *IsLR*, 44 (2011), pp. 115-141; ID., “Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law”, *IsLR*, 44 (2011), p. 143 ss.; sobre el impacto en el derecho procesal penal HASSEMER, W., “Human Dignity in the Criminal Process: The Example of Truth-Finding”, *IsLR*, 44 (2011), pp. 185-198; WEIGEND, T. y GHANAYIM, K., “Human Dignity in Criminal Procedure: A Comparative Overview of Israeli and German Law”, *IsLR*, 44 (2011), pp. 199-228.

⁷¹ Cfr. ZACZYK, R., “Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts – Zugleich zum Begriff ‘fragmentarisches Strafrecht’”, *ZStW*, 123 (2011), pp. 691-708 (694-5) refiriéndose, además de a Kant, también a Locke y Rousseau.

⁷² KANT, I., *Zum ewigen Frieden* (1795/96), *supra* nota 46, pp. 341-360, disponible en <<http://www.korpora.org/Kant/aa08/431.html>> [15 de octubre de 2012].

⁷³ *Ibid.*, p. 350.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 357.

⁷⁵ La limitación del derecho de hospitalidad puede ser explicada por el hecho histórico de que al momento en que Kant escribía la visita a un país extranjero era el único punto de contacto con un poder soberano extranjero (KLEINLEIN, T., *supra* nota 64, p. 302).

⁷⁶ GÜNTHER, K., “Falscher Friede durch repressives Völkerstrafrecht?”, en BEULKE, W. *et al.* (eds.), *Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2009, pp. 79-100 (83-85). En sentido similar MERKEL, R., *supra* nota 46, pp. 348-349 encuentra argumentos a favor de una corte penal internacional ya en el trabajo de Kant sobre la paz eterna.

de derechos de toda persona, que supera la mediatización clásica del individuo dentro del orden estatal y en un orden mundial entre Estados⁷⁷. En resumen, con esta concepción, Kant sienta las bases de todas las concepciones actuales sobre dignidad humana y paz mundial. En efecto, el concepto de dignidad humana encontró un lugar en instrumentos jurídicos, siendo así reconocida como un concepto jurídico, recién en el siglo XIX⁷⁸, y a nivel internacional en el siglo XX⁷⁹. Así, ella constituye la base y fuente moral de toda codificación subsiguiente de derechos humanos (civiles) y sirve como un interfaz entre el derecho positivo y la moral, preparando el terreno para una transición de la moral hacia derechos (subjetivos)⁸⁰.

Así, siguiendo a Kant, una serie de otros autores, en particular alemanes, han sostenido que el Estado y la *comunidad internacional está llamada a proteger la dignidad humana a través del derecho penal*⁸¹.

⁷⁷ KLEINLEIN, T, *supra* nota 64, pp. 301-303, 695-696, 709.

⁷⁸ Véase el “Decreto sobre la abolición de la esclavitud” de Francia del 27 de abril de 1848 (esclavitud como atentado contra la dignidad humana; citado por MCCRUDDEN, Ch., “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *EJIL*, 19 (2008), pp. 655-724 (664) y el § 139 de la Constitución de *Paulskirche* de 1848 (respeto de la dignidad humana incluso en caso de criminales; citado por HABERMAS, J., *supra* nota 63, p. 15).

⁷⁹ A nivel internacional, de manera prominente el art. 1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (que alude a “seres humanos... libres e iguales en dignidad y derechos”); cfr. MCCRUDDEN, Ch., *supra* nota 78, pp. 665-666.

⁸⁰ Cfr. HABERMAS, J., *supra* nota 63, pp. 15-38 (16: “moralische Quelle, aus der sich die Gehalte alle Grundrechte speisen” [fuente moral que nutre el contenido de todos los derechos fundamentales]; 21: “Scharnier, welches die Moral der gleichen Achtung für jeden mit dem positiven Recht... so zusammenfügt, dass... eine auf Menschenrechte gegründete politische Ordnung hervorgehen konnte.” [“charnela que une de tal manera la moral del igual respeto para con cada cual con el derecho positivo que... pudo hacer nacer un orden político fundado en los derechos humanos”]; 23: “Verbindung... über das begriffliche Scharnier der Menschenwürde...” [“Vinculación... por medio de la charnela conceptual de la dignidad humana...”]; 26: “überträgt den Gehalt einer Moral der gleichen Achtung für jeden auf die Statusordnung von Staatsbürgern, die... als *Subjekte gleicher einklagbarer Rechte* anerkannt werden.” [“traslada el contenido de una moral de igual respeto para con cada cual al orden de estatus de ciudadano estatal, que... es reconocido como *sujeto con mismos derechos exigibles*.”] énfasis en el original; 37: “Moral, deren Gehalte über die Idee der Menschenwürde längst in die Menschen- und Bürgerrechte... Eingang gefunden haben.” [“Moral, cuyo contenido ha ingresado desde hace mucho, a través de la idea de la dignidad humana, en los derechos humanos y civiles.”]); en sentido similar, recientemente, REUSS, V., *supra* nota 26, pp. 43, 66-67, 69.

⁸¹ Véanse –además de los siguientes autores– por ejemplo WOLTER, J., “Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem”, en SCHÜNEMANN, B. y DE FIGUEIREDO DIAS, J. (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra Symposium*, Heymanns, Colonia, 1995, pp. 3-34 (4 y ss., 13); DE FIGUEIREDO DIAS, J., “Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystems”, en *ibid.*, pp. 357-366 (358). Para

De acuerdo con Max Weber, la dignidad humana es el origen de todo sistema de derecho penal y una precondition para garantizar su funcionalidad y capacidad para luchar efectivamente contra el crimen⁸². Katrin Gierhake sostiene que en la doctrina jurídica de Kant de la autonomía del sujeto libre y razonable se encuentran los fundamentos del DPI⁸³. Considera que el castigo

el mismo resultado ROXIN, C., “Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft”, en ESER, A.; HASSEMER, W. y BURKHARDT, B. (eds.), *supra* nota 37, pp. 369-395 (389-390) (acentuando la necesidad de penar sin reservas los crímenes internacionales). Véase también STAHN, C. y EIFFLER, S.-R., *supra* nota 60, pp. 267 y ss. (268, 277) identificando un “consenso de valores de la comunidad internacional” y PAULUS, A. *supra* nota 27 (“Die Internationale Gemeinschaft...”), pp. 260-262 quien considera al DPI como una “expresión de consenso mínimo” de la comunidad internacional con respecto a los derechos humanos fundamentales. Para una combinación de la idea kantiana de la paz global con la punición de crímenes internacionales graves ZACZYK, R., *supra* nota 71, p. 705; de modo similar MELLOH, F., *Einheitliche Strafzumessung in den Rechtsquellen des ICC-Statuts*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 84-6. FLETCHER, G.P. y OHLIN, J.D., *Defending Humanity*, Oxford University Press, New York, 2008 aplican la teoría kantiana de la defensa propia en derecho penal –como defensa no sólo de los propios derechos sino (también) del orden jurídico en su conjunto (pp. 76, 79, 83-85)– al orden internacional, y propugnan sobre esta base un presunto derecho de todo Estado a intervenir contra una agresión (hasta que el Consejo de Seguridad actúe de acuerdo al Capítulo VII, pp. 44-45, 76-78, 84-85) y –más importante en nuestro contexto– una intervención humanitaria en defensa de grupos nacionales (pero no de los derechos humanos de los individuos, pp. 129, 133-134, 145-147). Para una reseña crítica muy meditada, véase BINDER, G., “States of War: Defensive Force Among Nations”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 7 (2009), pp. 439-461 (439) quien sostiene básicamente que la premisa de la analogía kantiana está equivocada, puesto que no existe un orden jurídico internacional en el sentido kantiano de un Estado republicano liberal (442-446, 461). Críticamente sobre un enfoque basado puramente en derechos humanos también KÖHLER, M., “Zum Begriff des Völkerstrafrechts”, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 11 (2003), pp. 435-467 (451-454) para quien el “crimen universal” (verdadero) consiste en la “negación de la capacidad jurídica constitucional y al mismo tiempo internacional (...) de una entidad colectiva (pueblo) o Estado”. Para Köhler, el DPI (el “crimen universal”) sólo puede ser justificado si afecta la “relación básica tal como definida por el derecho internacional público” (“Völkerrechtsverhältnis” [relación de derecho internacional]), esto es, si niega el estatus jurídico o la subjetividad de una entidad colectiva (grupo, pueblo, Estado), como, por ejemplo, por medio del crimen de genocidio y ciertos crímenes contra la humanidad (universales). Si el crimen respectivo no afecta esta “Völkerrechtsverhältnis” [relación de derecho internacional], por ejemplo, en el caso de conflictos armados no internacionales, el DPI encuentra su límite en la –en tanto exista– soberanía estatal inalienable de esta relación básica de derecho internacional (*ibid.*, pp. 454-463). En contra de Köhler, JESSE, B., *supra* nota 20, pp. 66-67.

⁸² WEBER, M., *Gesamtausgabe Max Weber – Abteilung I, Band 22, Teilband 3: Recht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2010, pp. 599 y ss. Conc. Soeffner, H.-G., “Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen”, en AMELUNG, K. (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro Universitate, Sinzheim, 2000, pp. 13-31 (27).

⁸³ De manera similar, centrándose en la autodeterminación del individuo autónomo como punto de partida de toda base legítima del derecho penal público MEYER, F., *supra* nota 34, pp. 653-6, 694-6, 930-2.

internacional compensa, en el nivel individual, la injusticia material ocasionada con un crimen internacional con respecto a la relación interpersonal de los ciudadanos; en un nivel general, universal, el castigo supranacional opera como una restitución de la paz y el derecho universal violados por igual por el crimen internacional⁸⁴. De este modo, el injusto internacional tiene que ser negado por medio del castigo (supranacional)⁸⁵. De manera similar, Reinhard Merkel⁸⁶ y Klaus Günther⁸⁷ exigen la estigmatización y castigo con vistas a la confirmación y reafirmación de normas de derechos humanos fundamentales. *Last but not least*, Frank Neubacher ve la legitimidad de los tribunales penales internacionales en la gravedad de los crímenes que han de ser perseguidos y así en la protección de intereses jurídicos universales⁸⁸.

Otros autores emplean una visión más *cosmopolita*, que también puede remontarse a la idea kantiana del *Weltbürgerrecht*⁸⁹, y, focalizándose en las personas en lugar de los Estados como sujetos del orden internacional⁹⁰, a su

⁸⁴ GIERHAKE, K., *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 2005, pp. 165-166, 297, 299 y *passim*.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 287.

⁸⁶ MERKEL, R., *supra* nota 46, pp. 348-349 (haciendo referencia a la paz eterna de Kant), 344-345 (reconociendo una jerarquía normativa entre las normas *-ius cogens-* del Estado universal y el poder jurídico de uno de sus miembros) y pp. 349-350 (confirmación de normas por el DPI).

⁸⁷ *Supra* nota 76.

⁸⁸ NEUBACHER, F., *supra* nota 19, pp. 415 y ss.

⁸⁹ Véanse, además de lo siguiente, también GARAPON, A., "Three Challenges for International Criminal Justice", *JICJ*, 2 (2004), pp. 716-726 (a favor de un enfoque cosmopolita basado en derechos humanos); REUSS, V., *supra* nota 26, pp. 18-20, 54-55 (revindicando un derecho de auto-defensa de los ciudadanos mundiales contra la violencia estatal y el *ius puniendi* de la sociedad –del ciudadano– del mundo civilizado). Sobre la "república cosmopolita" como fin ulterior de Kant (y no de un orden jurídico multinivel como antecedente de una Liga de Naciones con poderes supranacionales) véase recientemente HIRSCH, P.-A., "On the (Im)Possibility of a Constitutionalization of International Law from a Kantian Point of View", *GoJIL*, 4 (2012), 479, 483 ss. (500 ss.).

⁹⁰ Cfr. RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1999, pp. 23 y ss. y *passim*. En sentido similar BUCHANAN, A. promueve "una concepción del derecho internacional fundada en el ideal de protección de los derechos básicos de todas las personas" (*Justice, Legitimacy and, Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 290). Véase también KOSKENNIEMI, M., *supra* nota 55, p. 473 quien distingue los "cosmopolitas" de los "internacionalistas" en que los primeros "tenían poca fe en los Estados y mucha más esperanza en los contactos crecientes entre los pueblos". Por último, pero no por ello menos importante, una concepción (pluralista) del derecho internacional que se focaliza en procesos jurídicos micro en el nivel base comienza desde el pueblo (abajo) en lugar que desde el Estado (arriba), véase BERMAN, P.S., *supra* nota 57, p. 306 con referencia a la posición de Michael Reisman. Para dicho enfoque, de abajo hacia arriba, véase también el muy

concepto de *dignidad humana* como fuente moral de derechos subjetivos para todas las personas⁹¹, de derechos humanos universalmente reconocidos⁹² que, en última instancia, tienen que ser protegidos por un *derecho penal reconocido interculturalmente*⁹³ y *universal*⁹⁴. Es una forma de cosmopolitismo basada en principios de razón con pretensión de validez universal⁹⁵. En efecto, hay una mixtura única de una consideración concreta y una pretensión abstracta

reciente trabajo de REUSS, V., *supra* nota 26, pp. 68-69 (derechos humanos “horizontales” entre y desde los seres humanos), quien sostiene adicionalmente que los derechos unidos a la posición del individuo como sujeto del derecho internacional implican también deberes (71-78).

⁹¹ Véase *supra* nota 80.

⁹² WALDRON, J., “How to Argue for a Universal Claim”, *Columbia Human Rights Law Review*, 30 (1999), pp. 305-314 (313) (“algunos estándares de derechos humanos... defendidos en todo el mundo.”). Este punto de vista también es sostenido por algunos con experiencia práctica, véase, por ejemplo, ARBOUR, L., *The Rise and Fall of International Human Rights*, International Crisis Group lecture, 27 de abril de 2011 (“Así, vemos en África del norte, y cada vez más extendidamente en el mundo árabe, lo que a sus amos autoritarios siempre les ha sido difícil negar: la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos”; disponible en <<http://www.crisisgroup.org/en/publication-type/speeches/2011/the-rise-and-fall-of-international-human-rights.aspx>>, 2011 [15 de octubre de 2012]).

⁹³ Véase por ejemplo RÖSSNER, D., “Kriminalrecht als Kontrollinstitution”, en HÖFFE, O., *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? - Ein philosophischer Versuch*, Suhrkamp, Frankfurt del Meno, 1999, pp. 121-139 (137) (“Bei einer menschenrechtlichen Rechtfertigung und Inhaltsbestimmung des Kriminalrechts ist eine kulturübergreifende Strafbefugnis... zweifellos gegeben.” [“En una justificación y determinación del contenido del derecho criminal basada en derechos humanos existe sin dudas... un poder penal que trasciende las culturas”]); HASSEMER, W., “Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts”, en HÖFFE, O., *op. cit.*, pp. 157-180 (174-175, 179-180) (acuerdo en cuanto a la “Ächtung grundlegender Rechtsverletzungen” [“proscripción de violaciones fundamentales al derecho”], derecho criminal como una “menschenrechtsschützende Antwort” [“respuesta protectora de derechos humanos”]), pero con mayor cautela en pp. 172-173 (“Anfang einer Entwicklung... in welcher der ‘große Fremde’ sich uns anverwandelt und wir uns ihm...” [“comienzo de un desarrollo... en el cual el ‘gran extranjero’ se transforma en nosotros y nosotros en él...”]). Críticamente sobre la idea de un derecho penal intercultural PASTOR, D., *supra* nota 13, pp. 116 y ss.; también SCHEERER, S., “Die Kriminalstrafe als Kulturerbe der Menschheit?”, en ESER, A.; HASSEMER, W. y BURKHARDT, B., *supra* nota 37, pp. 345-355 (347) quien sostiene que la universalidad del derecho penal es sólo un “Mythos” [“mito”]. Sobre el marco teórico véase DEMKO, D., “‘Strafrechtskulturen’ im Kontext von Europäisierung und Internationalisierung des Strafrechts”, en ACKERMANN, J.-B. y BOMMER, F. (Hrsg.), *Liber Amicorum Martin Vonplon*, Schulthess, Zürich, 2009, p. 95 ss.; VOGEL, J., “Transkulturelles Strafrecht”, *GA*, 157 (2010), p. 1 ss.

⁹⁴ De esto se sigue como corolario el deber de perseguir y castigar mencionado con frecuencia en el derecho de los derechos humanos (véase por todos ORENTLICHER, D., “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *Yale Law Journal*, 100 [1991], pp. 2537-2615 [2537 y ss.]).

⁹⁵ KOSKENNIEMI, M., *supra* nota 55, pp. 475-477 quien distingue entre tres tipos de cosmopolitismo (profundo-estructural, racional/basado en principios y posmoderno/pluralismo jurídico).

que desecha todo desafío *general* de relativismo cultural⁹⁶, en parte como resultado de teorías posmodernas de pluralismo jurídico⁹⁷. La consideración *concreta* consiste en la referencia a violaciones concretas de derechos humanos fundamentales, traducidas en graves crímenes contra valores jurídicos fundamentales de la humanidad y codificados como crímenes internacionales nucleares en los arts. 5-8 del Estatuto de la CPI, que difícilmente puedan ser aprobadas por alguna cultura⁹⁸. La pretensión *abstracta* se refiere a la posición moral subyacente de alcance universal de estos derechos humanos fundamentales y de su castigo como crímenes internacionales nucleares⁹⁹. Como posición filosófica universalista, no puede ser restringida geográficamente o desafiada culturalmente, dado que no hay nada en el “modo en que son formados los juicios morales (...) que restrinja el alcance de su aplicación

⁹⁶ En similar sentido, rechazando el desafío relativista de un concepto universal de derechos humanos PERRY, M. J., “Are Human Rights Universal? The Relativist Challenge and Related Matters”, *Human Rights Quarterly*, 19 (1997), pp. 461-509 (471: “Los derechos humanos son todos similares en algunos aspectos, lo que da apoyo a generalizaciones acerca de qué es bueno y qué es malo no sólo para algunos seres humanos, sino para todo ser humano”) y BIELEFELDT, H., *supra* nota 60, pp. 10 y ss. (12-13), 17, 115 y ss. (145 y ss.) indentificando un “núcleo de consenso traslapado intercultural”); en sentido similar FISHER, K.J., *supra* nota 27, p. 61; MAHLMANN, M., *supra* nota 48, pp. 317-320.

⁹⁷ En cierto modo, esto es el reverso del enfoque de base, democrático y pluralista discutido arriba (*supra* nota 57 y el texto principal): El pluralismo jurídico es una teoría descriptiva, no normativa; no proporciona una jerarquía de las normas, sino que considera iguales, en principio, a todas las normas y fuentes reconocidas; véase BERMAN, P.S., *supra* nota 57, pp. 327-328. Por supuesto, debe haber al menos algún orden; en este sentido, para un “pluralismo ordenado” véanse DELMAS-MARTY, M., *Ordering Pluralism – A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Hart Publishing, Oxford, 2009 [traducción del francés] y la instructiva reseña de KUBICIEL, M., “Book Review: Mireille Delmas-Marty, *Ordering Pluralism – A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Hart Publishing, Oxford 2009”, *CLF*, 22 (septiembre, 2011), pp. 433-438. Por lo tanto, si se cree en la autoridad moral de las normas (*supra* nota 59 y el texto principal) hay un límite al relativismo, a saber cuando se trata de derechos humanos fundamentales y crímenes internacionales nucleares (cfr. DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, p. 104 sosteniendo que la “[c]riminalización parece ser impuesta por el universalismo de valores, que conduce a punir los “peores” crímenes internacionales”; concordantemente KUBICIEL, M., *op. cit.*, p. 438).

⁹⁸ También la doctrina islámica reconoce que hay “un grado suficiente de consenso cultural en cuanto a... la protección y promoción de derechos humanos...” (AN-NA’IM, A.A., “Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cultural, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment”, en Id., *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992, pp. 19-41 [27]).

⁹⁹ El hecho de que los Estados frecuentemente no castiguen tales crímenes se debe, generalmente, más a razones relacionadas con políticas del poder nacional que a un rechazo (abierto) del sistema de valores subyacente.

apropiada”¹⁰⁰. O, en otras palabras, la validez de una pretensión moral es independiente de sus raíces histórico-geográficas¹⁰¹. En efecto, nadie sostendría seriamente que la teoría de la relatividad de Einstein es aplicable sólo en Suiza, porque ella fue principalmente el fruto de sus años suizos.

El línea con este argumento, el filósofo de Tubinga Otfried Höffe ha propuesto una justificación filosófica de un orden penal internacional basado en derechos humanos y justicia como principios universales e interculturalmente reconocidos. Desde su punto de vista, la protección de derechos humanos es el deber más importante de la república mundial complementaria y está protección debe, en última instancia, ser asegurada por un derecho penal mundial¹⁰². La protección por medio del derecho penal es la otra cara de la prohibición de conductas violatorias de derechos humanos¹⁰³. La legitimidad de un derecho penal mundial puede ser garantizada limitando su aplicación a la protección de los derechos humanos más básicos –una suerte de “mínimo ético” (*Minimalmoral*)–¹⁰⁴. Tal derecho penal, fundado normativamente en derechos humanos y reconocido universalmente por todas las culturas –y adaptable a todas ellas–, es en sí mismo intercultural y, por lo tanto, puede ser aplicado a través de naciones y culturas a escala universal¹⁰⁵. De manera similar, Jürgen Habermas sostiene –sobre la base de la combinación de un concepto de dignidad humana que sirve como fuente moral de derechos (subjetivos) humanos (civiles)¹⁰⁶

¹⁰⁰ WALDRON, J., *supra* nota 92, p. 307 quien distingue sobre esta base entre desafíos relativistas respetables concretos (relevantes) y no respetables generales (irrelevantes) (307-309).

¹⁰¹ Cfr. MAHLMANN, M., *supra* nota 48, p. 318.

¹⁰² HÖFFE, O., *supra* nota 63, pp. 296 y ss.

¹⁰³ *Ibid.*, nota 93, pp. 78-79.

¹⁰⁴ *Ibid.*, nota 63, pp. 35 y 368-369 (“Die Rechtfertigung eines weltstaatlichen Strafrechts verbindet sich mit dessen Einschränkung auf den Schutz der Menschenrechte” [“La justificación de un derecho penal occidental se vincula con su limitación a la protección de los derechos humanos”]).

¹⁰⁵ HÖFFE, O., *supra* nota 93, pp. 107-108 (“Rechtskulturen, die so grundsätzlich anders sind, daß sie die menschenrechtlich begründbaren Delikte gar nicht kennen, sind schwer zu finden; eher dehnt man den Umfang der Strafbefugnis aus... Das, wofür wir uns nachdrücklich einsetzen, finden wir in anderen Kulturen auch; insbesondere über das, worüber wir uns empören, empören sich die Menschen anderswo ebenfalls” [“Son difíciles de encontrar culturas jurídicas que sean tan esencialmente diferentes que no conozcan para nada delitos que puedan fundamentarse en derechos humanos; más bien, el alcance del poder punitivo se extiende... Aquello por lo que nos empeñamos con ahínco, también lo encontramos en otras culturas; especialmente, aquello por lo que nos escandalizamos, se escandalizan de igual modo las personas en otras partes”]); HÖFFE, O., *supra* nota 63, p. 370.

¹⁰⁶ Véase *supra* nota 80 y el texto principal. Véase ya HABERMAS, J., *Die Zeit* del 29 de abril de 1999, pp. 1, 6-7 (7) (derechos humanos como derechos subjetivos “die im juristischen Sinne

exigibles y la teoría de la comunidad cosmopolita con ciudadanos mundiales y Estados como sujetos jurídicos cuyo propósito principal es proteger la seguridad mundial y los derechos humanos fundamentales como *minima moralia*¹⁰⁷— que el “establecimiento de una situación del ciudadano mundial” supone que las “lesiones a derechos humanos (...) deben ser perseguidas en el ordenamiento jurídico doméstico como actos criminales”¹⁰⁸.

Los teóricos angloamericanos llegan a resultados similares aunque más bien desde una perspectiva internacionalista. Algunos parten de un deber estatal de proteger derechos humanos básicos y, por lo tanto de castigar a quienes los lesionen. Si el Estado no cumple con ello, entonces no puede legítimamente objetar una intervención humanitaria (internacional) consistente en la persecución y el castigo supranacional. Desde la perspectiva de la soberanía, el Estado pierde la legitimidad para invocar la defensa de la soberanía (absoluta)¹⁰⁹. De hecho, esta línea de argumentación está basada en el entendimiento de la *comunidad internacional* como una comunidad unida por *valores comunes*¹¹⁰ y la existencia de un *orden constitucional internacional* fundado en los mismos valores (tesis de la constitucionalización)¹¹¹. Una comunidad internacional basada en valores no sólo defiende ‘valores estatales’, sino

implementiert werden müssen” [“que tienen que ser implementados en un sentido jurídico”]; sin embargo, sólo si los derechos humanos han encontrado su “lugar” en el orden jurídico global de manera similar a los derechos fundamentales de nuestras constituciones, “werden wir auch auf globaler Ebene davon ausgehen dürfen, daß sich die Adressaten dieser Rechte zugleich als deren Autoren verstehen können.” [“podremos partir a nivel global de que los destinatarios de estos derechos puedan concebirse a la vez como sus autores”].

¹⁰⁷ HABERMAS, J., *supra* nota 63, pp. 82-96 (86, 92-93). Por supuesto, Habermas reconoce que su teoría tiene un elemento utópico dado el incipiente estado del orden internacional vigente (véase ya *supra* nota 63) y la contingencia cultural de una transnacionalización de la soberanía de los pueblos” (*ibid.*, p. 89 reconociendo que la falta de una cultura común hace difícil una transnacionalización); véase también HABERMAS, J., *supra* nota 106, donde habla de una “Unterinstitutionalisierung des Weltbürgerrechts” [“sub-institucionalización del derecho del ciudadano mundial”].

¹⁰⁸ HABERMAS, J., *supra* nota 106 (“anhelado establecimiento de un estado del ciudadano mundial” significa que “infracciones contra los derechos humanos... sean perseguidas como acciones criminales dentro de un orden jurídico estatal”).

¹⁰⁹ En el mismo sentido PAULUS, A., *supra* nota 27 (“International Law...”), p. 49; VAN DER WILT, H., “War crimes and the requirement of a nexus with armed conflict”, *JICJ*, 10 (2012), pp. 1113-28 (1114 s., 1127). Por supuesto, el argumento de la soberanía presupone que se acepte el concepto subyacente de soberanía absoluta; para un concepto relativo, más flexible, y una discusión véase CRYER, R., *supra* nota 32, pp. 981-982.

¹¹⁰ Véase ya *supra* nota 27.

¹¹¹ Véase ya *supra* nota 64.

también ‘valores comunitarios’ de importancia para la humanidad en cuanto tal, por ej., paz universal y protección de derechos humanos fundamentales. En relación con esto último, existe un consenso ‘traslapado’ mínimo¹¹² en cuanto a la validez normativa universal de los derechos humanos fundamentales¹¹³. En consecuencia, la comunidad internacional tiene el derecho de ejercer la acción penal contra los autores de los crímenes internacionales más graves¹¹⁴. Ella se convierte en el titular del *ius puniendi* internacional, representando el orden y la sociedad mundiales que constituyen su base normativa. La existencia de un marco jurídico internacional en el sentido de un ‘orden constitucional’, que protege ciertos valores comunes, en particular, derechos humanos fundamentales, supone, como ya se ha mencionado, una limitación de la soberanía estatal clásica (en el sentido de un genuino *domaine réservé*) por cuanto los Estados ya no pueden alegar ese derecho si no protegen o violan activamente derechos humanos fundamentales¹¹⁵. En otras palabras, la legitimidad del ejercicio del poder estatal se funda en el respeto de derechos humanos fundamentales¹¹⁶. Así, en esencia, los valores comunes reconocidos por la comunidad internacional y por el orden constitucional internacional limitan la soberanía de los *Unrechtsstaaten* (Estados injustos). Dicho enfoque combinado, constitucional y basado en derechos, es propuesto, por ejemplo, por Altman y Wellman cuando invocan un concepto de soberanía funcional según el cual los “Estados que no protegen suficientemente los derechos

¹¹² En el sentido del concepto de John Rawls de un “consenso traslapado [o por superposición] de doctrinas comprensivas razonables”, esto es, entre diferentes concepciones políticas o morales en una sociedad pluralista liberal (RAWLS, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005, pp. 133-134).

¹¹³ PAULUS, A., *supra* nota 27 (“*Die Internationale Gemeinschaft...*”), pp. 254-260.

¹¹⁴ Véase TRIFFTERER, O., “Der ständige internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit”, en GÖSSEL, K.-H. y TRIFFTERER, O. (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, C.F. Müller, Heidelberg, 1999, pp. 495-560 (511 y ss.). Véase también PAULUS, A., *supra* nota 27 (“International Law...”), p. 53 quien sostiene que la persecución supranacional de crímenes internacionales “es un atajo para las relaciones directas e indirectas de autoridades estatales, organizaciones no gubernamentales, comercio y ciudadanos individuales más allá de las fronteras estatales, y para el esfuerzo por afrontar problemas comunes, desde la protección del medio ambiente a la prevención del genocidio y la hambruna, para lo cual los Estados solos no tienen voluntad, son incapaces o no se encuentran legitimados para actuar unilateralmente”.

¹¹⁵ KLEINLEIN, T., *supra* nota 64, pp. 689, 703, 705-706; igualmente, a favor de una revisión (judicial) completa de asuntos nacionales de derechos humanos BROUDE, T., *supra* nota 62, p. 526 (citando la interpretación restrictiva del art. 2 (7) de la Carta de la ONU de Kelsen).

¹¹⁶ KLEINLEIN, T., *supra* nota 64, capítulo 7 (en particular pp. 511-537, 613-614), pp. 699-700, 712-713.

básicos de su población no tienen una objeción legítima a la imposición del DPI sobre ellos”¹¹⁷. De manera similar, para Allan Buchanan la legitimidad del Estado depende de su capacidad y voluntad de proteger los derechos humanos de sus ciudadanos; sólo entonces el Estado imparte justicia y puede ser considerado como una institución que protege derechos. Si no lo hace, instituciones (internacionales) alternativas deben otorgar esta protección¹¹⁸. La misma idea está plasmada en el principio de seguridad de Larry May, según el cual la soberanía estatal puede ser restringida legítimamente si el Estado no protege la seguridad de sus ciudadanos cometiendo violaciones atroces de derechos, causando así un grave daño internacional¹¹⁹.

Otros autores angloamericanos se centran, más bien, en un enfoque fundado en sí mismo en los derechos humanos y la dignidad humana. Ellos ponen énfasis en la –ya mencionada– visión cosmopolita de la sociedad mundial compuesta por ciudadanos como sujetos por derecho propio y con su propio derecho del ciudadano mundial¹²⁰. Así, por ejemplo, Mark Osiel argumenta que la persecución penal de atrocidades masivas patrocinadas desde el Estado contribuye a la solidaridad social “encarnada en el modo cada vez más respetuoso en que los ciudadanos pueden llegar a conocer las diferentes visiones de sus conciudadanos”¹²¹. David Luban sostiene con respecto a los crímenes contra la humanidad que el ataque contra “el núcleo de humanidad que todos compartimos y que nos distingue de otros seres de la

¹¹⁷ ALTMAN, A. y WELLMAN, C.H., “A Defense of International Criminal Law”, *Ethics*, 115 (2004), pp. 35-67 (46-47, 51).

¹¹⁸ BUCHANAN, A., *supra* nota 90, pp. 87-88.

¹¹⁹ MAY, L., *Crimes against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 63-79 (especialmente 68-71), 80-95 (Los principios de seguridad y del daño internacional operan como una justificación de base doble de las persecuciones penales internacionales). Críticamente sobre el principio del daño, pero a favor del principio de la seguridad GREENAWALT, A.K., *supra* nota 20, pp. 1096-1097 (pero relacionando este principio con una falla doméstica en la aplicación del derecho que debe ser compensada por el DPI).

¹²⁰ Centrándose en el derecho nacional, un enfoque similar asume la teoría del “republicanismo jurídico” según la cual el derecho en general y el derecho penal en particular refuerzan y promueven la idea de una sociedad de ciudadanos con virtudes y valores ciudadanos (véase para un resumen de los diferentes enfoques DAGGER, R., “Republicanism and Crime”, en BESSON, S. y MARTÍ, J.L. (eds.), *Legal Republicanism. National and International Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 147 y ss., 157; para una discusión y una aplicación al DPI véase REUSS, V., *supra* nota 26, pp. 42-52).

¹²¹ OSIEL, M., *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1997, pp. 22-23, 293.

naturaleza”¹²², el ataque, “en tándem, contra la individualidad y sociabilidad de las víctimas”¹²³, convierte al autor en enemigo y blanco legítimo de toda la humanidad; un *hostis humani generis*¹²⁴. Adil Ahmad Haque, en su “teoría retributivista del DPI”¹²⁵, conecta el deber (del Estado) de proteger¹²⁶ con el carácter de grupo de los crímenes internacionales¹²⁷ y la dignidad humana de cada individuo merecedora de protección¹²⁸. Para él, el deber de castigar reside en “la estructura relacional de la justicia retributiva”, esto es, que “la violación por parte de los agresores del derecho de la víctima hace surgir un deber en cabeza del agente sancionador, que es debido a la víctima, de castigar al agresor”¹²⁹. De este modo, el deber estatal de castigar está “fundado en la relación entre los tres actores, es decir, el autor, la víctima y el Estado como intermediario”¹³⁰. El Estado debe cumplir de manera efectiva su deber de castigar; si no lo cumple, entonces la intervención internacional está justificada¹³¹. Mark Drumbl quiere

¹²² LUBAN, D., “A Theory of Crimes Against Humanity”, *Yale Journal of International Law*, 29 (2004), pp. 85-167 (86) (existe traducción castellana de E. MALARINO y M. VÁZQUEZ, *Una teoría de los crímenes contra la humanidad* (Temis, Bogotá, 2011), la citación corresponde a la p. 5 de la traducción).

¹²³ *Ibid.*, p. 120 (92 de la traducción castellana, véase nota anterior).

¹²⁴ Críticamente sobre la ambigua terminología DUFF, A., “Authority and Responsibility in International Criminal Law”, en BESSON, S. y TASIOLAS, J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 589-604 (602-604); AMBOS, K., “Crimes Against Humanity and the International Criminal Court”, en SADAT, L.N. (eds.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 279-304 (282).

¹²⁵ HAQUE, A.A., “Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law”, *Buffalo Criminal Law Review*, 9 (2005), pp. 273-328.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 305 (“... carga con el mismo deber de igual justicia hacia sus ciudadanos, y este deber exige la persecución y punición de actores no estatales”), p. 328 (“... respuesta a una falta de protección”, “fundamento del deber de castigar... en un anterior abandono del deber” de proteger).

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 302-304 (crímenes contra la humanidad como crímenes “cometidos por grupos políticamente organizados” e “infligidos a víctimas sobre la base de su pertenencia a un grupo...”; aunque considerando el elemento del grupo más bien como un factor agravante p. 308), pp. 326-327 (“la comisión de crímenes contra el grupo y la victimización del grupo desafían la legitimidad del Estado y de ese modo explican y justifican la intervención internacional”).

¹²⁸ *Ibid.*, p. 320 (“... reafirma la primacía de la humanidad compartida sobre la diferencia de grupo y desmantela los regímenes fundados en la premisa del valor moral desigual”), p. 322 (“concepción de los seres humanos como miembros de una única comunidad moral en virtud de su estatus compartido como personas...”; discutiendo la jurisdicción universal).

¹²⁹ *Ibid.*, p. 278; en cuanto al deber debido a la víctima véase también p. 288.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 283.

¹³¹ *Ibid.*, pp. 297, 304 (“Una vez que la autoridad moral del Estado está tan fuertemente comprometida, la tarea de imponer justicia retributiva recae en la comunidad internacional”), p. 306 (“peligro de indiferencia estatal o cooptación por grupos organizados y la necesidad resultante de una base jurídica para la intervención internacional”). Sin embargo, Haque es crítico de la

reemplazar el derecho penal puro por un concepto más amplio (aunque muy abstracto) de justicia: una “visión pluralista cosmopolita” que promueve “un modelo preventivo basado en la obligación”, operado de abajo hacia arriba a través de diversas modalidades que contemplan una mixtura de sanciones calibradas según cada atrocidad específica”¹³². Kirsten Fisher, basándose en particular en May y Luban, propone un doble umbral basado en la “gravedad” y el carácter “asociativo” de los crímenes, elementos que han de ser alcanzados para justificar la aplicación del DPI¹³³. El primero requiere que los derechos humanos más básicos que protegen la seguridad física de los seres humanos, que son una precondition para el goce de otros derechos, sean puestos en peligro por la conducta respectiva, esto es, este elemento se refiere a la gravedad del daño causado con vistas a la seguridad física¹³⁴. El umbral asociativo representa el elemento de grupo u organizacional de los crímenes internacionales en un doble sentido, a saber, la organización o el grupo político como agresor (‘organización política pervertida’) y/o como el objeto de la agresión en donde las víctimas pertenecen a la organización¹³⁵.

En definitiva, un enfoque basado en los derechos humanos esenciales de ciudadanos mundiales nos hace ver que un orden jurídico universal, esto es, el *orden de una sociedad mundial de ciudadanos mundiales*, es posible por la *fuerza del valor intrínseco de sus normas* (reflejado por la actuación de agentes diferentes en distintos niveles)¹³⁶ “sin un legislador centralizado y una judicatura” (Luhmann)¹³⁷ y “sin el monopolio de poder de un Estado mundial y sin

comunidad internacional en cuanto agente de esta intervención desde que la “reivindicación” de que es “nuestra unidad política y moral fundamental sigue siendo una aspiración más que un hecho social.” (pp. 296-297).

¹³² DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 207, para más detalles y adaptaciones concretas véanse pp. 181 y ss., 206 y ss.

¹³³ FISHER, K.J., *supra* nota 27, pp. 17-26, 30-31, 186.

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 17-22, 26, 30-31. Para una visión crítica del elemento de la gravedad GREENAWALT, A.K., *supra* nota 20, pp. 1089-1095 (sosteniendo que es insuficiente para explicar el DPI, dado que no explica todos sus aspectos, especialmente no explica por qué ciertos crímenes están codificados como crímenes internacionales); sin embargo, esto atribuye demasiada importancia a este elemento que, como luego reconoce Greenawalt (pp. 1122-1123), es sólo una consideración importante para distinguir el DPI del derecho penal doméstico.

¹³⁵ FISHER, K.J., *supra* nota 27, pp. 22-25, 26, 30-31.

¹³⁶ En este sentido, Burchard, Ch, *supra* nota 29, pp. 77, 79, 81 en relación con la *global governance* y el DPI.

¹³⁷ LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1993 (reimpreso en 1997), p. 574 (“Weltgesellschaft auch ohne zentrale Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit eine Re-

un gobierno mundial” (Habermas)¹³⁸. De este modo, dicho enfoque conecta derechos humanos/dignidad humana con la idea de un orden normativo internacional. El sistema de justicia penal internacional, si bien no llega a constituir por sí mismo un verdadero orden jurídico, se asienta en este orden basado en valores; su *ius puniendi* es derivado de personas autónomas unidas en una sociedad mundial: *ubi societas ibi ius puniendi*¹³⁹. Representa así un juicio de valor que expresa la necesidad jurídica y moral de castigar la conducta macro criminal¹⁴⁰. Su derecho, el DPI, puede ser considerado un progreso de civilización¹⁴¹ y, en este sentido, un proyecto ético¹⁴². Los crímenes internacionales que han de ser prevenidos y/o penados a través de este derecho afectan los valores fundamentales de nuestro orden internacional y de la sociedad mundial y pueden incluso llegar a constituir crímenes *ius cogens*, esto es, crímenes de carácter perentorio, inderogable y principal¹⁴³. En consecuencia, un Estado en

chtsordnung hat”, “Indikatoren eines weltgesellschaftlichen Rechtssystems.” [“sociedad mundial tiene un orden jurídico aun sin jurisdicción y legislación centralizadas”; “indicadores de un sistema jurídico de la sociedad mundial”]). Por cierto, la concepción de Luhmann tiene como premisa, de acuerdo a su teoría de los sistemas, la comunicación social (universal) dentro de un único sistema social (universal), cuyos subsistemas son mantenidos unidos por ciertos valores básicos, en particular, los derechos humanos fundamentales: al respecto, véase MATTHEIS, C., “The System Theory of Niklas Luhmann and the Constitutionalization of the World Society”, *GoJIL*, 4 (2012), 625 (637 s., 643, 644 s.).

¹³⁸ HABERMAS, J., *supra* nota 106 (regulación normativa “aun sin alcanzar un monopolio de la violencia de un estado mundial”).

¹³⁹ MEYER, F., *supra* nota 34, pp. 695, 931.

¹⁴⁰ Cfr. BASSIOUNI, Ch., *supra* nota 13, pp. 31 y ss.; DAVID, E., “Les valeurs, politiques et objectifs du droit pénal international à l’heure de la mondialisation”, *Nouvelles Études Pénales (“AIDP”)*, 19 (2004), pp. 157-169.

¹⁴¹ AMBOS, K., “International Criminal Law at the Crossroads”, en STAHN, C. y VAN DEN HERIK, L., *Future Perspectives on International Criminal Justice*, Asser Press, La Haya, 2010, pp. 161-177 (165 y ss.).

¹⁴² Al respecto, coincido con DUBBER, M., *supra* nota 30, p. 923; sin embargo, él va demasiado lejos cuando sostiene que el DPI no es derecho y resulta más una “empresa ética-administrativa” que una jurídica. Dubber presenta su crítica en una retórica grandilocuente y pretenciosa, pero apenas apoyada con argumentos de sustancia y mucho menos con investigaciones referidas al derecho concreto. De hecho, Dubber no se interesa por las realidades y aspectos técnicos del actual DPI, esto es, no habla de quienes, en función práctica o académica, aplican y dan forma al DPI.

¹⁴³ Véase la definición en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, es controvertido cuán lejos puede ir razonablemente la pretensión del *ius cogens*, es decir, si se extiende más allá de los crímenes internacionales nucleares codificados en el art. 5 del Estatuto de la CPI o incluso si abarca todos esos crímenes, incluidos, por ejemplo, *todos* los crímenes de guerra del art. 8. Existe una clara jurisprudencia al respecto solamente en relación con el *genocidio* (Corte Internacional de Justicia (“CIJ”), *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide [Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro]*,

cuyo territorio se han cometido tales crímenes no puede esconderse detrás de la cortina de un concepto de soberanía grociano, poswestfaliano¹⁴⁴, sino que debe asegurarse de que los responsables sean sometidos a responsabilidad; de otro modo, la comunidad internacional o terceros Estados (jurisdicción universal) tendrán que ocuparse de ellos.

IV. CONCLUSIÓN

Un *ius puniendi* supranacional puede ser inferido de una *combinación* de los estadios incipientes de *supranacionalidad* de un orden mundial basado en valores y el concepto de una sociedad mundial compuesta por ciudadanos mundiales, cuyo derecho –el ‘derecho del ciudadano mundial’ (*Weltbürgerrecht*)– es deri-

ICJ Reports [2007] 43, § 161; CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo [New Application: 2002] [Democratic Republic of the Congo v. Rwanda]*, *Jurisdiction and Admissibility*, ICJ Reports [2006] 6, § 64; CIJ, *Reservations to the Convention on Genocide*, ICJ Reports [1951] 15, at 23; TPIY, sentencia de la Sala de Juicio, *Prosecutor v. Radoslav Brdanin* [IT-99-36-T], 1 de septiembre de 2004, § 680; TPIY, sentencia de la Sala de Juicio, *Prosecutor v. Goran Jelisic* [IT-95-10-T], 14 de diciembre de 1999, § 60; TPIY, sentencia de la Sala de Juicio, *Prosecutor v. Radislav Krstic* [IT-98-33-T], 2 de agosto de 2001, § 541; TPIY, sentencia de la Sala de Juicio, *Prosecutor v. Milomir Stakic* [IT-97-24-T], 31 de julio de 2003, § 500) y la *tortura* (más recientemente *Othman [Abu Qatada] v. UK* [2012], 8139/09, § 266; véanse también TPIY, sentencia de la Sala de Juicio, *Prosecutor v. Anto Furundzija* [IT-95-17/1-T], 10 de diciembre de 1998, §§ 153-157; TPIY, sentencia de la Sala de Juicio, *Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.* [IT-96-21-T], 16 de noviembre de 1998, § 454). El TPIY, sentencia de la Sala de Juicio, *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.* (IT-95-16-T), 14 de enero de 2000, § 520 ha adoptado un enfoque más amplio (“Además, la mayoría de las normas del derecho internacional humanitario, en particular aquellas que prohíben crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio son normas perentorias de derecho internacional o *jus cogens*...”); en el mismo sentido, Bassiouni, Ch., *supra* nota 13, p. 178. Además, el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad estatal (disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>, 2001 [15 de octubre de 2012]), p. 112 enumera los crímenes de *agresión, esclavitud, comercio de esclavos, discriminación racial y apartheid* como crímenes de *ius cogens*. Algunos autores adoptan el mismo punto de vista con respecto a la *violación* (véase MITCHELL, D., “The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a Norm of *Jus Cogens*: Clarifying the Doctrine”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 15 [2004-2005], pp. 219-257 [219]; SUNGI, S., “*Obligatio Erga Omnes* of Rape as a *Ius Cogens* Norm: Examining the Jurisprudence of the ICTY, ICTR and the ICC”, *European Journal of Law Reform*, 7 [2007], pp. 113-144 [127 y 140 y ss.]

¹⁴⁴ Para una explicación crítica inspiradora del sistema westfaliano (que supuestamente sentó las bases de la comunidad de estados soberanos y de este modo del orden jurídico internacional actual donde la autoridad política está concedida primariamente a los estados) STRANGE, S., “The Westfailure System”, *Review of International Studies*, 25 (1999), pp. 345-354 (345) señalando los fracasos con respecto a la crisis ambiental y financiera mundial.

vado de derechos humanos universales, indivisibles e interculturalmente reconocidos, fundados en un concepto kantiano de dignidad humana. De hecho, esta combinación del individuo y lo colectivo está implícita en el preámbulo del Estatuto de la CPI referido al comienzo de este trabajo: por un lado, se refiere al nivel colectivo –‘comunidad internacional’, ‘paz, seguridad y bienestar del mundo’– y, por el otro, al nivel individual –crímenes, autores, víctimas–. En cuanto al *nivel colectivo*, en este trabajo se ha argumentado que los crímenes internacionales nucleares afectan la comunidad internacional en su conjunto y, por lo tanto, esta comunidad basada en valores tiene un derecho a emprender una acción penal contra los autores de estos crímenes¹⁴⁵. Así, ella es el titular del *ius puniendi* internacional. De manera similar, de acuerdo con la tesis de la constitucionalización, la justificación de la autoridad bajo el derecho internacional, esto es, la legitimidad del ejercicio del poder, se asienta en el respeto de derechos humanos fundamentales¹⁴⁶. En cuanto al *nivel individual*, el punto de partida es una concepción del derecho (penal) internacional centrado en las personas y que se toma en serio sus derechos¹⁴⁷. Tomarse en serio los derechos humanos, y a los ciudadanos como sujetos de esos derechos, cambia el foco del colectivo (Estados soberanos) hacia el individuo (ciudadanos como sujetos de derechos) y permite derivar el *ius puniendi* de las violaciones de derechos reconocidos universal, transnacional e interculturalmente de *individuos*.

¹⁴⁵ Sobre esta concepción basada en valores de la comunidad internacional véanse *supra* notas 110, 112-114 y el texto principal.

¹⁴⁶ Véanse *supra* notas 111, 115 y 116 y el texto principal.

¹⁴⁷ Véase *supra* nota 90.