



Sobre los fundamentos filosóficos del castigo extraterritorial

Comentario al libro de Alejandro Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment* (Oxford University Press, 2011)

Por Marcelo Ferrante*

El libro de Alejandro Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment* (Oxford University Press, 2011), es una obra breve, precisa y muy bien argumentada sobre un tema muy actual —la jurisdicción penal extraterritorial— y sobre el que no ha habido todavía suficiente teorización, al menos del tipo de teorización que desarrolla Chehtman.

El tipo de teorización en el que Chehtman se involucra es la que a menudo llamamos filosofía de un área del derecho (para distinguirla de la filosofía del derecho en general) y que consiste, dicho brevemente, en la búsqueda de los fundamentos filosóficos de prácticas jurídicas (conjuntos de reglas y principios jurídicos) que puedan elucidar su significado o justificar su adopción o mantenimiento.

En este tipo de empresa académica podemos distinguir, también simplificando, dos enfoques claramente contrapuestos. En el primero el investigador se pregunta, en primer lugar, cuáles son los principios filosóficos correctos y deriva después de ellos las reglas jurídicas que se ajustan a esos principios, produciendo algo así como el modelo ideal del área del derecho sobre la que teoriza. En contraste con este enfoque, el investigador puede, en cambio, partir de un conjunto dado de reglas —típicamente un derecho positivo determinado, o un área de ese derecho— e indagar cuáles son los mejores fundamentos filosóficos que puedan dar cuenta precisamente de ese conjunto de reglas en todos sus detalles. Una forma de expresar la diferencia entre estos dos enfoques es en la dirección de la inferencia: de principios a prácticas, o de prácticas a principios.

* Profesor investigador, Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires, Argentina).

Pero también de énfasis: justificatorio, en el caso del enfoque de arriba-abajo, y explicativo en el caso del enfoque abajo-arriba.

La investigación de Chehtman se mueve en el terreno fértil que existe entre estos dos extremos: la búsqueda de fundamentos filosóficos, moral y políticamente atractivos que puedan dar cuenta de una práctica jurídica tan parecida a la práctica jurídica real como sea posible —en el sentido de que una mejora en el nivel de los principios filosóficos haría perder capacidad descriptiva a la teoría, mientras que una mejora en la capacidad de acomodar rasgos de la práctica jurídica real implicaría perder capacidad justificatoria a la teoría.

La práctica jurídica sobre la que versa la indagación filosófica de Chehtman es el derecho que rige la atribución de jurisdicción penal extraterritorial, esto es la capacidad o poder jurídico de un estado E de imponer castigo a una persona por la comisión de un crimen que ha tenido lugar en un territorio distinto de aquel sobre el que E ejerce su poder soberano —típicamente, en el territorio en el que otro estado S es soberano.

En definitiva, Chehtman encuentra apoyo para una práctica de jurisdicción penal extraterritorial con los siguientes rasgos fundamentales. Primero, la jurisdicción penal es territorial para la mayoría de los casos. Segundo, la jurisdicción extraterritorial está determinada por la clase de delito por el cual se pretende imponer castigo; los delitos por los que prospera —los delitos del derecho internacional— son ataques graves a intereses importantes de individuos o grupos de individuos en los que está involucrado de algún modo crucial el estado territorial. Tercero, las instituciones que pueden reclamar para sí jurisdicción extraterritorial son estados (y sus tribunales domésticos regulares) y otras instituciones que tengan autoridad de facto (la Corte Penal Internacional es su ejemplo de esta categoría). Cuarto, la práctica de jurisdicción extraterritorial así descrita no es convencional, esto es, no resulta de un acuerdo de los estados nacionales que delegan su jurisdicción primaria unos en otros o todos en un tribunal internacional. Por supuesto que el derecho internacional deja lugar para estos acuerdos. Pero la jurisdicción extraterritorial en el sentido del argumento de Chehtman *no* depende del acuerdo de los estados involucrados.

La práctica así descrita coincide en gran medida con la práctica actual del derecho internacional y el derecho penal comparado, con algunas diferencias. Quizá la diferencia más notable es el hecho de que en el derecho internacional y el derecho penal comparado actuales la nacionalidad de la víctima o del autor de un delito suele ser un criterio para la atribución de jurisdicción extraterritorial. Pero Chehtman no encuentra ninguna justificación plausible para ese rasgo.

¿Cuáles son los fundamentos filosóficos a los que apela Chehtman para dar apoyo a una práctica como la que describí? Su fundamento se reduce a la idea de que las perso-

nas somos individuos titulares de derechos morales y a un análisis del concepto de derecho según el cual los derechos son estructuras normativas moleculares, formadas por una conjunción de incidencias hohfeldianas (pretensiones, libertades, poderes e inmunidades y sus respectivos correlatos normativos) que encuentran fundamento en intereses importantes de las personas. Una virtud del trabajo de Chehtman reside precisamente en el hecho de que esta idea relativamente simple y en todo caso muy fácil de aceptar es suficiente para dar adecuado sustento a una práctica (la jurisdicción penal extraterritorial) de la que parece difícil dar cuenta.

¿En qué sentido digo que es difícil dar cuenta de la práctica de jurisdicción penal internacional? Cuando se intenta dar cuenta de ella partiendo de las razones que tenemos para castigar —esto es, partiendo de una teoría del castigo— normalmente se llega a una práctica punitiva en la que la extraterritorialidad no es excepcional sino, antes bien, la regla: por ejemplo, para un retributivista del castigo, si A merece castigo, es valioso que lo reciba, sea quien sea que se lo imponga. En cambio, cuando uno parte de alguna concepción que acomoda bien el rasgo de territorialidad del derecho penal, la práctica de jurisdicción extraterritorial a la que se llega es sólo convencional.

A continuación reconstruiré los trazos básicos del argumento global de Chehtman, que yo descompongo en cinco grandes pasos, para después concentrarme con un poco más de detalle en un aspecto de uno de esos cinco pasos.

(1) *Teoría del castigo*

La primera pieza en el argumento de Chehtman es una teoría del castigo según la cual la capacidad o poder normativo para castigar encuentra fundamento en el interés de las personas de establecer y mantener en vigor ciertas reglas de conducta. La atribución a alguien del poder de castigar a los responsables por la violación de esas reglas de conducta es algo que se sigue de la proposición que reconoce ese interés. El argumento es de naturaleza no consecuencialista: parte de una teoría de los derechos, de la clase de criaturas que somos; analiza un aspecto de ser agentes con derechos morales —el aspecto conectado con el interés en “sentirnos dignos y seguros”, para usar una expresión repetida de Chehtman— en el sentido de que implica un conjunto de reglas de conducta efectivamente en vigor; y finalmente analiza el estar en vigor de un conjunto de reglas en el sentido de que implica la existencia de alguien con capacidad para castigar las violaciones de esas reglas.

Ahora bien, ¿quién es ese alguien?

(2) *Soberanía estatal*

Para responder esa pregunta, Chehtman ofrece una defensa cosmopolita del principio de soberanía estatal o de la inmunidad territorial del estado. El argumento es doble y parte de la misma premisa que el anterior: somos criaturas con derechos. (a) Como tenemos derechos, tenemos razones para proteger los intereses que dan fundamento a esos derechos (razones, esto es, para organizarnos de un modo que nos brinde seguridad personal: que no nos maten, que no nos violen, etc.). La organización estatal (en el sentido de un monopolio territorial de la coerción) es una forma eficaz de lograr protección personal. Esto da fundamento a un derecho *prima facie* a la “integridad territorial” del estado (pp. 25-6). (b) Esa idea parece sugerir algo como un estado mundial único. Pero el mismo conjunto de intereses que da fundamento al monopolio territorial de la coerción apunta, sostiene Chehtman, en la dirección del auto-gobierno: el reparto territorial del trabajo estatal (de entidades políticamente soberanas) es una forma eficaz de asegurar alguna forma de auto-gobierno (pp. 27 s.).

(3) *Territorialidad*

De los dos primeros pasos del argumento Chehtman extrae la conclusión de que tenemos razones para dotar a una institución del poder de castigar la violación de ciertas reglas básicas de conducta (la prohibición de matarnos, de lastimarnos, de violarnos, etc.); y que también tenemos razones para que ese poder, al menos en principio, quede de modo exclusivo en manos del *estado territorial*: esto es, el estado en cuyo territorio se cometió el delito o violación de la regla de conducta.

Más específicamente: El interés que da fundamento a la atribución del poder de castigar es el interés de que las reglas relevantes de conducta rijan allí donde uno está. En todo momento uno está en alguna porción de territorio (hay algunas salvedades que yo voy a dejar de lado: uno puede estar en alta mar en un barco sin bandera, o en una aeronave sin bandera más allá de los espacios aéreos nacionales, o vaya a saber uno dónde...) y para todo territorio en el que uno está (con esas salvedades) hay un estado que, de acuerdo con el paso (2) del argumento, debería tener el monopolio de la coerción. El criterio básico con arreglo al cual hemos de determinar la jurisdicción punitiva es el territorial.

(4) *Teoría “jurisdiccional” de los crímenes internacionales*

El siguiente paso del argumento es una teoría “jurisdiccional” de la naturaleza de los crímenes internacionales. Aquí va: En ciertas ocasiones, una regla de conducta no está

en vigor salvo que una autoridad extraterritorial (esto es, una autoridad distinta del estado territorial) tenga el poder de imponer castigo por su violación. Chehtman sostiene que esto será necesariamente así cuando “el estado en el cual [esas violaciones] son cometidas o bien es responsable por cometerlas, instigarlas o permitir las, o bien es simplemente incapaz de hacer algo al respecto” (pp. 118 s.); en otras palabras, cuando las autoridades del estado territorial no pueden o no quieren reafirmar la regla de conducta.

Chehtman postula así una noción de *delito o crimen internacional* según la cual un crimen internacional es una violación de una regla de conducta tal que, para que esa regla de conducta esté en vigor, es necesario que el poder para castigar su violación descansa (al menos también) en una autoridad extraterritorial.

Esta noción no niega —subrayo— que los estados nacionales establezcan por la vía de una convención que cierta conducta será perseguida penalmente por cualquier estado parte en esa convención cualquiera que sea el lugar en el que se haya llevado a cabo. La tesis de Chehtman es que hay ciertas violaciones de derechos morales que exigen jurisdicción penal extraterritorial cualesquiera que sean los compromisos contractuales de los estados. Él llama a esas conductas “delitos o crímenes internacionales” y en esa medida su criterio para identificar delitos internacionales es un criterio “jurisdiccional”.

La noción acomoda un rasgo de los delitos que actualmente, de acuerdo con el derecho internacional positivo, solemos llamar delitos de derecho internacional y por los que normalmente nos preguntamos por la posibilidad de atribuir jurisdicción extraterritorial. Ese rasgo es el de la estatalidad o sistematicidad de la violación. Un conjunto de secuestros y homicidios constituye el delito de *desaparición forzada de personas*, por ejemplo, si el estado está involucrado centralmente en su comisión u ocultamiento de un modo más o menos generalizado o sistemático.

Ahora bien, aquello que normalmente identificamos como delitos internacionales son conductas graves (homicidios, secuestros, tortura, violaciones... ese tipo de aberraciones). El criterio de Chehtman, sin embargo, parecería ser mucho más inclusivo y permitir la jurisdicción extraterritorial también por violaciones menos importantes; después de todo, el estado territorial puede verse involucrado no sólo en violaciones graves de los derechos de las personas. Pero no, se apresura a defender Chehtman: Si el crimen no es lo suficientemente grave —esto es, si el interés que el crimen afecta no es suficientemente importante— el interés que da fundamento al reparto territorial de competencias prevalecerá, de modo que los propios interesados preferirían mantener la inmunidad territorial a costa de que ciertas reglas de conducta menos importantes no estén efectivamente en vigor. En otras palabras, hasta cierto punto, nuestros intereses son tales que deberíamos preferir (o de hecho preferimos) resolver nuestros problemas mediante los mecanismos internos disponibles, antes que renunciar a esa autonomía en

favor de un castigo heterónomo.

Este es un punto crucial y deseo detenerme en él con un poco más en detalle. Pero antes de hacerlo, presento el paso que completa el argumento del libro.

(5) *Legitimidad para castigar*

Las premisas anteriores nos llevan a reconocer jurisdicción universal para ciertas violaciones de derechos, en el sentido de que no es un obstáculo para que una autoridad punitiva castigue a alguien el hecho de que el crimen que ese alguien cometió fue cometido en el territorio de un estado con el que la autoridad punitiva no tiene vínculo. Ahora, sería descriptivamente pobre la teoría de Chehtman si ella implicara que cualquiera puede asumir ese poder y castigar (este o aquel profesor de derecho, un grupo de autoconvocados de la Universidad de Minnesota, el juez de paz de la localidad de Sauce Viejo, provincia de Santa Fe, o quien sea). Para restringir el conjunto de instituciones posibles que pueden reclamar para sí ese poder, Chehtman aplica una versión de la concepción del servicio que Joseph Raz desarrolló para explicar la autoridad del derecho. Entre las condiciones a las que apunta esta concepción figura la condición de la “autoridad de facto”, y esta asegura, sostiene Chehtman, que el conjunto de instituciones posibles estará reducida a tribunales estatales regulares y algunos tribunales internacionales como la corte penal internacional.

Como anticipé, antes de terminar deseo volver a la tensión entre, por un lado, el interés que nos da razón para atribuir a alguien el poder de castigar por la violación de una regla de conducta y, por el otro, el interés que da fundamento a la inmunidad territorial del estado. Sin este segundo interés la identidad del que castiga (el estado territorial u otro) no cumpliría ningún papel, cualquiera que fuera la regla de conducta violada. En esa medida, el argumento de Chehtman ofrece un ajuste a lo que de otro modo no se distinguiría de una teoría retributiva del castigo. El ajuste resulta de atender a ese otro interés que ejerce presión en la dirección de un reparto territorial del poder coercitivo.

El argumento de Chehtman funciona bien si pensamos en una única persona (o un grupo homogéneo de personas) que tiene los dos intereses. Es fácil ver cómo en ese caso un interés puede ser derrotado por otro, si es que el valor del interés que fundamenta el castigo es función de la gravedad de la violación, y hay violaciones de muy poca gravedad, mientras que el interés que fundamenta la inmunidad territorial del estado tiene al menos cierta importancia. Sería irracional para una persona con estos dos intereses no honrar el interés de mayor peso, manteniendo la inmunidad en los casos de

violaciones más leves y obviándola en los casos más graves.

Esos dos intereses, sin embargo, no necesariamente coinciden en todas las personas. Uno puede tener un interés sin tener el otro. Imaginemos (sin hacer mucho esfuerzo) que en un estado S hay un grupo políticamente marginado, en el sentido de que las autoridades de gobierno no responden a sus intereses. Dado que son personas morales, los miembros de este grupo tienen un interés en que ciertas reglas de conducta correlacionadas con sus derechos morales básicos estén genuinamente en vigor y eso exige una autoridad con poder para imponer castigo por las violaciones de esas reglas. Pero ellos no tienen ningún interés en que S sea territorialmente inmune —ellos se ven de hecho afectados por esa inmunidad territorial—. Tomando en cuenta los intereses de los miembros de este grupo marginado, no hay razón para sostener la territorialidad del castigo, incluso por violaciones poco importantes. Por supuesto, hay otros individuos en S, el grupo que tiene la sartén por el mango digamos, quienes sí tienen un interés en mantener la inmunidad territorial de S, porque, por hipótesis, las instituciones estatales de S son sensibles a los intereses de este grupo.

Al reconocer esta posibilidad, Chehtman responde con un ejemplo (p. 102): Imaginemos Alemania en 1939. Allí tenemos un conflicto de esa especie. Las víctimas del nazismo no tienen ningún interés que vaya en la dirección de la inmunidad territorial del estado, de modo que sus intereses favorecen sin desvío la jurisdicción extraterritorial por las violaciones de derechos de las que son víctimas. Ese interés, sostiene Chehtman, es superior al interés en la inmunidad que tienen los beneficiados por el régimen; y como es superior, debe prevalecer sobre el interés en mantener la inmunidad. La estrategia de Chehtman para mostrar esa diferencia de peso es la siguiente: mientras que la privación de la jurisdicción extraterritorial les impide a las víctimas llevar adelante una vida mínimamente digna o próspera, la privación de la inmunidad territorial para castigar a los responsables de los ataques a las víctimas del régimen es compatible con que todos (incluidos los beneficiados por el régimen) lleven una vida mínimamente próspera.

Mi impresión es que hay algo ad hoc en esta respuesta. Hasta aquí el trabajo normativo al interior del argumento parecía hacerlo una noción de racionalidad más bien formal: si una persona tiene dos intereses contrapuestos, y uno tiene más peso relativo que el otro, sería irracional no decidirse en favor del de mayor peso. Pero en el caso interpersonal aparece algo así como una frontera sustantiva o no comparativa: la posibilidad de vivir una vida mínimamente próspera. De modo que el interés en la inmunidad de los beneficiados por la estructura básica del estado daría fundamento a la inmunidad territorial de ese estado sólo si todos, beneficiados y perjudicados, pueden vivir una vida mínimamente próspera bajo el régimen de inmunidad.

No tengo nada contra ese criterio; al contrario, bien puede ser el correcto. Sólo creo que la solución del problema de la comparación interpersonal de los intereses en juego demanda más argumentación que la que provee ese ejemplo.

Recordemos, en efecto, que en este punto el argumento de Chehtman quiere acomodar el rasgo de la práctica actual de la jurisdicción extraterritorial según el cual no cualquier violación de derechos da lugar a ella, sino que sólo se activa en virtud de atentados graves a intereses importantes. Y su recurso es la proposición de que el interés que da fundamento a la inmunidad derrota en peso al interés en que ciertas reglas de conductas correlacionadas con derechos morales de las personas estén en vigor. El problema al que he apuntado reside en la falta de pistas acerca de cómo hemos de comparar esos intereses para mostrar que, en efecto, la solución tiende a acomodar la práctica actual. Allí, echo de menos una mayor elaboración.

Hay otro aspecto relacionado con el mismo punto en el que también echo de menos algo más de argumentación. Modifiquemos el ejemplo de Chehtman. Imaginemos que el grupo políticamente marginado es víctima de violaciones sistemáticas a algunas reglas de conducta correlacionadas con sus derechos morales básicos, pero que el hecho de que *esas* reglas de conducta no estén en vigor para ese grupo (aunque sí lo estén para los demás) no les impide llevar adelante una vida mínimamente próspera. Digamos, por ejemplo, que la minoría es encerrada en un gueto, pero “lindo”, en el que una vida mínimamente próspera es posible. La aplicación del argumento de Chehtman a un caso como este llevaría probablemente a la conclusión de que el interés del grupo dominante en mantener la inmunidad territorial no es derrotado por el interés en que las reglas de conducta violadas estén en vigor. No habría, en este caso, fundamento para atribuir jurisdicción extraterritorial para castigar esas violaciones.

La pregunta que un caso como este sugiere es por qué puede haber razones para atribuir inmunidad territorial a un estado así, cuya estructura normativa no es sensible a los intereses de un grupo determinado de personas. Mi intuición tiende a ir en la dirección de negar inmunidad territorial a un estado de estas características. ¿Por qué el interés de sólo algunos puede dar fundamento a la inmunidad territorial sobre todos? Yo creo que por *esa* razón el estado nazi no tiene inmunidad, y no *sólo* porque las violaciones son demasiado graves.

Nótese que si yo tengo razón, de allí no se seguiría que es permisible intervenir militarmente en cualquier estado cuya estructura normativa no es sensible a los intereses de un grupo. Intervenir en un país suele ser muy costoso en términos de vidas y bienes de aquellos a los que se supone que se va a ayudar. Negar inmunidad territorial implica, si por lo demás Chehtman tiene razón, dejar lugar para el castigo extraterritorial pero no necesariamente implica que una intervención humanitaria es permisible. De modo que

si yo tengo razón, de mi intuición acerca de la inmunidad territorial se seguiría una jurisdicción extraterritorial mucho más amplia que la que Chehtman quiere defender — esto es, una que se extendería a toda violación estatal o sistemática, y no sólo a aquellas que son suficientemente graves— sin la implicancia difícil de digerir de reconocer razones suficientes para la intervención humanitaria en todo caso en el que la estructura básica de un estado no es sensible a los intereses de un grupo de habitantes.

No es mi intención defender aquí mis intuiciones. Sólo quiero resaltar otro aspecto del libro en el que me gustaría contar con una argumentación más profunda o afinada: el de la determinación de las condiciones que justifican la inmunidad territorial del estado.

Tampoco es mi intención transmitir la idea de que estas preocupaciones mías hablan de algún modo en contra del argumento que Chehtman desarrolla en su libro. Mi intención se limita a disparar una discusión que, estoy seguro, será larga y provechosa.