

ALEJANDRO CHEHTMAN

**FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA  
DE LA JUSTICIA PENAL  
EXTRATERRITORIAL**

Prefacio a la edición  
en castellano de Nicola Lacey

Traducción de  
Luciana Morón

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2013

# ÍNDICE

	Pág.
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	13
<b>PREFACIO A LA EDICIÓN EN CASTELLANO</b> .....	17
<b>NOTA A LA EDICIÓN EN CASTELLANO</b> .....	19

## INTRODUCCIÓN

1. LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO EXTRATERRITORIAL.....	21
2. UN BREVE PANORAMA GENERAL .....	28

## CAPÍTULO I DERECHOS, INDIVIDUOS Y ESTADOS

1. UN ENFOQUE BASADO EN EL LENGUAJE DE LOS DERECHOS.	31
2. UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS MORALES.....	34
2.1. El análisis conceptual de los derechos.....	34
2.2. El debate entre la teoría del interés y la teoría de la voluntad: la identificación del titular del derecho.....	37
2.3. La asignación de derechos normativos: la identificación del interés relevante.....	40
2.4. ¿Quién puede tener derechos? Los intereses de los individuos y el Estado .....	45
3. LOS DESAFÍOS NORMATIVOS PARA UNA EXPLICACIÓN DEL CASTIGO EXTRATERRITORIAL.....	45

## CAPÍTULO II UNA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO A CASTIGAR

1. EL DERECHO A CASTIGAR.....	59
-------------------------------	----

	Pág.
2. UNA JUSTIFICACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO A CASTIGAR.....	63
2.1. La justificación del poder del Estado de castigar.....	63
2.1.1. El interés en la retribución.....	66
2.1.2. El interés en tener un sistema de normas penales en vigor.	67
2.1.3. El interés en la reducción de las conductas criminales.....	76
2.1.4. Tres objeciones.....	80
2.2. La justificación de la libertad de castigar a un individuo .....	84
3. CONCLUSIÓN.....	88

**CAPÍTULO III  
LA JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL  
SOBRE LOS DELITOS INTERNOS**

1. EL MARCO JURÍDICO EXISTENTE .....	91
2. EL ALCANCE TERRITORIAL DE LA JURISDICCIÓN PENAL.....	93
3. EL PRINCIPIO DE NACIONALIDAD.....	96
4. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD PASIVA.....	106
5. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN.....	111
6. DOS OBJECIONES.....	116
7. CONCLUSIÓN.....	129

**CAPÍTULO IV  
UNA TEORÍA JURISDICCIONAL DE LOS CRÍMENES  
INTERNACIONALES**

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA .....	131
2. EXPLICACIONES BASADAS EN LA PIRATERÍA Y LA HISTORIA DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES.....	135
3. LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMO «CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD».....	139
4. UNA TEORÍA «JURISDICCIONAL» DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES.....	148
5. LOS CRÍMENES DE GUERRA COMO CRÍMENES INTERNACIONALES.....	153
6. ¿ES NECESARIA UNA TEORÍA DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES?.....	160

**CAPÍTULO V**  
**LA COMPETENCIA EXTRATERRITORIAL**  
**SOBRE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES**

1.	LA COMPETENCIA PENAL UNIVERSAL .....	167
2.	EL ARGUMENTO A FAVOR DE QUE LOS ESTADOS TENGAN COMPETENCIA PENAL UNIVERSAL.....	169
2.1.	La competencia universal de los Estados sobre los crímenes internacionales .....	171
2.2.	Otros argumentos a favor de la competencia universal.....	177
3.	LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL...	186
4.	OBJECIONES A LA COMPETENCIA UNIVERSAL.....	194
4.1.	La competencia universal criminaliza la toma de decisiones políticas .....	194
4.2.	La competencia universal corre el riesgo de convertirse en una herramienta para ser usada contra adversarios políticos .....	195
4.3.	La competencia universal no es más que un gusto caro de las elites occidentales .....	197

**CAPÍTULO VI**  
**LA AUTORIDAD Y EL CASTIGO EXTRATERRITORIAL**

1.	EL ARGUMENTO SOBRE LA AUTORIDAD Y LA COMPETENCIA PENAL.....	201
2.	LA CONCEPCIÓN DE LA AUTORIDAD COMO SERVICIO .....	203
3.	LA CONCEPCIÓN DEL SERVICIO Y LA AUTORIDAD DE LOS TRIBUNALES PENALES.....	208
4.	LA AUTORIDAD COMO «LEGITIMACIÓN MORAL».....	218
5.	LOS JUICIOS ESPECTÁCULOS, EL PROBLEMA DE LAS «MANOS LIMPIAS» Y EL DE LA JUSTICIA DEL VENCEDOR.....	222
6.	JUICIOS <i>IN ABSENTIA</i> Y JUICIOS DE ACUSADOS SECUESTRADOS EN EL EXTRANJERO .....	231
7.	CONCLUSIÓN.....	242
	LISTADO DE CASOS .....	243
	BIBLIOGRAFÍA .....	245
	ÍNDICE ANALÍTICO .....	259

## AGRADECIMIENTOS

Este libro es el resultado de mi investigación doctoral que fuera defendida en la London School of Economics, en marzo de 2009. La versión en inglés fue publicada por Oxford University Press en diciembre de 2010 bajo el título *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*. Versiones anteriores de los capítulos III, IV y VI aparecieron previamente en Alejandro Chehtman, «The Extraterritorial Scope of the Right to Punish», *Law and Philosophy*, 29 (2010): 127-157; y Alejandro Chehtman, «Citizenship v. Territory: Explaining the Scope of the Criminal Law», *New Criminal Law Review*, 13, núm. 1 (2010): 427-448. Agradezco a esas publicaciones y a mis editores de OUP por el permiso para traducir y reproducir este trabajo en castellano, algo que para mí fue siempre de gran importancia. Mi especial agradecimiento va, en esta oportunidad, a Íñigo Ortiz de Urbina, Ramón Ragués y Luis Greco por la oportunidad y el apoyo que me han brindado, así como a todo el personal de Marcial Pons por la excelente tarea que han realizado con el diseño, corrección y producción de este libro. Luciana Morón ha hecho una tarea enorme con la traducción al castellano.

Durante este período recibí diversas becas y ayudas sin las cuales no habría podido llevar a cabo este trabajo. Recibí varias becas de investigación del Departamento de Derecho de la LSE durante toda mi estancia doctoral, así como también la beca Harold G. Fox Education Fund (2006-2007 y 2007-2008), y la beca Karten (2007-2008). Este libro fue concluido durante mi estancia en el Centre for International Courts and Tribunals del University College London. Agradezco a Ruth Mackenzie y a Philippe Sands por su apoyo incondicional.

He presentado distintos capítulos o secciones de este libro ante diferentes audiencias, de cuyas reacciones y argumentos he aprendido mucho. Estoy especialmente agradecido a los participantes del Seminario de Derecho Penal y Teoría Social en la LSE; el Foro de Teoría Jurídica y Teoría Política (LSE); el Seminario de Doctorado en Teoría Política del Departamento de Gobierno (LSE); la Conferencia Brave New World en la Universidad de Manchester; la Conferencia de la Asociación de Filosofía Jurídica y Social en la Universidad de Keele; la Conferencia de Derecho y Filosofía en la Universidad de Stirling; el Coloquio Anual en Derecho internacional en SOAS,

Londres; la Conferencia anual de la Sociedad de Filosofía Aplicada en Manchester; la conferencia de la IVR en la Universidad de Edimburgo; la Conferencia sobre Crímenes de Guerra en el Institute of Advanced Legal Studies (IALS); el Simposio sobre Ciudadanía y Criminalización (LSE); el seminario de investigación de la Universidad Torcuato di Tella, y el Seminario de Derecho Penal de la Cátedra de Daniel Pastor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En particular, quiero expresar mi gratitud a Antonio Bascuñán, Markus Dubber, Antony Duff, Katrin Flikschuh, Matthew Kramer, Bernd Krehoff, Andrew Lang, Alan Norrie, Tom Poole, Peter Ramsay, Eduardo Rivera López, Paul Roberts y Hillel Steiner por sus observaciones y sugerencias. También me he beneficiado de una discusión detallada sobre el argumento del capítulo 3 con Christopher Greenwood, así como sobre diversos aspectos del argumento general con Fabricio Guariglia, Máximo Langer, Daniel Pastor y, especialmente, Marcelo Sancinetti, para con quien tengo una deuda intelectual que va mucho más allá de este trabajo. Stella Maris Martínez, Martín Irurzun, Eduardo Álvarez Tuñón, Fernanda López Puleio y Ana Messuti apoyaron plenamente mi vocación por la investigación y a ellos les estoy también especialmente agradecido.

Varios colegas y amigos han leído borradores de los distintos capítulos (en algunos casos más de una vez) y me han brindado observaciones y comentarios realmente invaluable. Agradezco especialmente a Chris Bennett, Alasdair Cochrane, Alfonso Donoso, Marcelo Ferrante, Charles Garraway, Manuel Iturrealde, Gabriela Jugo, Nico Krisch, Larry May, Udoka Nwosu y John Upton por el trabajo que se tomaron para obligarme a mejorar distintos aspectos de la argumentación que aquí presento. Niki Lacey y Robert Cryer fueron jurados en mi defensa doctoral, e hicieron de esa ocasión una experiencia intelectualmente desafiante y fructífera, pero por sobre todas las cosas disfrutable de comienzo a fin. Sus agudas observaciones en la discusión oral así como sus informes escritos, tan meticulosos como alentadores, fueron vitales para empezar a preparar el manuscrito para su publicación. Niki ha escrito un maravilloso prefacio especial para esta edición.

Mi principal deuda intelectual, sin embargo, es con mis supervisores. He tenido la inmensa fortuna de trabajar junto a Cecile Fabre, Gerry Simpson y Mike Redmayne en un ambiente vibrante y estimulante. Este libro existe gracias a su generosidad, agudeza y rigor intelectual. Los tres leyeron repetidamente cada capítulo devolviéndome comentarios detallados —muchas veces demoledores, pero siempre perspicaces— que han mejorado la argumentación en todas las formas y aspectos posibles. Trabajar con ellos ha sido profundamente inspirador desde el punto de vista intelectual, pero también, y quizá principalmente, tremendamente divertido.

Por último, quisiera agradecer a mis padres por haber alimentado mi curiosidad intelectual y apoyado mi desarrollo siempre. Tengo indicios claros de que incluso han leído, silenciosa y pacientemente, varios de los capítulos

que siguen en inglés. Vero ha sido mi compañera de viaje. Con ella he vivido los momentos más felices de estos últimos, intensos, ya más de diez años. Por fortuna, no ha sido especialmente paciente. Me ha obligado muchas veces a dejar de lado el trabajo para poder disfrutar de todo lo que rodea nuestra maravillosa vida juntos. Nico nació durante el último año del doctorado e iluminó con su alegría las interminables revisiones del manuscrito. Juanita llegó para ayudarme a revisar su traducción y volver a maravillarme con el misterio del aprendizaje. Nobleza obliga, a ninguno de mis hijos se podrá achacar las debilidades o inconsistencias lógicas que todavía se encuentren en el argumento. Han sido años de poco descanso pero repletos de energía creativa.

Buenos Aires, julio de 2013

## PREFACIO A LA EDICIÓN EN CASTELLANO

Este atrapante libro analiza una pregunta de gran actualidad y trascendencia: ¿Cuáles deberían ser los principios sobre los que se basa, y las circunstancias en las que tiene lugar, la jurisdicción penal de los Estados sobre delitos cometidos fuera de su territorio?

Chehtman elabora un marco teórico conceptual que parte de tres recursos filosóficos principales: la teoría del interés acerca de los derechos tomada del trabajo de Bentham y MacCormick; la teoría de los derechos de Hohfeld, según la cual los derechos están compuestos de un conjunto de concepciones complementarias —los derechos propiamente dichos correlativos a los deberes, las libertades correlativas a los no-derechos, las inmunidades correlativas a las incapacidades y los poderes correlativos a las sujeciones—; y la concepción de la autoridad como servicio de Raz. Estos conceptos son combinados con una teoría distintiva acerca de la justificación del castigo para lograr así una concepción original de la competencia extraterritorial que difiere en gran medida de los principios de «personalidad pasiva», «nacionalidad» y «de protección» dominantes en la literatura dominante. El libro brinda una explicación acerca de la competencia extraterritorial estrictamente limitada de los Estados en relación con la mayoría de los delitos; un argumento a favor de la competencia universal en relación con los crímenes internacionales; y un análisis interesante y sugestivo de ciertas cuestiones difíciles, como los «juicios espectáculo» o *show trials*, los argumentos acerca de la «justicia del vencedor» y las «manos limpias», la «entrega extrajudicial» y los juicios *in absentia*.

El argumento a favor de la competencia extraterritorial, sugiere Chehtman, debe partir de una justificación general del castigo. Según él, la postura más convincente al respecto sostiene que el castigo se justifica por un interés colectivo en la dignidad y la seguridad que es promovido cuando el Derecho penal está realmente en vigor: el castigo es una necesidad institucional sobre la que se apoya la realidad del Derecho penal. Para brindar una teoría de la competencia extraterritorial, sin embargo, esta explicación debe precisarse recurriendo a otras distinciones conceptuales: el derecho de un Estado a castigar debe ser distinguido de su libertad de castigar en casos particulares; y el fundamento de ese poder, a su vez, está separado de la pregunta acerca de la autoridad legítima.



*Prefacio a la edición en castellano*

Con su argumentación exhaustiva y meticulosa, este libro debería ser leído por todo aquel que esté interesado en el Derecho penal internacional y en el desarrollo y el alcance del Derecho penal en un mundo cada vez más en movimiento, en la justificación del castigo, o en los límites adecuados del poder de los Estados nacionales.

Nicola LACEY

## NOTA A LA EDICIÓN EN CASTELLANO

El proceso de ver cómo una obra que uno ha pensado y producido en otra lengua es traducida a la propia es fuente de todo tipo de incertidumbres. Es imprescindible lograr apropiarse de nuevo de las palabras, y las ideas, en su nueva formulación. He logrado resistir la tentación de reescribir todo este libro gracias al esfuerzo y la generosidad de mis editores, pero principalmente gracias a la tarea cuidadosa y siempre fina de la traductora. A pesar de ello este libro presenta algunas variaciones menores respecto de su original en inglés. Contiene un valioso prefacio de Nicola Lacey. Se han corregido en esta edición uno o dos errores acerca del sentido de una afirmación, que aparecía de manera incorrecta en la versión en inglés. En el capítulo III he revisado una afirmación en la discusión relativa al Derecho penal transnacional, y he agregado dos notas (la 29 y 86) que hacen que la numeración no coincida con la del original. He agregado una referencia en la nota 61 del capítulo IV. En el capítulo V una nota al pie ha sido incorporada al texto principal (la 7). Es posible que inadvertidamente haya hecho alguna otra modificación marginal en el contenido. La responsabilidad final por cada uno de estos agregados, omisiones o errores es exclusivamente mía. En mi opinión, si es que de algo vale, la versión en castellano de este trabajo difícilmente podría ser mejor que la que aquí se ofrece.

Hay dos decisiones terminológicas que probablemente resulten problemáticas para una parte de los lectores. He decidido que la noción de «*jurisdiction*» se tradujese como jurisdicción o como competencia, según el contexto. Esta posición es consistente, por ejemplo, con el texto del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, que habla tanto de la jurisdicción de los Estados nacionales como de la competencia de la propia Corte. Esencialmente, y en lo que respecta al presente libro, ambas nociones se utilizan de manera intercambiable con la del derecho a castigar. He añadido unos párrafos a la introducción en los que he procurado dar cuenta de esta terminología de una manera concisa y lo más clara posible. A la luz de esta decisión también he tenido que modificar ligeramente la redacción de la discusión sobre jurisdicción universal al comienzo del capítulo V, procurando no alterar el punto sustantivo central. En segundo lugar, he decidido emplear la denominación «Derecho penal internacional» para «*international criminal*

*law*», en lugar de «Derecho internacional penal» como defiende actualmente una parte importante de la doctrina. No es éste el contexto apropiado para detallar las razones por las que he preferido esta formulación, sin perjuicio de que creo comprender las razones que han llevado a muchos a preferir la alternativa. El libro de hecho distingue el Derecho penal internacional (o internacional penal) propiamente dicho, de la aplicación extraterritorial del Derecho penal interno de los Estados, y estas dos ideas de la de Derecho penal transnacional.

# INTRODUCCIÓN

## 1. LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO EXTRATERRITORIAL

¿Por qué debería un tribunal español tener competencia sobre un abogado estadounidense acusado de facilitar la tortura en Guantánamo? ¿De dónde surge el poder de un juez de Londres para firmar una orden de arresto contra un exdictador chileno? ¿Es legítimo o normativamente defendible que un tribunal israelí juzgue a un exnazi cuyos crímenes ocurrieron fuera de Israel y, de hecho, con anterioridad al establecimiento de Israel? Este libro brinda una evaluación filosófica de las cuestiones normativas y conceptuales subyacentes al castigo extraterritorial tal como está regulado por el Derecho internacional.

La extraterritorialidad está profundamente arraigada en la práctica jurídica moderna del castigo. Los Estados suelen reclamar para sí el derecho a castigar determinados delitos establecidos en su Derecho interno aun cuando hayan sido cometidos fuera de sus fronteras territoriales. Muchos de ellos, por ejemplo, reclaman el derecho a castigar determinados delitos cometidos en el extranjero por o contra sus nacionales, o determinados delitos como la falsificación de su moneda, el espionaje o la traición. Asimismo, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, pero especialmente desde el fin de la Guerra Fría, ha habido importantes desarrollos en la práctica del castigo extraterritorial por crímenes contra el Derecho internacional. Un número creciente de individuos han sido enjuiciados en distintas partes del mundo por crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio, etc., ante tribunales nacionales, internacionales o «híbridos» que frecuentemente se encontraban fuera de los límites territoriales o de la estructura institucional del Estado en cuyo territorio los delitos habían sido perpetrados. Ejemplos paradigmáticos de esta tendencia, y de las notables dificultades que genera, son el proceso contra Omar Al-Bashir, actual presidente del Sudán, ante la Corte Penal Internacional en La Haya y el procedimiento de extradición contra el exdictador chileno Augusto Pinochet en el Reino Unido. Finalmente, la cuestión del castigo extraterritorial también es relevante a la luz de la aparición de nuevas formas de delito globalizado. Los Estados Unidos actualmente tienen cientos de personas detenidas en Guantánamo y otras prisiones en el extranjero. Una proposición crucial detrás de esta situación es que los Estados Unidos

tienen el derecho a castigar a estos individuos aun cuando la abrumadora mayoría de los actos por los que serían enjuiciados han sido cometidos fuera del territorio de los Estados Unidos. Muchas de las tesis normativas formuladas en este contexto han sido aplicadas, *mutatis mutandis*, a otros fenómenos como la delincuencia transnacional organizada, que incluye el narcotráfico, la delincuencia cibernética, la trata de personas, etcétera.

El régimen jurídico que regula esta práctica aparece explicado en todo manual de Derecho internacional público<sup>1</sup>. Este libro brinda un análisis de otro tipo acerca de las normas que regulan el Derecho de los Estados a castigar a individuos por crímenes cometidos fuera de sus fronteras nacionales. Desarrolla un argumento filosófico que nos permite evaluar críticamente este marco jurídico e identificar cuáles de sus preceptos básicos pueden ser consistentemente defendidos a la luz de consideraciones normativas. No es, entonces, un análisis de los principios vigentes en el Derecho positivo, ni una explicación normativa abstracta que intenta desarrollar un conjunto de principios totalmente novedosos para regular la práctica del castigo extraterritorial. Este libro se inscribe, así, en los debates contemporáneos acerca de la filosofía del Derecho internacional, la justificación del castigo, y los fundamentos y límites de la justicia global.

Antes de adentrarnos en esta empresa es imprescindible despejar una cuestión terminológica central. Mientras que en español nos referimos al ejercicio del derecho del Estado y sus tribunales a castigar como jurisdicción y como competencia, según el contexto, en inglés se utiliza el término *jurisdiction* para ambas nociones. Esto presenta una primera dificultad conceptual y terminológica para esta edición. A ello debemos añadir que el uso de estas dos nociones en la práctica jurídica en nuestro idioma, lejos de ser consistente, es en sí mismo objeto de debate en la doctrina contemporánea. Ahora bien, la doctrina angloamericana también ha distinguido tradicionalmente dentro del concepto de *jurisdiction* entre lo que podríamos llamar el ámbito de la ley penal (*ambit*) de la cuestión relativa a la sede (*venue*)<sup>2</sup>. Así, las cuestiones relativas al ámbito de la ley penal «hacen referencia a la cuestión de si la norma penal correspondiente se aplica a la conducta que presuntamente constituiría el delito o crimen en cuestión»<sup>3</sup>. La cuestión de

---

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), Parte VI. Hay además otros textos que evalúan la cuestión de la aplicación extraterritorial de la ley penal tanto desde una perspectiva internacional como interna, por ejemplo Michael HIRST, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003) y Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

<sup>2</sup> Véase, G. WILLIAMS, «Venue and the Ambit of Criminal Law», *Law Quarterly Review*, 81 (1965), 176, 395 y 518; HIRST, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*; y más recientemente Lindsay FARMER, «Territorial Jurisdiction and Criminalization», *University of Toronto Law Journal* (2013), 249.

<sup>3</sup> Farmer, *ibid.*, 250-251.

la sede, en cambio, está vinculada más directamente con lo que llamamos la competencia de un tribunal determinado. Así, por ejemplo, podemos decir que conforme a este tipo de regulación el Alto Tribunal de la Judicatura (*High Court of Judiciary*) escocés tiene competencia exclusiva sobre los crímenes de homicidio o violación. En consonancia con esta distinción, este libro utiliza la expresión jurisdicción para hacer referencia al ámbito de la ley penal, y la expresión competencia para hacer referencia específicamente a la noción de sede. Ambas nociones deben considerarse complementarias para caracterizar el derecho de un agente en particular a enjuiciar y castigar a un individuo determinado. Pero lo que es más importante, ambas se utilizarán de manera intercambiable con la noción de derecho a castigar, que es la que en definitiva llevará el peso de la argumentación<sup>4</sup>.

La cuestión del castigo extraterritorial ciertamente tiene una importante dimensión normativa. Los enjuiciamientos extraterritoriales por crímenes de guerra usualmente están acompañados de un gran entusiasmo moral. Muchos han celebrado la detención de Augusto Pinochet en Londres, el enjuiciamiento de Charles Taylor por el Tribunal Especial para Sierra Leona o el establecimiento de una Corte Penal Internacional como triunfos de la justicia. Los defensores de estos avances están fuertemente comprometidos con aumentar el alcance de este «proyecto de rendición de cuentas». Sin embargo, este proyecto también ha sido objeto de controversias. Además del temor de procesamientos abusivos y juicios injustos, hay otras objeciones normativas más fundamentales. Se objeta que esos juicios son una forma de justicia del vencedor, de imperialismo moral o cultural, y de «juicios espectáculo» (*show trials*). Es interesante que mucho de lo que está en juego en estas controversias tiene que ver con la legitimidad de los enjuiciamientos penales desde un punto de vista estrictamente normativo, y no meramente como una cuestión de Derecho positivo internacional o aun nacional.

La empresa de identificar los fundamentos filosóficos de una institución en particular a veces puede llevar a confusiones o ser mal interpretada. Mi objetivo en este libro no es presentar un conjunto de posturas que pretenden ser válidas eterna y universalmente, sino brindar un argumento específico dirigido a abordar determinadas cuestiones que surgen de nuestras circunstancias contemporáneas. Tampoco ofrezco una explicación acabada sobre qué cuenta como un fundamento normativo; un estudio como ése está obviamente fuera del alcance de mis posibilidades aquí. En palabras de David Rodin, el objetivo del libro es esencialmente «transformar nuestras respuestas morales prerreflexivas en un conjunto [más] sistemático»<sup>5</sup>. Esto es, el objetivo es someter nuestros conocimientos técnicos e intuiciones normativas acerca de la práctica del castigo extraterritorial a un escrutinio cuidadoso y

<sup>4</sup> Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, 11.

<sup>5</sup> David RODIN, *War & Self-Defense* (Oxford: Oxford University Press, 2003), 8.

crítico a la luz de consideraciones normativas más básicas o fundamentales, para así poder desarrollar un conjunto de posiciones más consistente y coherente. Esta evaluación se basará en consideraciones normativas, análisis filosófico y los principios del Derecho internacional y penal de hecho vigentes. En este libro, entonces, emplearé frecuentemente tanto casos imaginarios como casos reales para ilustrar o evaluar las distintas proposiciones conceptuales o normativas.

A pesar de su enfoque eminentemente teórico, esta explicación está basada en las circunstancias fácticas existentes, y en normas y prácticas jurídicas ampliamente aceptadas. Esto es, toma como punto de partida el hecho de que el mundo está dividido en Estados definidos territorialmente, cada uno con su propia organización política y una población más o menos permanente. También tiene en cuenta la existencia de tribunales penales internacionales y otras instituciones supranacionales, y procura evaluar su marco jurídico real. Es importante situar los argumentos filosóficos o normativos en su contexto empírico. Si bien las tesis normativas y las condiciones fácticas pertenecen a diferentes niveles discursivos, debe señalarse que no están completamente desvinculadas entre sí. Las condiciones fácticas suelen ser una limitación exógena que vincula cualquier argumento normativo con un determinado estado de cosas. Quizás más importante es el hecho de que determinadas condiciones empíricas despiertan también interrogantes normativos. La pregunta por el castigo extraterritorial tendría muy poca relevancia bajo otro tipo de arreglos institucionales, como un Estado global o los modos de organización política de la antigüedad<sup>6</sup>. Al mismo tiempo, no obstante, el enfoque que aquí se defiende exige tomar cierta distancia de estas condiciones fácticas y observar los principios normativos sobre la base de los cuales éstas pueden justificarse.

En consecuencia, para llevar a cabo este estudio emplearemos el método del «equilibrio reflexivo» o el «modelo de la coherencia» entre las consideraciones normativas fundamentales y el marco jurídico relevante<sup>7</sup>. Esto es, partiremos de un conjunto de principios normativos que pueden considerarse confiables. Estos principios no son simples intuiciones morales ni meras opiniones personales, sino proposiciones normativas que serán fundadas con algún cuidado. Sobre la base de estos principios, evaluaremos las normas básicas que regulan el castigo extraterritorial en el Derecho penal

---

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, Shalom KASSAN, «Extraterritorial Jurisdiction in the Ancient World», *AJIL*, 29/2 (1935), 237-247.

<sup>7</sup> Véase John RAWLS, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1999) y Norman DANIELS, «Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance in Ethics», *The Journal of Philosophy* 75/5 (1979). Para aplicaciones de este método en la teoría del Derecho penal véase Joel FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law / Vol. 1, Harm to Others* (New York; Oxford: Oxford University Press, 1984); esta metodología también es similar a la de Antony DUFF *et al.*, *The Trial on Trial. Vol. 3, Towards a Normative Theory of the Criminal Trial* (Oxford: Hart, 2007).

internacional e interno. Es probable que algunos principios tengan una fuerza normativa tal que nos fueren a revisar determinadas prácticas jurídicas ampliamente aceptadas, pero también es probable que consideremos que algunas normas jurídicas son lo suficientemente fundamentales para obligarnos a revisar algunos de nuestros principios normativos. El método de la coherencia requiere ir y volver entre los principios básicos y el conjunto de normas y prácticas establecidas hasta que encontremos un ajuste perfecto entre los principios confiables básicos y las normas jurídicas moralmente justificadas, es decir, un punto de «equilibrio reflexivo». Este método presupone que los lectores estarán «dispuestos a modificar o abandonar algunas de sus creencias si se les puede mostrar que, al hacerlo, fortalecerán el apoyo a otras que son más fundamentales y aumentará la coherencia interna en general»<sup>8</sup>.

Este libro sugiere que una aproximación filosófica al castigo extraterritorial esclarece, y a la vez pone en duda, algunas posiciones ampliamente aceptadas acerca del modo en el que el alcance del derecho a castigar está actualmente regulado en el Derecho internacional público. Vincular el marco jurídico existente que regula los alcances del derecho a castigar con la justificación normativa del castigo nos obliga a cuestionar nuestro conocimiento «recibido» acerca de la correcta regulación de este Derecho fundamental de los Estados. La explicación propuesta también enfrenta las principales justificaciones filosóficas contemporáneas acerca del castigo jurídico con el problema de la extraterritorialidad, un problema importante que no ha recibido la atención que merece. Sugeriré, por ejemplo, que tanto las principales explicaciones retributivistas como las basadas en la disuasión tienen serias dificultades para dar cuenta, de manera plausible, del problema de la extraterritorialidad y que en última instancia terminan oscureciendo, en vez de iluminar, la lógica de las normas que regulan esta área del Derecho. Estas cuestiones tienen una importancia creciente en el contexto de la globalización y la consolidación inicial de un sistema de Derecho penal internacional.

Este libro defiende cinco proposiciones interrelacionadas.

1. Para que un determinado órgano A tenga el derecho a castigar a un cierto individuo (I) alguien debe tener un interés lo suficientemente importante para justificar que se reconozca a A (en particular) ese derecho y A debe ser capaz de reclamar la autoridad para hacerlo.

2. Para explicar el alcance *extraterritorial* de este derecho debemos prestar atención al interés que explica que se reconozca a *ese* órgano en particular el derecho a castigar a I.

3. El derecho de un Estado a castigar se justifica principalmente por referencia al interés colectivo que tienen los individuos en ese Estado en que

---

<sup>8</sup> FEINBERG, *Harm to Others*, 18.



haya un sistema de normas jurídico-penales en vigor que prohíban el homicidio, la violación, el robo, etcétera.

4. El alcance del derecho a castigar de los Estados es primordialmente territorial, pero puede ser legítimamente ejercido extraterritorialmente sobre delitos regulados en el Derecho interno cuando éstos son perpetrados contra la soberanía, la seguridad o contra funciones gubernamentales importantes del Estado.

5. Hay ciertos crímenes, llamados crímenes internacionales, que justifican reconocer a los Estados en general el derecho a castigar a I independientemente de dónde se haya cometido el presunto crimen y de cuál sea la nacionalidad tanto del perpetrador como de la víctima.

Estas proposiciones son en general consistentes con el marco jurídico existente. Permiten distinguir los delitos internos de los crímenes internacionales, y explicar las normas o principios relativos al alcance extraterritorial del derecho de los Estados y de otros órganos internacionales a castigar a los responsables. En esa medida, la explicación normativa que defiende este libro permite dar cuenta de este marco institucional de un modo sencillo y consistente.

Al mismo tiempo, sin embargo, este libro también pone en entredicho algunas concepciones y normas ampliamente aceptadas acerca del alcance del derecho a castigar, tanto a nivel jurídico como normativo. En este sentido, defiende cuatro proposiciones más polémicas. Primero, sostiene que las justificaciones normativas dominantes acerca del castigo generalmente tienen muchas dificultades para abordar de manera convincente la cuestión de la extraterritorialidad. Esto se debe a que o bien conducen a restricciones problemáticas a la aplicación territorial del Derecho penal interno de un Estado (como la incapacidad de un Estado de castigar delitos cometidos en su territorio por extranjeros), o bien no permiten distinguir entre delitos internos y crímenes internacionales al defender principios jurisdiccionales amplios para ambos. Segundo, el libro sostiene que algunas de las normas o principios jurídicos que actualmente regulan la aplicación extraterritorial de las normas jurídico-penales internas de los Estados son en última instancia injustas y, en consecuencia, deberían abandonarse. En particular, se cuestiona el derecho que reclaman los Estados a castigar a un individuo sobre la base del hecho de que él o la víctima son nacionales de ese Estado. Tercero, se sugiere que, a nivel normativo, la competencia de la Corte Penal Internacional debería tener un alcance más amplio que el que actualmente prevé el artículo 12 del Estatuto de Roma, un alcance más parecido a lo que se denomina competencia universal. Y, finalmente, el libro sostiene que, a pesar de que para brindar una justificación completa del derecho a castigar es necesaria una explicación convincente acerca del fundamento de la autoridad del órgano jurisdiccional encargado de decidir, el alcance extraterritorial de este derecho no está relacionado con las consideraciones que explican esta

autoridad. En cambio, se sugiere que la autoridad de cualquier tribunal depende en última instancia de que la acusada reciba un juicio justo y de que la sentencia se base en pruebas fiables.

Antes de presentar la estructura del libro, es necesario recortar la pregunta normativa específica que está en el centro de este estudio de otras cuestiones estrechamente relacionadas pero conceptualmente diferenciables. En última instancia, cualquier justificación del castigo jurídico necesita hacer un argumento del siguiente tipo: «A está moralmente justificado a castigar a un individuo (I) sobre la base de C, D, etc.», donde A es un determinado individuo u órgano que le aplica un castigo a I, y C y D son las razones que justifican la imposición de ese castigo. Jeffrie Murphy ha sugerido que brindar una explicación exhaustiva de esa tesis supone responder al menos cinco preguntas interrelacionadas, aunque diferenciables<sup>9</sup>. Primero, uno necesita brindar una teoría adecuada acerca de la criminalización, esto es, del tipo de comportamientos que pueden ser objeto de sanciones penales, y distinguir los castigos penales de, por ejemplo, la responsabilidad civil por daños. Segundo, uno necesita explicar la justificación normativa del castigo, es decir, «cómo una determinada conducta que es evidente que es moralmente incorrecta cuando se la considera aisladamente [...] puede estar, en última instancia, moralmente justificada»<sup>10</sup>. Tercero, es necesario explicar por qué un órgano en particular (por ejemplo, el Estado) estaría legítimamente facultado para realizar esta tarea. Cuarto, uno necesitaría brindar una teoría adecuada de la responsabilidad penal, esto es, un conjunto de normas que regulen, *inter alia*, las justificaciones, las excusas y otras defensas. Y, finalmente, uno necesitaría una explicación acerca de cuáles son los castigos apropiados.

Probablemente no todas estas preguntas sean relevantes para abordar el problema de la extraterritorialidad. Esto no significa que no tengan ninguna relación con él, sino sólo que un argumento plausible acerca del problema específico de la extraterritorialidad no exige responder todas esas preguntas de manera exhaustiva. Por ejemplo, examinar las normas que deberían regular la responsabilidad penal en la esfera internacional está ciertamente fuera del alcance de este trabajo. Por razones similares, en este libro no brindaré una explicación de qué hace que determinadas conductas sean ilícitos penales ni de cuáles son los castigos apropiados que deberían estar disponibles (esto es, normas para la aplicación de las penas). En resumen, me concentraré sólo en las consideraciones específicas sobre las que descansa *el alcance extraterritorial* del derecho a castigar, que, según sugeriré, se refieren a la justificación de que un órgano en particular «A» tenga derecho a imponer una pena a un individuo en particular.

---

<sup>9</sup> Jeffrie MURPHY, «Does Kant Have a Theory of Punishment?», *Columbia LawReview*, 87 (1987), 509-532.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 510.