



RESPUESTA A FERRANTE Y A GULLCO

Alejandro Chehtman¹

Quiero agradecer a mis colegas Marcelo Ferrante y Hernán Gullco por la cuidadosa presentación de las ideas vertidas en mi libro y por sus comentarios críticos. Es siempre enriquecedor escuchar la lectura que otros han hecho de un texto que uno ha trabajado tanto, y cree conocer perfectamente. Esto permite advertir oscuridades y flaquezas pero también algún que otro acierto. Me referiré por separado a las observaciones y dudas que cada uno de ellos ha señalado.

Marcelo Ferrante tiene, lo hemos conversado, muchas más dudas con el argumento central del libro que las que ha expresado en su reseña. Algunas las hemos discutido antes de que el libro fuera publicado, y lo han enriquecido. En esta oportunidad se ha centrado más en presentar las ideas centrales del libro que en considerar posibles objeciones. No obstante ello, las dudas que ha expresado tocan un punto neurálgico del argumento del libro y en ese sentido impulsan la discusión “hacia adelante”. Por ello trataré de presentar someramente una respuesta posible a su cuestionamiento principal.

Marcelo exige mayor elaboración al resolver el conflicto que se da, siguiendo el ejemplo utilizado en el libro,² entre el interés de los nacionales alemanes durante el nazismo en la no intervención en sus asuntos internos, y el interés de las víctimas del nazismo en algún tipo de intervención penal respecto de los responsables de las atrocidades cometidas en este contexto. En particular, él sugiere que se utiliza allí un criterio sustantivo (el de determinar si las víctimas podían llevar adelante una vida “mínimamente digna” en esas condiciones) para resolver una tensión entre intereses que se venía resolviendo, en otras partes del libro, utilizando una noción de racionalidad “más bien formal”. En términos analíticos, el punto que Ferrante señala tiene que ver con la relación entre el derecho *prima facie* de un Estado X de castigar a un individuo Y, por su participación, digamos, en el genocidio en W, y la inmunidad *prima facie* que tiene W (así como todo otro Estado) frente a la intromisión de

¹ Profesor asistente, Universidad Torcuato Di Tella. Agradezco al equipo editorial de la Revista Argentina de Teoría Jurídica por la invitación a publicar este intercambio en sus páginas.

² Alejandro Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 102.

un tercer Estado en sus asuntos internos. La cuestión reside en cómo resolver el conflicto entre esos dos derechos *prima facie*.

El libro presenta dos argumentos separados, o mejor dicho, procura justificar la imposición (extraterritorial) de una pena ante dos “*públicos*”. De hecho, la noción de justificación que en él se esgrime tiene que ver, justamente, con la idea de dar razones específicamente a aquellas personas ante quienes es necesario justificar una práctica determinada. En gran medida, mi preocupación comenzó siendo la de justificar frente al individuo que va a ser castigado esa imposición extraterritorial. Esto puede ser producto de mi “deformación” inicial como penalista. Ahora bien, como internacionalista tengo claro que uno también debe dar razones a la comunidad política en cuyo “seno” o, en mis términos, en cuyo territorio se llevó a cabo el delito. Es sobre este último punto que Ferrante exige mayor desarrollo y precisión.

Considero que tiene razón en hacerlo ya que el libro no determina, como bien dice él, “las condiciones que justifican la inmunidad territorial.” Este cuestionamiento toca dos discusiones importantes en teoría política y jurídica, respectivamente. Por un lado, exige preguntarnos por el fundamento normativo que subyace al principio de soberanía estatal. Por el otro, se pregunta por la forma en que se deben resolver conflictos entre derechos en general. Ambos temas son no solamente de gran actualidad, sino de una enorme complejidad. El libro procura avanzar la discusión, con cierta cautela, sobre el primero de los puntos;³ dice muy poco (o casi nada) sobre el segundo.⁴

Sobre el primer punto, el libro distingue dos derechos diferentes contenidos en el principio de soberanía estatal. El primero es el de integridad territorial, que se basa en la capacidad de un Estado, con el monopolio del ejercicio de la fuerza física dentro de fronteras determinadas, de brindar seguridad a sus habitantes. Este es un punto de vista muy extendido: es el argumento contra el que discute, por ejemplo, Larry May, cuando quiere justificar el ejercicio de jurisdicción penal extraterritorial.⁵ Este es el argumento al que se refiere Marcelo cuando asegura que “no siempre es permisible intervenir en un estado cuya estructura normativa no es sensible a los intereses de un grupo”. Esto ocurre, justamente, cuando intervenir se toma como intervenir militarmente. Pero el tipo de intervenciones que el derecho penal internacional requiere son mucho menos costosas en todo sentido. Solamente conllevan la adopción de una decisión acerca de la responsabilidad penal de un individuo, por actos cometidos en el territorio de ese otro estado.

Una vez que hemos delimitado la noción de intervención penal extraterritorial en estos términos, entonces, la tensión entre el interés de los alemanes nazis y el interés de sus víctimas no parece de difícil solución. El argumento “sustantivo” que figura en el texto no

³ *ibid*, 20-29.

⁴ *ibid*, 16.

⁵ Larry May, *Crimes Against Humanity. A Normative Account* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 10 y ss.

procura hacer otra cosa que ilustrar alguno de los motivos por los que esto es efectivamente así. No pretende, en cambio, erigirse en el criterio según el cual uno deba resolver casos “difíciles” de intervención.⁶ Y es que por tratarse de una investigación sobre una serie de problemas en gran medida inexplorados, el trabajo se centra en dar cuenta de manera sólida de los casos más claros sin entrar a discutir los “fronterizos”. Debo agradecer, entonces, a Marcelo la oportunidad de aclarar este punto.

Esto nos lleva a la segunda observación principal de Ferrante, esto es, a la idea de que el umbral para la intervención (la capacidad o no de llevar una vida mínimamente digna) sea demasiado elevado. Este umbral admitiría, él sugiere, la creación de guetos “agradables”, pero guetos al fin. Esto, intuitivamente, parece poco convincente. Yo coincido y disiento con él por partes iguales. Coincido en que el criterio utilizado no permitiría al derecho penal internacional intervenir en ese Estado para perseguir penalmente a los individuos responsables de la creación de ese gueto. Sin embargo, el derecho penal internacional no protege a los individuos de ese tipo de situaciones graves, pero no lo “suficientemente graves”, y considero que eso está bien así. El derecho internacional público cuenta con otras herramientas adecuadas para lidiar con situaciones de este tipo. A saber, permite por ejemplo que órganos jurisdiccionales y políticos adopten decisiones, muchas veces vinculantes para los Estados, respecto de la situación de los derechos humanos en su territorio. En el fondo, creo que el caso que Ferrante plantea es de aquellos que no entran ni deben entrar dentro de la órbita del derecho *penal* internacional, es decir, que no requiere ser criminalizados, ya que quedan mejor abarcadas por el derecho internacional de los derechos humanos. Esto, sin embargo, no es más que una sugerencia, ya que el libro no aborda explícitamente el difícil problema de la criminalización.

Hernán Gullco, por su parte, se ha centrado en una de las secciones más controvertidas del libro. Con esto me refiero a que es la parte del libro que critica, en lugar de defender, las reglas vigentes en derecho internacional en materia de distribución de jurisdicción penal extraterritorial, y que aboga por su modificación. En este sentido son bienvenidas sus manifestaciones de apoyo a la posición allí defendida, ya que sugieren que no se trata simplemente una construcción teórica que resultaría totalmente inaplicable en un mundo en el que las normas jurídicas son sometidas a un proceso cuidadoso de justificación racional.

En el fondo, el libro no defiende sino una extensión lógica, si bien todavía contraintuitiva para muchos, de la forma en que actualmente están reguladas las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos. Durante buena parte de la edad media e incluso a comienzos de la modernidad, esta relación estuvo configurada como una relación entre el monarca y sus súbditos. Los individuos eran súbditos de su Rey o soberano dondequiera que estuviesen

⁶ Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, 102.

y, por consiguiente, estaban sujetos a sus leyes en cualquier lugar.⁷ Esto permite explicar la jurisdicción extraterritorial basada en la nacionalidad del “victimario”. Pero además puede construirse, si bien de manera un poco más forzada, en el sentido de que cualquier ataque a un súbdito constituya un ataque a su soberano. En otras palabras, este vínculo subyace a los principios jurisdiccionales nacionalidad y de personalidad pasiva.

El libro sugiere que esta aproximación a la jurisdicción extraterritorial es anacrónica, tanto en términos institucionales como normativos. La lógica de Estados territorialmente definidos surgida en la temprana modernidad es diferente. El libro se pregunta entonces si dentro de este nuevo paradigma es posible dar cuenta de los principios “heredados” del anterior. Se sostiene que no, por algunos de los motivos que Gullco bien sintetiza en su presentación. Pero más allá de eso, sostiene que es necesario pensar sistemáticamente en las razones por las que estamos dispuestos a extender los alcances de la potestad de los Estados de castigar delitos cometidos fuera de su territorio. En otras palabras, el libro procura hacer algo más, a saber, compatibilizar las razones por las que se considera moralmente aceptable extender la jurisdicción penal de un Estado por delitos comunes, con las que podríamos aducir para otorgarle jurisdicción extraterritorial (ya sea universal o internacional) sobre delitos internacionales como los crímenes de lesa humanidad, el genocidio o los crímenes de guerra.

Es un gran placer discutir ideas con colegas tan distinguidos y entre amigos. Este acto, que marca el lanzamiento de este libro en un contexto excepcional, es la culminación de un proyecto que he llevado conmigo durante muchos años. Hoy están en esta sala muchos amigos, colegas y maestros a quienes agradezco su presencia, pero también sus palabras de aliento y sus observaciones críticas durante el camino.

⁷ El ejemplo más claro de esto eran los tratados por los que, por ejemplo, el Imperio Otomano o China autorizaba a que los nacionales europeos que cometían delitos en China o Turquía, fuesen juzgados por tribunales europeos constituidos allí y con arreglo al derecho de la potencia europea en cuestión. Esto denota, por supuesto, una visión precisa sobre los sistemas de justicia no “occidentales”.