

## DOSSIER

# La Corte Penal Internacional

## Hans-Peter Kaul

*In the prospect of an international criminal court lies the promise of universal justice. That is the simple and soaring hope of this vision. We are close to its realization. We will do our part to see it through till the end. We ask you... to do yours in our struggle to ensure that no ruler, no State, no junta and no army anywhere can abuse human rights with impunity. Only then will the innocents of distant wars and conflicts know that they, too, may sleep under the cover of justice; that they, too, have rights, and that those who violate those rights will be punished.*

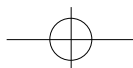
KOFI ANNAN, SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

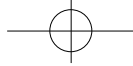
### I. El Estatuto de Roma. Aspectos esenciales

El 17 de julio de 1998 y tras años de intensas negociaciones, se acordó en Roma la creación de la Corte Penal Internacional (CPI). El nuevo tribunal penal mundial tendrá competencia para juzgar la comisión de los siguientes crímenes: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra –los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad en su conjunto–.<sup>1</sup>

HANS-PETER KAUL

Diplomático alemán y especialista en derecho internacional, es uno de los 18 magistrados que el 8 de febrero de 2003 fueron elegidos para integrar la Corte Penal Internacional. Cursó estudios en las universidades de Heidelberg, Lausanne, Cambridge y París, e ingresó en 1975 al Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania. Su carrera en el servicio diplomático incluyó destinos tales como Oslo, Tel Aviv, Washington y Nueva York. Entre 1996 y 2003 se desempeñó en el Departamento de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y tuvo a su cargo las cuestiones atinentes al derecho internacional y las negociaciones sobre la creación de la Corte Penal Internacional.





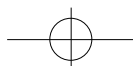
Medio siglo después de que se constituyera *ad hoc* el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, creado para juzgar a los principales responsables de los crímenes cometidos durante el régimen nacionalsocialista, la idea de una jurisdicción penal internacional fue elevada a una nueva instancia de jurisdicción universal, general y con proyección a futuro. En ese sentido, el Estatuto de Roma que dio origen a la creación de la Corte Penal Internacional constituye la máxima expresión y culminación provisional de un proceso en el que se cristalizaron las normas del derecho penal internacional.<sup>2</sup>

El Estatuto de Roma entró en vigor el primero de julio de 2002 al contarse con las 60 ratificaciones necesarias.<sup>3</sup> Por lo tanto, a partir de ese momento quedó abierta la jurisdicción de la CPI para juzgar la comisión de los “crímenes centrales” establecidos en el Estatuto.

No obstante, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional queda sujeta a varias limitantes importantes. Un condicionante fundamental es que la CPI no es una superinstancia penal de alcance amplio y global. Por el contrario, las competencias de la CPI están claramente delimitadas. En especial, no abarca todas las violaciones a los derechos humanos, ni siquiera todas las violaciones graves.

El art. 5.1 del Estatuto de Roma establece que en sentido material únicamente quedarán sometidos a la jurisdicción de la CPI el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. En relación con este último crimen, el Estatuto establece la necesidad de definir el delito. También deberá aclararse en qué condiciones podrá ejercer la CPI su competencia en vinculación con el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (ver en especial art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas).<sup>4</sup> Se trata de una tarea nada sencilla, dado que la prohibición de una guerra de agresión es uno de los tipos más discutidos y menos clarificados del derecho penal internacional. No por nada sigue habiendo discrepancias en cuanto a si la determinación de una agresión por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas debe ser una condición necesaria para el enjuiciamiento. En la medida en que no exista una definición precisa del crimen de agresión, no habrá en este punto procesos ante la CPI.

Otra limitación ya de los tipos operativos consiste en que deberá alcanzarse una cierta dimensión o sobrepasarse un cierto umbral. El genocidio, por ejemplo, se dirige siempre contra un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal (art. 6). Los crímenes de lesa humanidad presuponen, por definición, siempre, un ataque generalizado o sistemático contra la pobla-



ción civil (art. 7). El art. 8 estipula que la Corte tendrá competencia para juzgar en particular aquellos crímenes de guerra que se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Lo señalado en último término implica al mismo tiempo que un crimen de guerra cometido en forma individual y aislada por un soldado no puede ser llevado ante la CPI.

Durante las negociaciones en Roma, se propuso, además, la incorporación de otros crímenes. En ese sentido, Trinidad y Tobago elevó una propuesta para incorporar el delito del narcotráfico internacional al Estatuto de Roma. La propuesta contó con la adhesión de otros países pequeños, particularmente afectados por el problema del narcotráfico y la consiguiente criminalidad organizada. Otras propuestas contemplaron la incorporación del terrorismo internacional y del mercenarismo al Estatuto de Roma.

Las tres propuestas fueron finalmente desechadas. Uno de los principales argumentos esgrimidos en su contra fue que no eran lo suficientemente graves para alcanzar la dimensión de crímenes que ponen en riesgo la paz y seguridad de la comunidad internacional en su conjunto.

Prevalció el criterio de incorporar al Estatuto sólo los cuatro crímenes centrales punibles también en el marco del derecho internacional consuetudinario. El objetivo perseguido era promover un sistema de derecho penal material concluyente y unificado. Por otra parte, una jurisdicción de la Corte para crímenes contemplados en tratados internacionales, como el narcotráfico internacional y el terrorismo, se afirmaría sobre bases muy dudosas, sobre todo en atención a aquellos estados que no han ratificado los tratados respectivos.

También hubo coincidencia en cuanto a que el Estatuto debía intentar codificar el derecho ya existente en lugar de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional, en particular en el caso del terrorismo, por cuanto por el momento no se perfila una definición única, como tampoco la hay para el crimen de agresión.<sup>5</sup>

*Ratione temporis*, la CPI sólo tendrá competencia respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, esto es después del primero de julio de 2002. En ese sentido, la CPI no es una institución destinada a juzgar injusticias históricas.

Tampoco es universal la jurisdicción *ratione personae*, es decir, la jurisdicción sobre las personas que se pretende enjuiciar. Por el contrario –prescindiendo de la remisión de una “situación” en que supuestamente se esta-

rían cometiendo uno o varios de los crímenes de competencia de la Corte por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas-, la Corte podrá ejercer su jurisdicción, en principio, solo en dos casos: cuando los crímenes enumerados hubieran sido cometidos en el territorio de un estado parte o cuando el acusado fuera nacional de un estado parte. El enfoque del Estatuto de Roma sigue el llamado principio del lugar de comisión del hecho (territorialidad), por un lado, y el principio del autor del hecho (principio de personalidad activo), por el otro.

Otra condición para el ejercicio de la jurisdicción es que el Estado que tiene jurisdicción sobre el asunto no esté dispuesto o no pueda llevar adelante la investigación seriamente. Es decir que si un Estado toma en serio su obligación de perseguir los crímenes más graves, la CPI no tendrá competencia sobre los mismos. En tal caso, tendrá prioridad el enjuiciamiento por parte de los tribunales nacionales. La CPI se convierte así en una suerte de institución de reserva, de tribunal de emergencia para el caso en que fracasen los sistemas jurídicos penales nacionales. El principio funcional más importante de la CPI, incluso su base determinante, es que su jurisdicción es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.

Además de estas restricciones de naturaleza conceptual, existen otros condicionantes que los sectores críticos de la Corte lograron incluir en el Estatuto en el transcurso de las negociaciones.<sup>6</sup> Merecen destacarse en especial dos de estas restricciones.

En primer lugar no se logró que, de conformidad con el llamado principio de universalidad, el status de estado parte del llamado Estado detentador, es decir, el Estado que ha detenido al supuesto autor de un crimen enumerado en el Estatuto, fundamente la competencia de la Corte.<sup>7</sup> Esta situación genera un vacío sensible, dado que no existe ahora una jurisdicción para crímenes cometidos en conflictos internos cuando el Estado en cuestión no es un estado parte, salvo en el caso, poco probable por el momento, de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas haga uso de su facultad de remitir la situación a la CPI. De haberse aceptado la competencia de la CPI para aquellos casos en los que el Estado detentador es un estado parte, los autores presuntos podrían haber sido remitidos a la Corte, al menos en aquellos casos en los que fueran detenidos en alguno de los estados parte.

Una segunda restricción que sufre la jurisdicción de la CPI es la incorporación de una regla de transición para crímenes de guerra establecida en el artículo 124 del Estatuto de Roma. La norma concede a los estados parte la

posibilidad de excluir para sí la jurisdicción de la Corte para crímenes de guerra durante un período de siete años contados a partir de la fecha de su adhesión al tratado. Esta cláusula se introdujo básicamente con el fin de darles a los estados la posibilidad de adaptar su legislación o política nacional a las disposiciones del Estatuto.

No obstante, también cabe resaltar algunos elementos positivos del Estatuto de Roma que son de gran importancia para la efectividad de la CPI.

Por primera vez, el Estatuto establece para los crímenes centrales una definición de cada uno de los tipos penales, estipulada en forma precisa y claramente circunscripta. Se espera que estos tipos penales fortalezcan en forma decisiva la aplicación del derecho penal internacional.

Asimismo, en el art. 12 del Estatuto, los estados parte aceptan la competencia automática, aunque complementaria, de la Corte para los crímenes enumerados. Esto determina que, a diferencia del modelo habitual en derecho internacional, la jurisdicción es de carácter obligatorio.

El jefe de la Fiscalía podrá iniciar la investigación *ex officio* cuando hubiera motivo razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de competencia de la Corte. No obstante, sus actuaciones están sujetas al control de la Sala de Cuestiones Preliminares.

Otro punto importante es la independencia de la CPI frente al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Se ha evitado que un miembro permanente del Consejo de Seguridad pueda bloquear la intervención de la Corte. No obstante, el Consejo de Seguridad puede dirigir un exhorto a la Corte en relación con una resolución aprobada de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, solicitándole que se abstenga de realizar investigaciones o de avanzar en investigaciones ya iniciadas por un período de doce meses.

Por otro lado, el Estatuto consagra la posibilidad muy significativa del Consejo de Seguridad de remitir a la Corte "situaciones nacionales" críticas.

## II. Situación actual

Luego de la elección de los 18 magistrados en febrero de 2003 durante la asamblea de los estados contratantes, la Corte quedó oficialmente inaugurada el 11 de marzo de 2003 en La Haya. En abril de 2003 fue designado jefe de Fiscales el argentino Luis Moreno Ocampo. Con la elección del fran-

cés Bruno Cathala para ocupar el cargo de secretario del Tribunal (junio de 2003) y del belga Serge Brammertz (noviembre de 2003) como fiscal adjunto, han quedado ocupadas todas las posiciones importantes en la Corte.

La segunda Asamblea de los Estados Parte del Estatuto de Roma, que concluyó en septiembre de 2003, fijó las bases para el pleno funcionamiento de la CPI en un futuro próximo, a más tardar en 2005. El tema central de la Asamblea fue la reglamentación de aspectos administrativos que, en términos generales, pudieron ser solucionados de manera satisfactoria. Con la aprobación del presupuesto 2004, que sufrió apenas unos recortes menores, quedó garantizada la rápida organización de la Corte.

La última sesión plenaria de los 18 magistrados tuvo lugar en marzo de 2004. Sobre la base del Estatuto de Roma y de las Reglas de Procedimiento y Prueba se elaboró y aprobó interinamente el Reglamento Interno de la Corte. Se trata de un documento absolutamente definitorio que constituirá la base del futuro trabajo del tribunal.

Desde principios de abril de 2004, todos los magistrados de la Sección de Cuestiones Preliminares y de la Sección de Apelaciones se encuentran ya en la sede del organismo. A la vez, avanza rápidamente la organización de la Secretaría y de la Fiscalía.

La creación de la CPI es, sin duda, una gran conquista. Forma parte de un notable movimiento tendiente a reactivar y desarrollar la jurisdicción penal internacional. Traduce la determinación de la comunidad internacional de combatir más eficazmente el deprimente fenómeno de la impunidad en relación con los crímenes más atroces. Por otra parte, recuerda a los estados su obligación de perseguir de manera eficaz estos crímenes en el propio país. Asimismo, la CPI es el intento de ofrecer una suerte de foro y un "muro de los lamentos" para las víctimas y los oprimidos de esta tierra.

En líneas generales, la CPI es, por amplio margen, la institución más ambiciosa y extensa de la jurisdicción internacional.

¿Por qué es esto así? Porque su mandato es universal y extenso. Y porque la CPI no está sujeta a determinados acontecimientos ocurridos en el pasado en determinadas regiones geográficas, como fuera el caso de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, por ejemplo. En estos casos, se trata de tribunales instituidos por el Consejo de Seguridad y que, por lo tanto, son vistos por muchos como una jurisdicción selectiva.

Sin embargo, la satisfacción por los logros alcanzados no debe hacernos olvidar que la Corte sigue enfrentando una serie de dificultades y desafíos e inclu-

so sufre el activo rechazo de ciertos sectores. El que esté persuadido de que la CPI puede contribuir a instalar un mayor grado de justicia internacional, deberá seguir apoyando este proyecto en los próximos años de manera consecuente y sostenida. Todos quedan convocados a apoyar e impulsar la organización y el trabajo del nuevo tribunal internacional en todo lo que les sea posible.

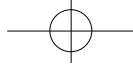
El primer problema que cabe mencionar es la forma de encarar las altas expectativas que la Corte despierta en la sociedad. En el seno de la Corte misma se utiliza, en este contexto, el concepto de “gestión de expectativas” (*managing of expectations*).

En una primera etapa debería primar una apreciación objetiva, realista e incluso modesta de la actividad de la CPI. Toda expectativa exagerada, que luego se vea defraudada, demostrará ser contraproducente.

Se ha dicho en reiteradas oportunidades que la Corte no es la panacea para la solución de todos los problemas de este mundo. En su primera etapa será un tribunal comparativamente chico, con capacidad limitada, de carácter más bien simbólico. Es obvio que la Corte no estará en condiciones de impedir que continúen cometiéndose los crímenes más atroces en cualquier parte del mundo. Su efecto disuasorio será relativamente pequeño. Tampoco será posible perseguir en el mundo entero a todos quienes cometan crímenes que son de competencia de la Corte.

Por otra parte, la CPI, siendo una institución internacional, presumiblemente será más burocrática y también más costosa que los tribunales nacionales. La Corte también se verá debilitada por la falta de trabajo en conjunto y voluntad de cooperar de algunos estados, en donde se hará sentir sobre todo la falta de voluntad de cooperación de la actual administración estadounidense.

Otro gran desafío en ese sentido será su vocación universal. La Corte depende obligadamente de la cooperación y del apoyo que puedan ofrecerle los estados miembros. Actualmente hay 139 estados signatarios y 93 naciones que han ratificado el Estatuto. Para garantizar la legitimidad internacional de la Corte, la cooperación en temas de derecho penal y una mayor eficiencia del nuevo tribunal internacional, se requiere de un mayor número de estados parte. La fortaleza de la Corte será proporcional al número de estados parte. En consecuencia, se trata de incrementar paulatinamente el número de estados que consideran vinculante el Estatuto de Roma. En ese sentido se vislumbran ciertas señales esperanzadoras como la actitud de Japón y China, que claramente se están acercando a la Corte. El



respaldo de la CPI por parte de China y Japón sin duda conllevaría el reconocimiento de otros estados. Un paso importante de China en esa dirección fue un exitoso simposio sobre la CPI celebrado en Pekín entre el 14 y el 17 de octubre de 2003, y organizado por la Sociedad China de Derecho Internacional en coordinación con el gobierno chino. Del simposio participaron, entre otros, expertos de primer nivel de la propia Corte y de otros tribunales internacionales.

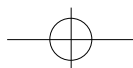
Un paso importante en dirección a la universalidad es la construcción de credibilidad de la Corte a través de procedimientos justos y efectivos. Justicia quiere decir en este contexto que la Corte debe cumplir con las más altas exigencias jurídicas, considerando de la misma manera los derechos del imputado, de los testigos y de las víctimas.

Para eso, la Corte debe trabajar con absoluta transparencia. No solamente debe realizar un trabajo justo y efectivo, sino que la sociedad debe tener la oportunidad de apreciar ese trabajo.

De ahí la importancia de una estrecha cooperación de la CPI con los medios de comunicación y las organizaciones de derechos humanos.

Otra tarea importante, que al mismo tiempo es un desafío y que actualmente ocupa a la CPI, es avanzar en su propia estructura para convertirse en una organización eficiente, un tribunal internacional en pleno funcionamiento. Para garantizar la capacidad de funcionamiento y la eficiencia de la CPI, es preciso que todos sus elementos se interrelacionen adecuadamente: las Salas Penales, la Secretaría, la Fiscalía, la Sección de Víctimas y Testigos, la Defensa, etc. Asimismo, en cada una de las diferentes áreas deben desarrollarse e implementarse sistemas y normas diferenciadas según se trate de la organización del tribunal, el régimen de contratación de recursos humanos y el sistema de compras, y la administración en general. Además, se trata de implementar una tecnología informática adecuada a las necesidades especiales de la CPI, que asegure que la misma pueda hacer frente a una eventualidad en la que deba revisar decenas de miles de diferentes documentos y pruebas.

También deberá realizarse un importante trabajo en el marco de la organización, administración e infraestructura de las distintas secciones. Los magistrados, que provienen de los más diversos sistemas jurídicos y sociales y aportan diferentes experiencias laborales, deberán integrar periódicamente rondas de discusión y grupos de trabajo, a fin de coordinar sus enfoques en las diversas áreas. Los jueces deben llegar a un criterio único en temas centrales como el principio de complementariedad y diseñar un có-



digo de ética para jueces (*Code of Ethics for Judges*). Este código está pensado para garantizar que el trabajo de los jueces se compadezca con los máximos requerimientos en materia de justicia y *fair play*. Estos principios serán un importante paso en dirección a preservar y defender principios que son de importancia fundamental para la Corte: procedimiento justo, independencia, imparcialidad, imperio del derecho y profesionalismo. Actualmente, los jueces integran grupos de trabajo sobre temas tales como gestión informática, capacitación y protección a las víctimas.

Algunos temas también deberán ser abordados en una discusión constructiva con el país anfitrión y la ONU. A modo de ejemplo, valga citar que el autor de la presente contribución es presidente de un grupo de trabajo interno de la CPI que analiza los proyectos de construcción e instalación de la sede permanente de la Corte.

La Fiscalía, a la vez, se encuentra abocada a tomar una serie de decisiones estratégicas destinadas a armar un equipo eficiente de investigadores. La prioridad actual del fiscal es iniciar las investigaciones en Uganda del Norte y en Ituri, Congo. La Fiscalía también está interesada en una buena cooperación con las ONGs, los estados parte y la comunidad internacional en su conjunto. Una dificultad importante que se plantea al fiscal es el hecho de que la CPI, contrariamente a los tribunales internacionales patrocinados por la ONU, no cuenta con un apoyo mandatario a través de una resolución del Consejo de Seguridad, según el Capítulo VII. Asimismo, la CPI, a diferencia de las fiscalías nacionales, no cuenta con una policía propia a la que pueda recurrir para realizar sus investigaciones. Por eso resulta de tanta importancia crear una red de apoyo a las investigaciones y lograr la mejor cooperación posible con estados y organizaciones.

Otra función importante de la Fiscalía es el análisis de las denuncias que van llegando a la Corte. En el período entre julio de 2002 y diciembre de 2003, el Tribunal recibió ya más de 700 de estas comunicaciones. Más del 80 % de todos los incidentes denunciados no están comprendidos en la jurisdicción del Tribunal. No obstante, es necesario estudiar detenidamente cada uno de los casos que se plantean en cuanto a su contenido y recibir el denunciante la respuesta correspondiente.

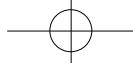
Todas estas complejas tareas deben ser cumplidas por un creciente número de funcionarios provenientes de unos 60 estados que reflejan diferentes culturas, experiencias y ámbitos lingüísticos.

### III. Recursos humanos

Actualmente, la CPI cuenta con un plantel de unos 200 empleados (*staff members*). Se suman, asimismo, 10 consultores y más de 30 contratados de corto plazo. Los contratos se celebran con carácter temporario y, en principio, tienen una duración de un año; no existen contratos permanentes, aunque sí la posibilidad de prolongarlos. Todas las vacantes son comunicadas a los estados parte y publicadas en el sitio web de la Corte.<sup>8</sup> En el mismo sitio se publican también los antecedentes que presentan los candidatos. El enorme interés que despierta trabajar en la Corte se traduce en el elevado número de postulaciones. En los últimos meses, la Corte recibió entre 800 y 1.500 postulaciones mensuales. La selección de los aspirantes se realiza sobre la base de un concurso en donde definen la selección un máximo de capacidad de desempeño, conocimientos técnicos y honestidad.<sup>9</sup> Otro criterio que se considera es una distribución adecuada de los puestos entre los estados parte, en particular en función de su respectiva contribución. También deben estar representados en forma equilibrada los sistemas jurídicos más importantes del mundo, además de asegurarse una relación equitativa entre empleados femeninos y masculinos.

El procedimiento de selección comprende diferentes etapas. En una primera etapa se hace una preselección de los aspirantes en virtud de la documentación presentada por cada postulante (*shortlist*). A tal efecto se ponderan la experiencia laboral y las calificaciones alcanzadas. Los candidatos que resultan preclasificados son invitados a una entrevista telefónica. A continuación, el Comité de Selección propone el respectivo postulante más calificado. Según el caso, la decisión final es tomada por el secretario o por el fiscal (éste tiene la última palabra en temas de personal de su área).

No solo se buscan juristas con experiencia en derecho penal e internacional, sino también personal de las áreas de policía judicial, administración de la justicia (como por ejemplo, expertos en temas de personal, tecnologías informáticas, biblioteca o seguridad), trabajo de prensa, trabajo de interpretación y traducción, así como trabajo de secretaría. El Tribunal requiere tanto profesionales sin experiencia como también personal con experiencia en su área específica. Las lenguas de trabajo de la Corte son el inglés y el francés. Las candidatas y los candidatos deben dominar al menos una de estas lenguas a punto tal que no solo puedan hacerse entender sino



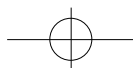
también desempeñarse en forma verbal y escrita en situaciones complejas, lo que presupone un elevado nivel de dominio del idioma.

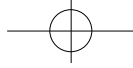
En lo personal, se requiere un elevado grado de incentivo y flexibilidad. Quien aspire a un entorno laboral establecido, incluso confortable y hasta cómodo, con procesos rutinarios y probados, probablemente deba prescindir de postularse para integrar el organismo. Trabajar en la CPI no solo es causa de dicha. Es necesario saber manejar el sentimiento de frustración que puede despertar el hecho de que más de una cosa todavía no funcione tan bien como sería de desear. Pero quien busque el desafío de realizar un aporte al imperio universal del derecho, contribuir a contrarrestar la impunidad de los crímenes más atroces en el mundo y trabajar al mismo tiempo en un equipo internacional, encontrará en el trabajo en la Corte una misión válida y fascinante.

#### IV. Leyes de implementación

El Estatuto de Roma no obliga expresamente a los estados a volcar en su legislación nacional el derecho penal material que reglamenta. No obstante, la concepción misma del Estatuto está basada en la noción de que enjuiciar a los autores de crímenes internacionales corresponde, en principio, a los propios estados. Por un lado, esto se infiere del principio de complementariedad. En efecto: el art. 17 del Estatuto de Roma establece que un enjuiciamiento por parte de la CPI solo es admisible en tanto y en cuanto no sea posible un enjuiciamiento a nivel nacional, ya sea porque el Estado en cuestión no está dispuesto a iniciar acciones penales o porque realmente no está en condiciones de hacerlo. Por otro lado, en el preámbulo del Estatuto, los estados parte expresan su voluntad de garantizar el enjuiciamiento nacional de los crímenes internacionales. El deber de perseguir penalmente a quienes cometen crímenes internacionales también se deduce de otros tratados internacionales como la Convención de la ONU para la Prevención y Castigo del Genocidio, las Convenciones de Ginebra y la Convención de la ONU contra la Tortura, que son vinculantes para la mayoría de los estados.

En las consideraciones que siguen se intentará describir con la debida concisión la postura adoptada por Alemania en relación con la legislación de implementación. Debemos, sin embargo, aclarar previamente a la

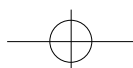




descripción del camino alemán, que éste es apenas uno entre varios posibles para la implementación del Estatuto de Roma.

Un estado parte puede elegir también el camino relativamente más sencillo de incorporar el Estatuto de Roma como derecho nacional, como lo ha hecho, por ejemplo, Gran Bretaña a través de la *ICC Act 2001*. En forma alternativa, un Estado también puede analizar su legislación nacional a la luz del Estatuto de Roma para identificar eventuales vacíos y, de ser necesario, introducir los cambios correspondientes en las leyes vigentes. Esto es lo que actualmente está ocurriendo en Austria. El enfoque elegido por Austria indica que todos los crímenes que abarca el Estatuto de Roma reflejan derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, son parte de la legislación austríaca nacional.<sup>10</sup> El legislador austriaco aprobó una ley especial únicamente en lo atinente a las disposiciones sobre cooperación con la Corte.<sup>11</sup> Una solución incluso menos tajante con respecto al derecho penal material consiste, en principio, en no hacer nada y sencillamente aplicar la legislación nacional ya existente a los crímenes comprendidos por el Estatuto. También esto sería suficiente, aun cuando es de suponer que dificultaría el enjuiciamiento de ciertos crímenes.<sup>12</sup>

No obstante, el legislador alemán se decidió por una solución más abarcadora, como la que supone la sanción de una ley completamente nueva: el Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch, VStGB*). A criterio de Alemania, se trata de la solución que menos dificultades acarreará a los jueces nacionales en la aplicación concreta del Estatuto, la que ofrece mayor seguridad jurídica y la que mejor toma en consideración el injusto específico de los delitos contra el derecho internacional. La legislación alemana vigente permitiría el enjuiciamiento de crímenes de guerra por parte de tribunales alemanes únicamente con considerables limitantes. Hasta ahora era de aplicación a los crímenes de guerra el derecho penal alemán general. Ello determinaba que, por ejemplo, alguien que había matado a un prisionero de guerra era condenado por asesinato (*Mord*) u homicidio simple (*Totschlag*) según los arts. 211 y 212 del Código Penal alemán (StGB). En este procedimiento no se traducía el injusto específico que radica en la violación a normas humanitarias básicas del derecho internacional.<sup>13</sup> Incluso se daba el caso de que otros crímenes de guerra reconocidos por el derecho internacional como, por ejemplo, el empleo de medios prohibidos en la conducción de la guerra como las llamadas balas *dum-dum*, no se encuadraban en ningún tipo especificado en el derecho penal alemán. Además, en el caso de un delito cometido en el extranjero, básicamente debía existir un punto de enlace con la jurisdicción



alemana –por ejemplo, la nacionalidad alemana de la víctima o del autor–. Por todos estos motivos, el legislador alemán tomó la decisión de ampliar el derecho penal mediante la sanción de un código penal internacional.

En primer lugar debe mencionarse que el Código Penal Internacional fue solo una de varias complementaciones del sistema jurídico alemán necesarias para introducir y ratificar el Estatuto de Roma. Otro paso fue la modificación introducida al art. 16 II de la Ley Fundamental, esto es, la Constitución alemana, para permitir la entrega de ciudadanos alemanes a la CPI.<sup>14</sup>

A pesar de la enmienda, sigue vigente que ningún alemán puede ser extraditado al exterior, pero por ley puede adoptarse una disposición en contrario para permitir la extradición a un estado miembro de la Unión Europea o a la Corte Penal Internacional, en la medida en que queden preservados los principios del estado de derecho. Esta base jurídica se creó mediante la Ley para la Ejecución del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998.<sup>15</sup>

El Código Penal Internacional\* entró en vigor el 30 de junio de 2002. Penaliza los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra mediante nuevos tipos que reflejan el derecho penal internacional vigente. El art. 1 del Código establece que sobre la base de esta ley pueden enjuiciarse crímenes cometidos en el extranjero, incluso cuando no presenten relación alguna con Alemania. Es decir, que el derecho penal alemán siempre es aplicable a crímenes atentatorios contra el derecho penal internacional. No obstante, en el Código Procesal Penal (StPO) se incorporó una disposición según la cual el procurador general interviniente puede prescindir de un enjuiciamiento, según lo dispuesto en el Código Penal Internacional, en caso de crímenes cometidos en el exterior, aun cuando no está obligado a hacerlo, si el imputado es un extranjero que no se encuentra en Alemania y presumiblemente no ingresará tampoco al país. Esta disposición tiene por finalidad contribuir a que, por un lado, los crímenes internacionales se enjuicien en todos los casos, siempre que sea posible para la justicia alemana; pero que, por el otro, se impida que la justicia alemana se vea sobrecargada por una avalancha de juicios sin perspectivas de prosperar. El trasfondo de esta medida es la obligación básica de la acusación en el derecho penal alemán.

\* N. de la R. de *DP*: Ver traducción al español en la presente edición, pág. 117.

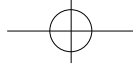
El derecho material del Código Penal Internacional alemán está inspirado en el Estatuto de Roma, pero no se atiene a su modelo de organización. A diferencia del Estatuto de Roma, el Código Penal Internacional reordena los crímenes en función de las cuestiones de fondo y no del tipo de conflicto. En muchos casos, los crímenes de guerra que según el Estatuto de Roma solo son aplicables a conflictos internacionales, se extienden también a conflictos armados no internacionales. Como resultado de ello, la mayoría de los actos contemplados en el Código Penal Internacional son punibles tanto en el caso de guerras internacionales como de guerras civiles. Aun cuando el Código va más allá del Estatuto de Roma, refleja el derecho internacional consuetudinario vigente.<sup>16</sup>

En el Estatuto de Roma se prescindió de establecer un marco penal para los diferentes tipos. Solo están contempladas disposiciones que indican las penas que la Corte puede dictar en general. Al aplicar una pena, la Corte tendrá en cuenta todas las circunstancias referidas al hecho y al victimario.<sup>17</sup>

Sin embargo, en el derecho alemán esto está reñido con la Ley Fundamental. El art. 103, inc. 2 de la Constitución no solo exige la determinación del delito sino también del marco penal. En consecuencia, el Código Penal Internacional concreta el apercibimiento de la pena y establece para cada tipo un marco penal. La pena mínima para cualquiera de las violaciones al Código es de un año de pena privativa de libertad. Todos los tipos son, sin excepción, crímenes (*verbrechen*). La pena máxima para actos que causaren (premeditadamente) la muerte de una persona es la pena privativa de libertad de por vida.

El Código Penal Internacional alemán concretiza los principios generales del derecho penal que la reglamentación del Estatuto de Roma más bien recoge con algunos vacíos. Por otra parte, se remite a la Parte General del Código Penal alemán (StGB), lo que significa, por ejemplo, que en el marco de los delitos (*straftaten*) contemplados en el Código Penal Internacional siguen vigentes las normas respecto de premeditación y dolo, equivocación y defensa propia.

Sin embargo, es conveniente aclarar que el Código Penal Internacional no contiene reglamentaciones finales respecto de crímenes cometidos en el marco de un conflicto armado. Esto significa que si un hecho no puede ser encuadrado en las disposiciones del Código, subsiste la posibilidad de un enjuiciamiento según el derecho penal alemán general. En aquellos casos en los que el crimen es punible tanto en el marco del derecho penal general



como también según las disposiciones del Código Penal Internacional, normalmente tendrá prioridad este último como *lex specialis*. Sin embargo, no se trata de una norma irrefutable. Es muy bien posible que ambos códigos se apliquen en forma paralela.

Con todo, existe una diferencia notable entre uno y otro código: las disposiciones del Código Penal Internacional serán interpretadas a la luz de la jurisprudencia de la CPI y otros tribunales internacionales, así como de la evolución general en el derecho internacional. Es de suponer que se producirá una suerte de ósmosis entre el derecho penal internacional y el derecho penal internacional alemán, que garantizará que la jurisprudencia alemana guarde concordancia con la jurisprudencia de la CPI.<sup>18</sup>

## V. Perspectivas

Aun cuando la Corte está pronta a su lanzamiento y dispuesta a trabajar en los primeros casos que se sometan a su jurisdicción, es obvio que restan muchos temas por resolver para que la CPI pueda cumplir su rol como nuevo tribunal internacional con la debida autoridad.

Una vez más, conviene hacer referencia a dos puntos especialmente importantes: en primer lugar, la necesidad de completar la tarea de contar con una estructura propia confiable, operativa y eficiente. Para ello hace falta, entre otras cosas, la selección de los colaboradores más calificados de los estados parte a través de un procedimiento de contratación equitativo y transparente.

En segundo lugar, la CPI debe hacer realidad su vocación universal. Junto con los estados parte, deberá promover medidas que contribuyan a aumentar el número de ratificaciones del Estatuto durante la próxima década, de manera de acercarse a un dominio global del derecho y poner fin a la impunidad de los crímenes centrales contemplados en el Estatuto.

En tercer lugar, el fortalecimiento y la promoción de la cooperación con los estados parte debe redundar en mejores condiciones de trabajo para la Corte. Cabe mencionar también la adecuada legislación de implementación por parte de los estados miembros para garantizar una cooperación ágil y eficiente.

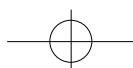
Una vez aseguradas todas estas condiciones, la Corte podrá ejercer de manera eficaz su función primaria, que es la de fijar nuevos estándares a



partir de juicios justos y ágiles y fallos que abran otros horizontes jurídicos y morales. Se tratará, sin duda, de una contribución importante para alcanzar un mayor grado de justicia internacional.

### Notas

1. Ver Zimmermann, Andreas, „The Creation of a Permanent International Criminal Court“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 2 (1998), pág. 169 y ss.; Kaul, Hans-Peter, „Auf dem Weg zum Weltstrafgerichtshof, Verhandlungen und Perspektiven“, VN 1997, pág. 177 y ss; Kaul, Hans-Peter, „Durchbruch in Rom – Der Vertrag über den Internationalen Strafgerichtshof“, VN 1998, pág. 125 y ss.; Kaul, Hans-Peter, „Der Aufbau des Internationalen Strafgerichtshofs, Schwierigkeiten und Fortschritte“, VN 2001, pág. 215 y ss.
2. En ese mismo sentido Werle, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, 2003, pág. 2 y ss.
3. Actualmente, los estados parte son 93 y su número va en aumento, a pesar de los esfuerzos en contrario de la actual administración estadounidense.
4. Ver Fixson, Oliver - Westdickenberg, Gerd, „Das Verbrechen der Aggression im Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs“, en Frowein, Jochen - Scharioth, Klaus - Winkelmann, Ingo - Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Verhandeln für den Frieden/Negotiating for Peace - Festschrift für Tono Eitel*, 2003, pág. 483 y ss.
5. Ver Patrick Robinson, „The Missing Crimes“, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Volume 1, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones.
6. Ver también: Kaul, Hans - Peter - Kress, Claus: „Jurisdicción y cooperación en el estatuto de la Corte Penal Internacional: principios y compromisos“, en Kai Ambos *et al.*, *La nueva Justicia penal supranacional-Desarrollos post-Roma*, págs. 297-342, Valencia, 2002.
7. Respecto de la lucha por la competencia de la Corte, según el art. 12 del Estatuto de Roma, ver Kaul, Hans-Peter, „La Corte Penal Internacional: la lucha por su competencia y su alcance“, en Kai Ambos - Oscar Julián Guerrero, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999; Kaul, Hans-Peter, „A Corte Internacional Criminal: A Luta pela sua Instalação e seus Esopos“, en Fauzi Hassan Choukr - Kai Ambos, *Tribunal Penal Internacional*, Editora Revista dos Tribunais Ltda., Sao Paulo, 2000, págs. 109-124.
8. [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)



9. Ver art. 44 II del Estatuto de Roma.
10. Ley de la Constitución Federal de Austria (B-VG), artículo 9. (1) Las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional tendrán validez como parte integrante del ordenamiento federal.
11. Ley Federal sobre la Cooperación con la Corte Penal Internacional del 13 de agosto de 2002.
12. El sitio web del Consejo de Europa ofrece un panorama general del estado actual de la implementación en diferentes Estados:  
<http://www.legal.coe.int/criminal/icc/>  
En este contexto, también resulta interesante el proyecto Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen im internationalen Vergleich, Prof. Dr.Dr.h.c.mul.Albin Eser, M.C.J./Helmut Kreicker, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau [Enjuiciamiento nacional de crímenes internacionales en la comparación internacional, M.C.J./Helmut Kreicker, Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional].
13. Werle - Nerlich, *Die Strafbarkeit von Kriegsverbrechen nach deutschem Recht, Humanitäres Völkerrecht*, Heft 3, 2003, pág. 124 ss.
14. Ver Ley Fundamental para la República Federal de Alemania promulgada el 23 de mayo de 1949 (Boletín oficial (BGBl.) I pág1); versión en vigencia desde el primero de noviembre de 2002 a partir de la ley aprobada el 26. 7. 2002 ( Boletín Oficial (BGBl. I pág. 2863).
15. Boletín Oficial (BGBl. I) del 28 de junio de 2002, págs. 2144-2165.
16. Werle - Nerlich, *Die Strafbarkeit von Kriegsverbrechen nach deutschem Recht, Humanitäres Völkerrecht*, Heft 3, 2003, pág. 127.
17. Ver arts. 77 y 78 Estatuto de Roma.
18. Ver también Werle - Nerlich, *Die Strafbarkeit von Kriegsverbrechen nach deutschem Recht, Humanitäres Völkerrecht*, Heft 3, 2003, pág. 134

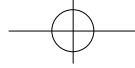
## RESUMEN

El 11 de marzo de 2003 se celebró la ceremonia oficial de inauguración de la Corte Penal Internacional en La Haya durante la cual prestaron juramento los primeros 18 magistrados que integran el primer tribunal penal mundial permanente en la historia de la humanidad. Actualmente trabajan en el nuevo tribunal unas 230 personas provenientes de más de 50 estados, entre ellas numerosos juristas y colaboradores altamente calificados de diversos estados latinoamericanos como Brasil, Argentina y Colombia, entre otros.



Se estima que los primeros casos serán sometidos al Tribunal en el año 2005. La presente contribución ofrece un compacto resumen de la actual situación del nuevo tribunal. A tal efecto, en una primera parte se resumen los principios básicos del Estatuto de Roma, que dio origen a la institución. Sigue una concisa descripción de las complejas tareas que deberán completarse en el marco de la creación y organización del organismo. Dado que en América Latina existen importantes sectores interesados en incorporarse al trabajo en la Corte Penal Internacional, se presentan los procedimientos y principios que regulan la contratación de personal. La Corte no posee policía propia y tampoco poder de ejecución, por lo que obligadamente dependerá del apoyo que puedan brindarle los estados parte. A la vez, es deber de estos sancionar las correspondientes leyes de implementación que les permitirán perseguir eficazmente los crímenes centrales sobre los que tendrá competencia la Corte, según queda establecido en el Estatuto de Roma. El camino elegido por Alemania de sancionar un código de derecho penal internacional especial ha merecido gran atención internacional. Por lo tanto, sobre el final se analiza resumidamente este Código. La contribución concluye con una proyección del rol de la Corte en los esfuerzos por lograr más justicia internacional.

*Diálogo Político*. Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C.  
Año XXI - N° 3 - Septiembre, 2004



# Un estado de derecho común en el mundo

Julio De Zan

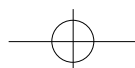
## I. Introducción

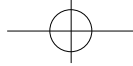
La idea de un derecho común o “cosmopolita” fundado en los derechos humanos como derechos morales universales hace abstracción en este trabajo de los problemas del derecho internacional que intenta regular las relaciones entre los estados; hace abstracción también de las teorías o propuestas políticas de la construcción de un orden mundial que avance más allá del “modelo de Westfalia” sobre el equilibrio de las potencias y del modelo, teóricamente vigente, de la Carta de las Naciones Unidas, así como de la actual situación de hegemonía *de facto* de una superpotencia dominante. La idea con la cual voy a trabajar se inspira en el ideal cosmopolita del estoicismo antiguo, que se reencuentra en Kant y que ha sido reactualizado por algunos pensadores contemporáneos como M. Nussbaum. La expresión griega *kosmou politês*, atribuida por Diógenes Laercio a otro Diógenes, el Cínico (y que quizás se remonta al propio Sócrates), no tiene que ver con una idea de gobierno mundial y conlleva más bien un sesgo antiestatal (O. Höffe, 1999, pág. 3).

El conjunto de esas abstracciones metódicas que he declarado desde el comienzo a fin de acotar el tema al espacio aquí disponible no significa, sin embargo, desconocer o restar importancia al hecho de que el progreso hacia la implementación efectiva de un derecho cosmopolita requiere, por cierto,

JULIO DE ZAN

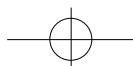
Investigador del CONICET y profesor en la Universidad Nacional de Entre Ríos y en la Universidad Nacional de Gral. San Martín.

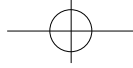




la existencia de un derecho internacional y de un orden político global más democrático, más justo y más avanzado que el que tenemos en la actualidad. Pero los avances en estos otros campos pueden realizarse de muy diferentes maneras y, de hecho, existen distintas propuestas teóricas rivales al respecto que no podría discutir en este lugar. Si bien trataré de evitar aquí esos otros debates, los puntos de vista que voy a proponer sobre los derechos humanos y sobre el estado de derecho cosmopolita pueden valer también en sentido general como contribuciones para la discusión sobre las condiciones de legitimidad del derecho internacional público y privado y de la constitución de un orden político global diferente. Esta idea de un derecho cosmopolita, tal como aquí la entendemos, comprende el reconocimiento universal de los derechos humanos como *derechos fundamentales* y se conecta con la tradición antigua del *derecho de gentes* que ha sido recuperada en algún sentido recientemente por J. Rawls en su último libro, *El derecho de gentes* (2001). De este libro de Rawls rescato especialmente la idea de que *los sujetos del derecho de gentes no son los estados*, como es el caso del derecho internacional en su concepción más corriente, *sino los pueblos*. No “el hombre” en abstracto, ni “la humanidad” como un colectivo, sino los pueblos individuales y diferentes, los cuales tienen sus ordenamientos domésticos en los estados, pero cuyas facultades jurídico-políticas y morales no deben quedar clausuradas en estos espacios particulares. “La idea de pueblo es crucial en este punto, por cuanto nos habilita para atribuir a los pueblos como actores motivos morales que no podemos predicar de los Estados... Debemos reformular las facultades de soberanía a la luz de un razonable derecho de gentes y negar a los Estados derechos a la guerra y a la irrestricta autonomía interna... Con este último aspecto tiene que ver, de manera más obvia, la función de los derechos humanos, como resultado del esfuerzo por definir y limitar la soberanía interna del Estado” (Rawls, 2001, págs. 29 y 38).

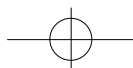
El punto de vista de este ensayo, en cambio, se diferencia netamente de la concepción de un derecho penal internacional en el sentido de *Peace through Law*, de H. Kelsen (1944), el cual imaginaba “un sistema de seguridad internacional caracterizado por un alto grado de centralización” que podría garantizar la paz entre los estados y eliminar la guerra mediante la fuerza de la ley. El fantasma de un gran Leviatán planetario que concentra el monopolio de la fuerza conlleva en la práctica la abolición de la independencia y del pluralismo político de los estados, y esta “utopía”, que ha sido renovada por algunos autores contemporáneos, me parece tanto o más terrorífica que la guerra que se

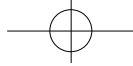




cree poder eliminar de una sola vez y para siempre por este medio. Si bien éste no es aquí el tema, quisiera intercalar una observación de D. Zolo sobre las propuestas mencionadas. “La suma de las propuestas del pacifismo legalista se caracteriza por el supuesto racionalista de que es posible ‘desarmar a los Estados’ y ‘abolir la guerra’ mediante instrumentos jurídicos normativos... Estas propuestas terminan apoyando a los que piensan que la paz solamente se podría lograr concentrando en manos de una organización internacional una fuerza militar (o policial) tan poderosa que fuera capaz de sofocar todo conflicto local o regional... Cualquier ‘operación policial’ ejercida por un órgano supranacional que posee el monopolio mundial de la fuerza, está destinada a asumir todas las connotaciones de la guerra. La guerra del Golfo demostró la imposibilidad teórica y práctica de distinguir entre una operación de policía internacional y una guerra en el pleno sentido de la palabra [y mucho más la continuación de aquella operación con la posterior invasión a Irak]... Finalmente... una guerra librada en nombre o por cuenta de un supremo organismo internacional, inevitablemente, tiende a asumir no sólo las características de una guerra legal y legítima, sino también las de una ‘guerra justa’, las de una cruzada en nombre del orden mundial... en la que se tiende a criminalizar al enemigo como moralmente innoble, como enemigo de la humanidad y como encarnación del mal” (D. Zolo, 2000, págs.159-160). Tales operaciones justicieras se transforman fácilmente en las guerras más inhumanas, desproporcionadas y carentes de límites, como había advertido ya C. Schmitt.

Pienso que es importante defender tanto el pluralismo político en el interior del Estado, como el pluralismo político de los estados en el mundo, porque ambos son condiciones necesarias, aunque no suficientes, de la existencia de la libertad y de la democracia. Pero la preservación del pluralismo como un valor importante no puede llevarnos a olvidar la igualdad de todos los hombres como sujetos de los mismos derechos fundamentales, ni a desconocer el hecho de que el mundo es uno sólo, y que el proceso de la integración global aparece como un hecho irreversible. Pueden y deben cuestionarse en muchos aspectos las formas actuales de la unificación del mundo, especialmente porque “parece que en este proceso toda identidad se encuentra amenazada; pero, sin embargo, al mismo tiempo, la apertura a la universalidad que se realiza en todas las dimensiones de la vida social, política, económica y cultural tiene su raíz más profunda en la relación esencial de identidad y universalidad que es constitutiva de la autoconciencia racional propia del hombre” (J. De Zan, 1999, págs. 69-84).

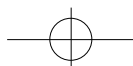


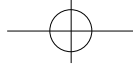


## II. Los derechos humanos

Voy a prescindir aquí de una exposición sobre la fundamentación filosófica de los derechos humanos. De ninguna manera pienso que el debate de fondo sobre este problema carezca de significado o que sea un debate ocioso. Creo, por el contrario, que la filosofía política contemporánea tiene mucho que aprender, por ejemplo, de la idea clásica, de base antropológica y metafísica, del derecho natural, y de las teorías procedimentales de carácter trascendental kantiano, o reconstructivistas, de la ética y del derecho. Pero ése no es el tema de este ensayo y creo, además, que es posible partir de una explicación más modesta de los derechos humanos que nos permitirá aventar los reparos hoy en boga contra esta doctrina, especialmente los que “se travisten bajo la capa del multiculturalismo o el derecho a la diferencia” (la expresión es de A. Valcarce, 2002, pág. 62) y trabajar en el tema propuesto, con una idea provisoria pero suficientemente clara de los derechos humanos como universales.

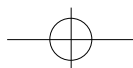
El reconocimiento de los derechos humanos, como también de los derechos civiles, políticos, sociales y culturales es, de hecho, el resultado de un lento y trabajoso proceso de *aprendizaje* que se ha desarrollado a lo largo de toda la *evolución histórica* de la civilización humana, y este aprendizaje es siempre, todavía, una tarea inconclusa que tiene avances y retrocesos y que no podrá darse nunca por concluida mientras la historia siga en movimiento y el futuro permanezca abierto. La civilización humana comprende una pluralidad de culturas y de historias particulares en las cuales estas situaciones y relaciones sociales más o menos estabilizadas y previsibles, con fuerza normativa, que llamamos “derechos”, han cobrado formas y desarrollos especiales y desiguales, pero en el contexto de estas diferencias culturales se reencuentran los rastros de procesos análogos de aprendizaje. Una de estas constantes históricas es que los seres humanos no han nacido en ninguna parte con la formación (*Bildung*) moral y jurídica incorporada como cualidades naturales. Por eso debemos decir que *el lenguaje* del “derecho natural” es de alguna manera equívoco, y esta equívocidad se ha transferido al discurso de los derechos humanos. La idea y la realidad de los derechos son *conquistas históricas* que se han logrado en los diferentes lugares mediante procesos similares de *luchas por el reconocimiento*. Esta historia ha tenido que recorrer duras etapas de reconocimiento selectivo y unilateral, como en las relaciones de *dominación y servidumbre*, hasta alcanzar la forma de

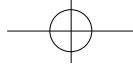




un reconocimiento recíproco e igualitario, que es el único que merece el nombre de “estado de derecho”. En una primera instancia, el reconocimiento recíproco ha sido todavía selectivo y limitado, *entre nosotros*, los miembros de la comunidad particular o los ciudadanos de la *polis*, como en el caso de la antigua *polis* griega y de su filosofía (Platón y Aristóteles), en la que *la exclusión de los otros*, de los no helenos y de los esclavos no era experimentada todavía como un problema moral. Una nueva etapa de este proceso histórico es la que se alcanza con la universalización de este reconocimiento recíproco y la formación que tiene lugar en algunas culturas del concepto de *persona* (moral y jurídica), que debe ser reconocida como tal, con iguales derechos que toda otra persona, independientemente de su nacionalidad, género, clase social y cualquier otra determinación particular. De esta manera se ha formado en la historia el sentido de los derechos humanos, cuya formulación se produce en primer lugar, para nosotros, en el ámbito de la cultura occidental europea. Las fundamentaciones filosóficas de estos derechos son, por lo tanto, todas tardías y *a posteriori*.

Si bien los textos declarativos de los derechos humanos han sido firmados casi unánimemente por los países actuales, sigue existiendo la sospecha de que la formulación de su contenido refleja más que nada el resultado de la historia particular del occidente europeo con sus crueles guerras de religión, el distanciamiento crítico ilustrado de las tradiciones premodernas, el sentido de las libertades privadas que caracteriza a la modernidad, el individualismo de la sociedad burguesa y el trabajoso aprendizaje de la tolerancia que los hombres se han visto forzados a aceptar como consecuencia de estas experiencias. No obstante la pretensión de universalidad de los derechos humanos y de la moralidad de tipo kantiano, sus principios son también el producto de la evolución de una historia particular, la de la cultura y la filosofía occidental, que ha llegado con la Ilustración a este punto de vista moral. Esta comprobación de su origen o de la génesis histórica no representa todavía, sin embargo, ningún argumento para la impugnación de la validez racional de estas ideas. Las aclaraciones genealógicas se refieren a cuestiones de hecho y poco aportan a la legitimación o deslegitimación de derecho (*la quaestio juris*), salvo en las materias regidas por leyes hereditarias (como los títulos de nobleza o de propiedad privada). Sin embargo, estas aclaraciones históricas debilitan la fuerza probatoria de las deducciones de tipo racionalista y obligan a prestar mayor atención a los procedimientos de la búsqueda de





entendimiento intersubjetivo mediante el diálogo argumentativo. El reconocimiento de la pretensión de universalidad de los contenidos que se incluyen en los derechos humanos tiene que ponerse a prueba y pasar por la confrontación con las convicciones del *ethos* de las otras culturas. De esta confrontación saldrán probablemente enriquecidos, pero también purificados y despojados del sesgo particular de su contexto de origen en la ilustración europea. Pero esta historia del diálogo intercultural que permite abrir efectivamente el etnocentrismo no podrá ni siquiera comenzar si de entrada abandonamos la pretensión de universalidad de nuestras propias convicciones y quedamos encerrados en el relativismo, que concibe la diferencia de las culturas como mónadas cerradas e incommunicables que nada tienen en común y que, por lo tanto, no pueden entenderse ni aprender las unas de las otras. A quienes se oponen al discurso de los derechos humanos por temor a caer en el odioso etnocentrismo occidental nordatlántico podríamos invitarlos a considerar el hecho de que, parafraseando expresiones del filósofo del derecho Bruce Ackerman, ya no hay ninguna cultura en la que las mujeres no ansien la igualdad de derechos, ninguna sociedad en la que los individuos no deseen ser respetados como personas, ningún país alejado del Atlántico norte en el que las personas no aspiren a disponer de los medios mínimos para satisfacer adecuadamente las necesidades de la subsistencia y disfrutar de alguna forma de bienestar, etc.

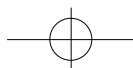
Se ha intentado buscar en las historias de otras culturas valores y contenidos homologables a las formulaciones occidentales de los derechos humanos. Como ha mostrado Paul Ricoeur, es necesario, sin embargo, asumir la siguiente paradoja: “Por una parte, mantener la pretensión universal vinculada a algunos valores en los que lo universal y lo particular se encuentran entrecruzados; por otra, ofrecer a la discusión esta pretensión de universalidad, en confrontación con las convicciones propias de otras formas de vida”. Esta situación se plantea siempre, y no solamente con respecto a los derechos humanos, en la medida en que no trabajamos con universales puros, sino contaminados por la particularidad y la historicidad de nuestras experiencias. “Esta noción de universales en contexto, de universales potenciales o incoativos es, a mi entender –continúa el autor citado–, la que mejor explica el equilibrio reflexivo que buscamos entre universalidad e historicidad. Solamente una discusión real, en la que las convicciones diferentes son invitadas a elevarse por encima de las meras convenciones, podrá decir, al término de una larga historia [de diálogo intercultural] aún por venir, qué



presuntos universales llegarán a ser universalmente reconocidos como tales” (P. Ricoeur, 1996, pág.319).

Un buen ejemplo de este problema me parece el libro de C. Nino, *Ética y Derechos Humanos* (1984), el cual presenta una muy buena exposición sistemática (la más clara que yo he leído) de los derechos humanos fundamentales como “derechos morales” universales. Pero el libro de Nino, de directa inspiración rawlsiana, fue escrito diez años antes de que el propio Rawls publicara su segunda obra fundamental, *Political Liberalism* (1993), donde es posible ver de manera sistemática las autocorrecciones de la concepción que había expuesto en *Una teoría de la justicia* (1971), en las que venía trabajando desde hacía algunos años. A la luz de este otro libro de Rawls, la enumeración y el desarrollo que hace Nino de los derechos humanos aparece demasiado concretista y comprometida con una particular filosofía sustantiva del liberalismo. Debería criticarse, por lo tanto, como “una doctrina comprensiva” del tipo de las que no pueden ingresar sin más en el discurso público, porque son expresión de un “liberalismo filosófico” y no político, en el sentido de Rawls, el cual contiene demasiados presupuestos que no son compartidos por quienes profesan otras concepciones del hombre y de la filosofía política y otras ideologías diferentes del individualismo liberal. Este buen libro de nuestro malogrado compatriota debería alivianarse, entonces, de esos compromisos filosóficos sustantivos para destilar de su sistematización una doctrina universalizable que pudiera adecuarse a la idea de la “razón pública” de *Liberalismo político*, a fin de poder ingresar sin reparos en el discurso público del derecho y de la política (la mencionada idea de razón pública ha sido más aclarada por Rawls en la nueva introducción a la edición inglesa del citado libro de 1996, y revisada nuevamente en su tercer libro principal *The Law of Peoples* (1999)). No obstante estas observaciones, podemos encontrar también en el libro de Nino buenas indicaciones formales procedimentales que sería posible explicitar y desarrollar para reemplazar la fundamentación más sustantiva en la que el autor introduce sus propias convicciones filosóficas y políticas particulares, por cierto muy respetables, y muchas de las cuales uno puede compartir personalmente, pero que no podrían darse por presupuestas en otros contextos culturales e ideológicos, y no tan lejanos, sino incluso en ámbitos más representativamente latinoamericanos.

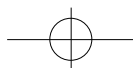
Las múltiples declaraciones sobre los derechos humanos suscriptas por la mayoría de los estados representan sin duda un progreso moral, pero

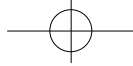




tampoco instituyen estos derechos sino que formulan y ratifican algunas de las conquistas generalizables de las luchas sociales que han tenido lugar en diferentes pueblos. Pero la protección efectiva de estos derechos requiere todavía, por cierto, otro paso decisivo. Como ha escrito Norberto Bobbio: “Sólo se podrá hablar con verdad de protección internacional de los derechos humanos cuando una jurisdicción internacional consiga imponerse y superponerse a las jurisdicciones nacionales, y se realice el paso desde la [supuesta] garantía dentro del Estado, que todavía caracteriza predominantemente a la fase actual, hasta la garantía *contra* el Estado” (N. Bobbio, 1990, pág. 37). Es decir, la garantía de los derechos humanos presupone el reconocimiento, por parte de los estados, del derecho de cada sujeto humano individual para apelar a instancias exteriores al propio Estado, toda vez que haya sufrido vejaciones o abusos y entienda que no ha sido adecuadamente satisfecho su reclamo de justicia. El reconocimiento de este derecho implica una limitación de la soberanía del Estado y el otorgamiento a la instancia externa de los organismos internacionales de un poder suficiente para que sus decisiones sean respetadas, lo cual conlleva la justificación de alguna forma de “intervención humanitaria” internacional en el interior de los estados, por lo menos en los casos extremos de genocidio y de violaciones aberrantes de los derechos. Es claro que esta doctrina de los derechos humanos *en serio* tiene ya un sentido cosmopolita, por cuanto reconoce a las personas individuales el rango de sujetos morales y de derecho en el mundo o en el ámbito internacional, y rompe con la concepción jurídica que reserva solamente para los estados o entes colectivos el carácter de sujetos del derecho internacional. El desarrollo de la doctrina de los derechos humanos lleva lógicamente a esta consecuencia de “una ciudadanía cosmopolita” y a un estado de derecho sin fronteras que protege los derechos fundamentales de todo ser humano por igual. Para algunos autores, esta doctrina implicaría también necesariamente la idea de un “constitucionalismo global”.

Si bien el proceso de la globalización del derecho está muy retrasado y será más lento que la globalización de los mercados y las finanzas (como lo fue el desarrollo de los derechos sociales con respecto a la revolución industrial y a la formación del capitalismo nacional), tampoco es un mero *desiderátum* utópico porque de hecho “ya vivimos en un mundo de comunidades de destinos superpuestos” o interdependientes, en el cual los estados nacionales han ido perdiendo el poder y la capacidad exclusiva para determinar el destino de los seres humanos que han nacido dentro

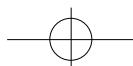




de sus fronteras, entre otras cosas, porque estas fronteras se encuentran masivamente perforadas por el tráfico de las informaciones, los bienes y las personas (D. Held, 1995 y 2002).<sup>1</sup> “La clásica preocupación liberal por la limitación del poder del gobierno debe extenderse a la esfera internacional con el fin de garantizar la primacía de los seres humanos como agentes políticos y morales... Con esto no quiero decir que toda afirmación de identidad nacional o cultural sea irrelevante desde el punto de vista moral, ni tampoco que los estados deban abolirse. Simplemente sugiero que estos deben respetar las aspiraciones de justicia de sus miembros, objetivo que ha de garantizarse internacionalmente. No pienso que esté proponiendo ninguna utopía... Desde el fin de la segunda guerra mundial casi todos los estados han suscrito una amplísima lista de convenios internacionales en materia de derechos humanos con efectos vinculantes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite demandas de ciudadanos individuales que inician procedimientos en contra de sus propios gobiernos. Aunque la implementación efectiva de sus sentencias esté lejos de gozar de garantías suficientes, la legitimidad y credibilidad del TEDH son tales que raramente una sentencia dictada en Estrasburgo no se ejecute” (N. Torbisco Casal, 2003, págs.118-119).

### III. ¿Una sociedad civil cosmopolita?

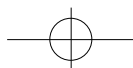
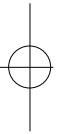
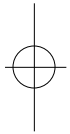
En los países latinoamericanos (y especialmente en la Argentina), las ideas cosmopolitas suelen chocar con la resistencia ideológica de los nacionalismos y de los intereses corporativos de las altas burocracias del Estado y de las poderosas organizaciones paraestatales, como los partidos políticos. Ya he intentado deslindar más arriba el cosmopolitismo de la idea de un Estado y un gobierno mundial, pero es preciso aludir también a la inevitable asociación con otra remanida palabra de muy ambiguo significado: la “globalización”. Para realizar un análisis crítico de la globalización es preciso diferenciar, en la medida de lo posible, los procesos objetivos a los que alude éste término de los usos ideológicos del mismo. El sociólogo francés P. Bourdieu ha hablado con razón del “mito de la globalización”: “Se oye decir machaconamente –y es lo que crea la fuerza de este discurso dominante– que no hay oposición posible a la visión neoliberal, que se presenta como algo evidente, contra lo que no cabe ninguna alternativa... La globalización es

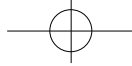




un mito en el peor sentido del término, un discurso poderoso, una idea matriz, una idea que tiene fuerza social, que consigue que se crea en ella. Es el arma principal de las luchas contra las adquisiciones del estado de bienestar... Convierte en norma de todas las prácticas y, por lo tanto, en reglas ideales, las regularidades reales del mundo económico abandonado a su lógica, la llamada ley del mercado, es decir, la ley del más fuerte. Ratifica y glorifica el reinado de los llamados mercados financieros, o sea, el retorno a una especie de capitalismo radical, sin otra ley que la del beneficio máximo, capitalismo sin freno y sin maquillaje” (Bourdieu, 1999, págs. 43-63).

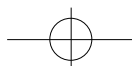
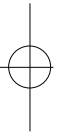
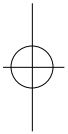
Frente a la presión estructural de las coacciones del mercado globalizado, los estados nacionales y la legislación social parecen ser absolutamente impotentes porque se trata de un proceso global incontrolable. Este proceso económico transnacional, que avanza con total impunidad al amparo de las grandes lagunas normativas del derecho internacional o de la deficiencia de las garantías correspondientes, será efectivamente incontrolable (como señala también Bourdieu) mientras los bloques de naciones y los movimientos sociales internacionales no tomen la decisión política de regularlo y de globalizar también de manera eficaz las exigencias de justicia y solidaridad. Lo cierto es que, como lo había previsto en cierto modo el propio Marx, en el contexto de la globalización ya no es viable la justicia social en un solo país. Porque si en Brasil o en Asia, por ejemplo, los trabajadores no han alcanzado las conquistas de los países con derechos laborales y sociales más avanzados y perciben salarios indignos en el límite del estado de indigencia, los mercados ejercerán una presión irresistible para los países más débiles, que forzarán también a estos otros a aplicar políticas sociales regresivas para poder competir en el mercado regional y global. En la medida en que no acepten esta regresión, pierden competitividad, quedan afuera de los mercados y ven destruidas sus fuentes de trabajo, con el consiguiente crecimiento de las altas tasas de desocupación y de exclusión social. Esto es lo que ha ocurrido precisamente en la Argentina de finales de los 90. El nuevo modelo exportador que se impuso luego consiguió una cierta reactivación económica por medio de una brutal transferencia regresiva de los ingresos, que produjo una drástica reducción de los salarios reales y el empobrecimiento de las grandes mayorías con ingresos fijos hasta caer en buena parte por debajo de la línea de pobreza. Esta lógica perversa de la globalización económica no se frena, sin embargo, mediante un paso atrás, saliéndose de la globalización; solamente se puede

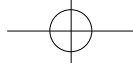




enfrentar avanzando hacia adelante, mediante políticas sociales regionales y globales concertadas y mediante la globalización de los derechos laborales y sociales. Si bien esta es la respuesta estructural a largo plazo, se requieren, por cierto, políticas nacionales más inteligentes que las que hemos tenido en el largo proceso de la transición.

El reclamo de la universalización de los derechos sociales o de una sociedad civil cosmopolita más igualitaria con estándares mínimos comunes de ingresos, educación y seguridad social, etc., no es una mera utopía en el mundo contemporáneo. Esta exigencia moral de los derechos humanos de segunda y tercera generación tiene una oportunidad inédita porque las propias economías de los países centrales se ven enfrentadas en cierto modo con el mismo problema, o con un problema simétrico, a causa de las grandes desigualdades de las condiciones laborales o del costo de la mano de obra, para decirlo en términos económicos. “El capital desterritorializado que, por así decirlo, queda exento de la obligación de quedarse en casa en su búsqueda de oportunidades de inversión y de beneficios especulativos, puede amenazar con hacer uso de su opción de salida cuando un gobierno plantee restricciones gravosas para las condiciones de la inversión interna intentando proteger los valores sociales...” (Habermas, 2000, pág.125). No solamente el capital financiero sino también las empresas, especialmente las de mano de obra intensiva, cambian rápidamente de domicilio buscando menores costos impositivos y laborales que incrementen su competitividad en el mercado global. Puede pensarse que la importante ampliación reciente de la Comunidad Europea y la inclusión de las sociedades más atrasadas del continente obedece, precisamente, a estos motivos de la búsqueda de una cierta homogeneización de las sociedades y de las leyes laborales que frene la ola de mudanza de empresas de los países Europa central hacia las sociedades más pobres del Este en busca de mano de obra barata. En los actuales debates del Viejo Continente sobre la globalización y sobre los problemas de la integración regional de la Unión Europea, J. Habermas ha apoyado la posición de quienes consideran que la UE debe comprenderse como un paso hacia formas de integración más fuertes y más amplias a través de la constitución de una verdadera federación. “Solamente con este último paso podría cobrar la suficiente fuerza política como para decidir la aplicación de medidas *correctivas* de los mercados y establecer mecanismos reguladores *redistributivos*. Las posturas cosmopolitas contemplan un estado federal europeo como un punto de partida para desarrollar una red de

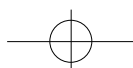


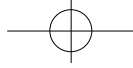


regímenes transnacionales que, aun en ausencia de un gobierno mundial, pueda desembocar en algo análogo a una política doméstica global” (Habermas, 2000, pág. 131). La cuestión más difícil que habrá de plantearse en este camino de la integración del mundo es la de las inevitables restricciones del consumismo desenfrenado de los países más ricos. Muchas voces han advertido que los recursos del planeta no podrían soportar la generalización de los niveles de consumo de las actuales sociedades opulentas. Debería decirse, por lo tanto, que su forma de vida tampoco podría soportar el test del principio de la moralidad formulado por Kant.

Al mito de los globalifílicos, desenmascarado con bastante precisión en el citado texto de Bourdieu, se enfrenta el mito de la globalifóbicos. “Hay muchos mitos entorno a la globalización –escribe D. Held–, y hay uno en especial que resulta pernicioso; a saber, la imagen de que la era actual está cada vez más determinada por mercados, procesos económicos y poderes sociales transnacionales que necesariamente escapan al control de los estados y de los políticos. La proliferación de mercados de bienes, servicios y finanzas ha alterado por cierto el campo de lo político. Pero la historia de la globalización no se verifica solamente en la expansión de los mercados, la desregulación y la abdicación de la política (sino también en el terreno del movimiento de las ideas, del diálogo de las culturas, de la movilidad de las personas); y es también una historia de aspiraciones cada vez mayores a *un derecho y una justicia internacionales*. Desde el sistema de las Naciones Unidas hasta la Unión Europea; desde las restricciones del derecho de guerra hasta la consolidación de los derechos humanos; desde la aparición de las normativas internacionales sobre el medio ambiente hasta la fundación del Tribunal Penal Internacional; todo esto cuenta también otra narración: el relato de los intentos de enmarcar de nuevo la actividad humana, y sujetarla a la ley, el derecho y las responsabilidades.”<sup>2</sup>

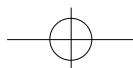
La trama de este otro relato abierto de la historia contemporánea se encamina, para D. Held, hacia la formación de una suerte de “democracia cosmopolita”. Como claros ejemplos del despertar de un *ethos* democrático en esta escala podrían interpretarse las múltiples conferencias organizadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de otras iniciativas internacionales como las ONGs vinculadas con los derechos humanos, la preservación del medio ambiente, las luchas de género, etc., para debatir y proponer declaraciones y acciones sobre temas como el desarrollo humano, la situación de las mujeres, los problemas ecológicos, la pobreza y el

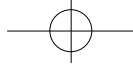




hambre en el mundo, y otros problemas que afectan a la humanidad actual. Estas conferencias que se multiplican constantemente y abren un foro o *un espacio público político global* de diálogo y formación de opinión pública independiente de los dominios de los estados nacionales, representan experimentos incipientes de democracia cosmopolita, los cuales generan un nuevo poder comunicativo, todavía débil, pero que “sugiere ya nuevas formas de participación, responsabilidad y representación”. Se puede hablar, en esta perspectiva, de una ampliación o de un nuevo tipo de ciudadanía que va más allá del privilegio de las minorías que disponen de dos o más pasaportes, una “ciudadanía cosmopolita” que corresponde a todos los habitantes de la tierra, la cual conlleva nuevos derechos y obligaciones y tiene que ser respaldada por una legislación transnacional o cosmopolita a la cual puedan apelar los ciudadanos cuando sus derechos como ciudadanos del mundo hayan sido violados por el Estado de su residencia. Otros autores observan que en la época posmoderna los individuos se experimentan cada vez más como “ciudadanos peregrinos” cuyas lealtades cambian y se identifican con la comunidad política invisible de sus ideas, de sus esperanzas y de sus sueños. Pero “para que el cosmopolitismo resulte creíble debe combinarse con la crítica al globalismo éticamente deficiente representado por el pensamiento neoliberal, que está siendo puesto en práctica [por el sistema autonomizado de los mercados y las finanzas] de una manera tal que minimiza [o subvierte] el contenido ético y visionario de pensar el mundo como un todo..., y nada tiene que ver con la imagen moral de los estoicos” (R. Falk, 1999, pág. 71).

Hemos visto cómo intelectuales “progresistas” (para emplear un término en boga entre los comunicadores sociales bienpensantes) de primer nivel como P. Bourdieu, D. Held, J. Habermas y R. Falk concuerdan en esta orientación cosmopolita y exponen argumentos complementarios orientados a movilizar en las sociedades civiles (es decir, en los movimientos sociales, sindicales, de los derechos humanos, etc.) de los países más avanzados la conciencia de que la viabilidad de los justos reclamos en defensa del “gasto social” (en salud, educación, salarios) es cada vez más *sistémicamente* interdependiente del incremento correlativo de estos mismos *costes* en las economías de los países periféricos. Es decir, que hay *una comunidad de intereses en la sociedad civil cosmopolita frente al sistema de la economía global*. Esta disputa de la *sociedad civil* vs. el *sistema* de la economía globalizada será la lucha del siglo XXI.

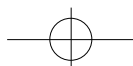
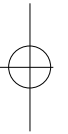
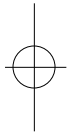


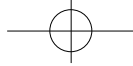


Sin embargo, es preciso reconocer que el lenguaje de la “democracia cosmopolita” no está exento de ambigüedad, porque la palabra “democracia” (que conlleva la raíz griega de la palabra *kratos*= fuerza, dominio, imperio) designa un régimen de *gobierno*. Quizás sería más apropiado hablar, por lo tanto, de una *sociedad civil cosmopolita*, teniendo en cuenta el sentido de la contraposición dialéctica de sociedad civil y Estado en la concepción hegeliana-marxista (Habermas parece preferir la expresión: *constelación posnacional*).

Si bien no es correcto definir lo político y la democracia a partir de lo estatal, la estatalidad, la institución, es el destino de lo político. Ahora bien, no es concebible la forma moderna del Estado sin la delimitación de un territorio sobre el cual se ejerce su jurisdicción. La demarcación de las fronteras territoriales del Estado es una primera forma de inclusión y de exclusión política. La frontera convierte al incluido en ciudadano y al excluido en extranjero. El Estado controla el territorio. Pero lo fundamental hoy ya no es el dominio de un territorio, sino el acceso a las redes. Las relaciones que configuran los procesos económico sociales se expanden a través de redes extraterritoriales. Con la revolución de las telecomunicaciones se desterritorializan las redes de la información, de la cultura y de los negocios. Los circuitos económicos pasan de la estructuración rígida de los ferrocarriles y de las vías navegables a las del transporte aéreo, la navegación telemática y las redes virtuales de la Internet, que trastocan la dimensión espacial y anulan las distancias. Todo cambia cuando la actividad humana se libera del espacio, cuando la movilidad de los hombres y de la economía perfora masivamente las demarcaciones geográficas. “La ‘des-localización’ de la sociedad, la cultura y la economía, que avanza a grandes pasos, está afectando las condiciones y presupuestos del modelo de los estados europeos de la modernidad, erigidos sobre una base territorial a comienzos del siglo XVII... Con la nueva *constelación posnacional* llega a su fin la estrecha articulación y dependencia recíproca de lo político y el sistema jurídico con las tradiciones nacionales y los circuitos económicos internos a las fronteras de los Estados territoriales” (Habermas, 2000, pág. 123).

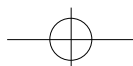
La condición humana posmoderna se caracteriza por la creciente movilidad espacial y laboral. “Ha terminado el proceso de sedentarización” de la humanidad que distinguió la modernidad tardía y “se reinician las migraciones” (J.-M. Guéhenno, 1995, pág. 24). De acuerdo con algunos datos estimativos, en un día promedio más de siete millones de personas cruzan las fronteras nacionales por diferentes medios, ya sea como turistas, comerciantes o

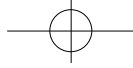




trabajadores, como científicos, estudiantes, consumidores o refugiados. Por año son miles de millones de personas que traspasan estas líneas. Las fronteras ya no contienen a las poblaciones. Flujos crecientes de personas las atraviesan, y quizás esté cercano el día en que dejen de marcar limitaciones significativas del espacio vital de los hombres. “Los migrantes internacionales y los refugiados son, por cierto, los dos grupos humanos más vulnerables que se mueven entre las fronteras, y cuya protección jurídica es, a la vez, la más necesaria y la más deficiente... En el caso de los migrantes indocumentados, los refugiados y los buscadores de asilo, la vulnerabilidad está condicionada por el carácter subordinado y forzado de sus movimientos a través de las fronteras nacionales. Las prerrogativas de la soberanía territorial constituyen el obstáculo más poderoso para el desarrollo de un campo jurídico cosmopolita que podría proveer una efectiva protección a estos terceros mundos transnacionales de personas” (B. Souza Santos, 2002, págs. 117, 176).

Los problemas mencionados y las perspectivas planteadas por las ideas cosmopolitas y las tendencias de la evolución de la historia contemporánea nos exigen, al mismo tiempo, apertura de pensamiento y actitud crítica. Es preciso prestar atención también a las observaciones y reparos que provienen, por ejemplo, del comunitarismo y de las teorías políticas comprometidas con una concepción cívica republicana de la ciudadanía, las cuales ponen en guardia frente a la erosión o el vaciamiento de la política en el marco de los estados nacionales, por cuanto éstos continúan siendo el marco de un espacio público adecuado y difícilmente reemplazable para la participación política y el funcionamiento de la democracia. La idea misma de “ciudadanía cosmopolita” no es propiamente un concepto político, sino un concepto moral, como el de los derechos humanos y, por lo tanto, no podría entenderse como sustituto de las ciudadanía nacionales. Para la correcta comprensión de las ideas de un “estado de derecho cosmopolita” y de una “sociedad civil global” sin un Estado ni un gobierno mundial, compatibles con el pluralismo político de los estados, es necesario trabajar en el marco teórico de una filosofía política que reconstruya y fundamente el concepto del derecho y de la sociedad civil sin remitirse al poder político y al Estado, como un sistema de relaciones horizontales y simétricas de reconocimiento recíproco de las personas en cuanto sujetos de derechos iguales, independientemente de todas las diferencias, culturales, de género, nacionalidad, religión, posición social, etc. Un estado de derecho así concebido



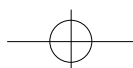


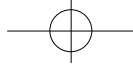
es conceptualmente independiente de la organización política estatal, pero su institucionalización y efectividad en el mundo requiere el respaldo de los estados a través de pactos o tratados internacionales mediante los cuales estos limitan su soberanía.

#### IV. Derecho penal intercultural

En su clásica obra de 1899, *Römisches Strafrecht*, Theodor Mommsen aclara que para el derecho romano “el concepto del delito, público o privado, no se refiere al ciudadano (romano), sino al hombre (en cuanto tal)” (Höffe, 1999, 1, pág. 368). Este enunciado se podría corroborar mediante la comprobación de que, según muestra O. Höffe en el lugar citado, prácticamente en todas las culturas, si bien existen peculiaridades diferentes en aspectos relevantes, “en lo esencial se reconocen de manera semejante tanto la facultad penal, como gran parte de los tipos de delitos, y los principios procesales decisivos, como la presunción de inocencia (*in dubio pro reo*) y las condiciones de imparcialidad que son comunes a todo el derecho”. Esto no quiere decir, sin embargo, que la legitimación jurídica y moral de un derecho penal universal se podría fundamentar mediante el simple recurso a un posible consenso transcultural. Tal legitimación solamente es posible mediante buenas razones, apoyadas en los derechos humanos, porque una facultad penal frente a todos los seres humanos solamente se podría justificar con respecto a crímenes que lesionan derechos universales del hombre. Lo que sí debe tenerse en cuenta de manera especial es que los argumentos pertinentes para la justificación de los criterios procesales y materiales deberán estar mediados por un discurso jurídico-penal abierto a todas las culturas, es decir, por un discurso jurídico-penal intercultural.

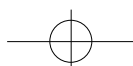
Si se aceptan las premisas enunciadas, entonces la pregunta que puede formularse inmediatamente es la siguiente: ¿es posible un discurso intercultural en materia de derecho penal? ¿Tendría tal discurso alguna esperanza de arribar a resultados positivos? Hay quienes creen tener una respuesta *a priori* para este tipo de preguntas. Ellos se dividen, a la vez, entre los que responden por la negativa o por la afirmativa. Si bien podría dar aquí también algunos argumentos por la afirmativa, en la línea de la filosofía trascendental (es decir, *estrictamente a priori*), yo creo que es mejor, o más efectivo, proponer la vía larga de hacer la prueba o ensayar en la práctica el

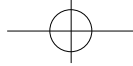




diálogo intercultural, en ésta y en todas las otras cuestiones que tienen que ver con la justicia en las relaciones entre los hombres y entre los pueblos. Es decir, se trata de instalar este discurso en el espacio público de la sociedad civil global y en todos los foros pertinentes, y poner a prueba los prejuicios culturales y las formas esclerosadas de la positividad jurídica. Este proceso representaría ya un avance significativo. Yo apuesto, además, a que no se vería refutada la hipótesis de que el diálogo argumentativo acerca de la justicia, llevado a cabo en condiciones adecuadas en los espacios públicos de la sociedad civil de los diferentes países, nos permitiría avanzar juntos, con los miembros de otras culturas, en los niveles de conciencia y de sensibilidad moral frente a las situaciones de indignidad que subsisten todavía de manera incomprensible en tantos lugares del mundo contemporáneo y en la condena de los crímenes y violaciones de los derechos humanos que permanecen impunes. Doblando la apuesta, diría incluso que la promoción de este diálogo intercultural y el esclarecimiento de la conciencia moral ciudadana induciría en la opinión pública la exigencia y el reclamo de la positivización jurídica de las garantías adecuadas de los derechos fundamentales en el mundo. Esta exigencia de la conciencia moral y jurídica tendrá que enfrentarse, por cierto, con los poderosos intereses de los beneficiarios políticos y económicos del *statu quo* y de las burocracias estatales que emplearán todos los medios disponibles para silenciar las denuncias y desactivar la formación de un estado deliberativo sobre estos temas en la sociedad civil. La lucha por la globalización de la justicia y de los derechos es, quizás, el mayor desafío moral y político que la humanidad tiene planteado en el siglo XXI. Pero las luchas de los pueblos por el reconocimiento de los derechos siempre han sido largas y difíciles.

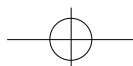
El típico argumento *a priori* por la respuesta negativa a las preguntas formuladas sobre la posibilidad de un discurso jurídico y moral intercultural, que descarta la posibilidad del entendimiento con el otro y por lo tanto no parece dispuesto a hacer la prueba, es el que parte del concepto mismo de cultura como una totalidad fuertemente integrada (o unitaria y cerrada) de creencias, valores y normas, y sostiene que toda justificación válida (o legitimación) es necesariamente dependiente o relativa al conjunto de los presupuestos de cada cultura y, por lo tanto, no puede trascender ese contexto (contextualismo). La tesis afirmativa de O. Höffe (sin entrar a discutir los presupuestos de posiciones como la mencionada) sostiene que ese argumento relativista “no es aplicable a los fundamentos del derecho penal:





ni a todos los delitos, a lo objetivamente ilícito, ni tampoco a los criterios de responsabilidad propia, a la culpa subjetiva, y mucho menos a los principios básicos de procedimiento del derecho penal” (O. Höffe, 1999, 1, pág.18). El principio básico de la presunción de inocencia y los demás principios procesales, no solamente del enjuiciamiento criminal (por ejemplo, “*in dubio pro reo*”, “*audiatur et altera pars*”, “*nemo sit iudex in causa sui*”), revisten jerarquía de derechos humanos fundamentales y se cuentan entre las condiciones mínimas de la imparcialidad de todo proceso judicial; tienen, por lo tanto, una validez intercultural indiscutible y son reconocidos prácticamente en todos los sistemas jurídicos (O. Höffe, 1999, 1, págs. 84-87).

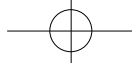
Si bien la actitud predominante en la antigüedad fue la de considerar al extranjero como “bárbaro” y no reconocerle los mismos derechos o incluso la dignidad humana, pueden mencionarse también, sin embargo, algunos antecedentes antiguos del igual trato de los seres humanos diferentes. En el *Viejo Testamento* de los hebreos podemos leer el siguiente precepto: “Tratad al extranjero que habita entre vosotros como al nativo entre vosotros” (*Levítico*, 19, 34). Junto con el principio del trato igual, este precepto contiene una interpretación problemática de ese principio que consistiría en aplicar al extranjero las mismas leyes que se les aplican a todos los miembros de la comunidad. Pero, para los judíos, éstas son *sus propias leyes*, para los extranjeros, en cambio, son leyes extrañas, con lo cual a ellos se les niega el derecho a regirse por sus propias costumbres. Éste es un dilema jurídico de la convivencia intercultural: “un principio elemental de la convivencia de todo orden jurídico, el trato igual, corre el riesgo de convertirse, aplicado a los que son diferentes, en un trato desigual y, por lo tanto, en una injusticia” (Höffe, 1999, 1, pág. 36). El sometimiento de los extranjeros a costumbres que no son las propias conlleva incluso la pérdida de su propia identidad. El derecho romano había resuelto ya de algún modo este dilema con el *ius gentium*. El imperio romano era un estado multicultural y “en el trato de los foráneos Roma no se atiene ni a su derecho privado autóctono (el *ius civile*), ni tampoco a las normas propias de las diversas nacionalidades, sino a un derecho que se supone conocido por todos los pueblos” (Höffe, 1999, 1, pág. 38). Para este autor, es posible y necesario pensar, precisamente en la línea de la concepción romana del derecho de gentes,<sup>3</sup> un derecho moral común que contiene las exigencias que todos los seres humanos se plantean recíprocamente, o los derechos que deben reconocerse y respetar en su interacción con independencia de sus diferencias culturales.



El problema de la interculturalidad del derecho penal está planteado ya incluso en el interior de las actuales sociedades complejas, como consecuencia del pluralismo de los valores y formas de vida, del multiculturalismo y de las corrientes migratorias. Surge, entonces, la pregunta de cómo han de comportarse los ordenamientos jurídicos frente a la progresiva diferenciación de las formas de vida y, especialmente, frente a los extranjeros formados en otras tradiciones culturales enteramente diferentes en sentido fuerte, cuya alteridad conlleva incluso una cultura jurídica distinta. “¿Pueden hacer valer no obstante en estos casos los sistemas jurídicos sus medios más fuertes del derecho penal? ¿Tienen estos sistemas un derecho (subjetivo) de aplicar su derecho (objetivo) traspasando sus propios límites culturales? ¿Hay una facultad penal intercultural?” (Höffe, 1999, 2, pág. 45).

Podría pensarse que las preguntas precedentes plantean un problema abstracto, porque ya la modernización de las sociedades y de los sistemas jurídicos ha derribado en su propia evolución la estrechez de las costumbres tradicionales y de las normas penales. En las modernas sociedades liberales, “una gran parte de los delitos penales no tiene ya en su base ningún tipo de presuposiciones culturales, lo cual es especialmente claro con respecto a los delitos contra la vida y la integridad corporal... aunque en algunas determinaciones especiales se manifiesta, de todos modos, la subsistencia de prevenciones o prejuicios culturales. Pero sobre la base de sucesivas oleadas de ilustración los ordenamientos jurídicos modernos han ido separando progresivamente del derecho penal esa clase de prejuicios... y predomina en la modernidad occidental un derecho penal liberal, que ha barrido casi completamente los regionalismos culturales, incluidas la religión y las costumbres morales, y se ha restringido al núcleo de las penas criminales” (Höffe, 1999, 2, págs. 64-65). Aun admitiendo la valoración más optimista sobre la evolución del derecho, las cosas no son tan claras y sencillas, como lo muestra el propio autor mediante el análisis de algunos casos que no podemos relatar en este lugar.

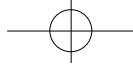
No es objeto de este artículo la discusión de las diferentes teorías sobre la justificación del derecho a castigar y sobre la finalidad de las penas. Pero sí debo decir que las preguntas citadas pueden tener respuestas diferentes con respecto al pluralismo interno y al orden internacional. Un hobbesiano (o un schmittiano), por ejemplo, puede dar desde su teoría del Estado una respuesta afirmativa fuerte para el orden interno, pero quizás diría que las mismas preguntas, planteadas en el orden internacional, carecen de significado. Para



discutir al mismo tiempo en los dos niveles el problema teórico de las preguntas formuladas hay que vincular los hechos y la facultad penal a los derechos humanos como derechos morales universales. Diferentes autores han señalado que en las sociedades modernas se ha producido una aproximación cada vez mayor del concepto de la moral pública, que es universal, y el orden normativo del derecho. Se habla de un “entrelazamiento” (*Verschränkung*) o de la “complementariedad” y el “solapamiento” de ambos campos; se sostiene que el derecho penal estatal debe coincidir en sus contenidos normativos fundamentales con los principios universales de la moral y que por eso es posible un derecho penal intercultural o internacional (J. Habermas, 1991; O. Höffe, 1999, 3; E. Tugendhat, 1997; J. Rawls, 2001; P. Singer, 2003). “En la medida en que los delitos tipificados en el derecho penal pueden justificarse con argumentos jurídicos universales [cuya validez no depende del contexto cultural de un sistema jurídico particular] o, más precisamente, en base a los derechos humanos –y esto es pertinente para muchos delitos en general, pero especialmente para los considerados por el derecho penal de los ordenamientos jurídicos liberales–, se da, sin dudas, una facultad penal que trasciende a las culturas particulares, un derecho penal intercultural. El fundamento no reside en la arrogante pretensión de un ordenamiento jurídico de someter a sus normas a los extranjeros... no consiste primariamente tampoco en el interés (por cierto legítimo) de una sociedad de protegerse a sí misma, sino que reside en el hecho de que, desde el punto de vista jurídico penal, no existen extranjeros en sentido fuerte” (Höffe, 1999, 2, pág. 65).

## V. Un tipo de caso especial de justicia penal

Se ha observado que los procesamientos internacionales de criminales que han cometido violaciones de los derechos humanos como funcionarios civiles o militares han tenido lugar casi siempre contra ex funcionarios de los países derrotados, después de una guerra, o contra ex funcionarios de regímenes depuestos en países periféricos; mientras que los responsables de violaciones semejantes pertenecientes a las grandes potencias o a países centrales gozan de total impunidad en el mundo. La observación de esta inequidad se ha usado algunas veces en los países latinoamericanos como argumento contra el juzgamiento de estos crímenes por tribunales externos.

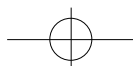


Esta suerte de nacionalismo jurídico apoya, paradójicamente, las posiciones de algunas de las naciones más poderosas que se niegan a firmar cualquier tipo de acuerdos internacionales que signifiquen un posible renunciamiento a su impunidad. Esta estrategia argumentativa se funda en el olvido o en el ocultamiento del hecho de que el mismo tipo de inequidad existe también en el interior de los diferentes estados, entre los sectores sociales, especialmente en los países que se quieren proteger con ese argumento frente a una justicia internacional, y que en un foro internacional hay más chances que en el ámbito doméstico de equilibrar o compensar las desigualdades y la presión de los poderes indirectos, o extra institucionales. No solamente la equidad de los tribunales, sino que todas las instituciones, tanto las domésticas como las internacionales, están condicionadas por desigualdades o asimetrías y relaciones de poder que distorsionan sus propios objetivos, pero sería una falacia concluir de esta observación que no deberían existir las instituciones. El argumento debe tenerse en cuenta para abogar por una más efectiva igualdad ante la ley en el mundo y en el interior de los estados, pero además hay que observar también que los sectores más desprotegidos y las sociedades más vulnerables frente a las dictaduras o a regímenes autoritarios serían los más beneficiados mediante la existencia de instancias internacionales ante las cuales pudieran reclamar justicia.

Los problemas que plantea este tipo de casos ha cobrado especial relevancia para nosotros con motivo del caso particular de la detención del ex dictador chileno A. Pinochet, llevado ante los tribunales británicos en 1998 por el pedido de extradición de un juez español para ser procesado en ese país, caso sobre el cual tomó posición el gobierno argentino del presidente Menem en apoyo al de Chile, que respaldaba la defensa de Pinochet con el argumento de la soberanía del estado chileno, de la territorialidad de la jurisdicción y de la incompetencia del tribunal español.

Voy a analizar y a discutir aquí, a la luz de los planteamientos realizados en los puntos anteriores, las tesis propuestas en el libro *Los dilemas morales de la justicia internacional. El caso Pinochet*, en el que se publica un texto de J. Malamud Gotti seguido de un conjunto de comentarios críticos de juristas españoles, argentinos y chilenos. El libro se cierra con las respuestas del autor a sus críticos, en las cuales debilita algunas de sus afirmaciones iniciales, pero mantiene su tesis fundamental.

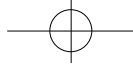
Malamud Gotti argumenta contra este tipo de juicios (a los que denomina “desde afuera”) y su discurso resulta especialmente interesante porque



no se centra en cuestiones meramente formales de la soberanía y de la competencia de los tribunales internacionales o de terceros estados para juzgar crímenes o violaciones a los derechos humanos cometidos dentro de las fronteras de otro país, contra ciudadanos del mismo, ni en otras razones del formalismo jurídico, sino en argumentos más originales, sustantivos y relevantes desde el punto de vista moral. La tesis general que sostiene este autor es que, “tratándose de abusos ‘domésticos’, los fines y objetivos de la justicia penal sólo pueden cumplirse satisfactoriamente mediante lo que llamo aquí juicios *desde dentro*, es decir, presididos por jueces pertenecientes a la misma comunidad que las víctimas y los perpetradores... Excluyo deliberadamente de esta tesis los crímenes esencialmente internacionales, como lo son por excelencia los crímenes de guerra. También excluyo de la noción de ‘crímenes domésticos’ a aquellos abusos cometidos entre connacionales si las víctimas aparecen identificadas con determinadas minorías étnicas y religiosas” (Malamud, 2003, págs. 24-25).

El argumento central del autor se apoya en un conjunto de presupuestos que están enunciados con diferentes grados de desarrollo y que podemos agrupar en tres puntos:

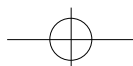
1. Una concepción consecuencialista de la justificación moral (probablemente fundada en una idea instrumental de la racionalidad en general) y una teoría general del derecho penal como sistema de justicia retributiva que “es beneficiosa en tanto el castigo restablezca cierta idea no distributiva de igualdad entre víctimas y victimarios”. Conforme a esta concepción, la sanción penal se justifica como el medio para dignificar a las víctimas y restablecer su autoestima.
2. Una mayor explicitación tiene la idea de que esta utilidad igualadora del castigo adquiere un significado especial en las violaciones de los derechos humanos por el poder estatal, porque en estos casos las víctimas no son solamente las personas que han sufrido directamente los abusos y sus allegados, sino toda la población privada de su libertad. La justificación del castigo de criminales de estado no reside solamente en el efecto dignificante e igualador, sino que cumple también la función pedagógica de producir en el público determinados efectos de persuasión, “...al darle razón a una de las partes, la sentencia subraya el significado moral y legal de los hechos relevantes”. El significado moral de la condena tiene, sobre todo, un efecto político

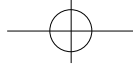


de censura contra todo el régimen en el que se cometieron estos crímenes y, en tal sentido, los juicios de criminales de estado son juicios políticos. En la inculpación de responsabilidades, en estos casos juega un papel central la perspectiva subjetiva de los jueces y su posición con respecto al régimen en el que se han cometido los crímenes.

3. El proceso judicial está concebido como un espectáculo que los jueces representan frente a un público. El tribunal adquiere autoridad y se legitima cuando obtiene la aprobación de su público. Por lo tanto, los jueces tienen que prestar atención principalmente a la situación y a las expectativas del público. En consecuencia, los motivos y propósitos de la actuación del tribunal serán muy diferentes cuando este público es la comunidad mundial (como en el juicio de Nuremberg) y cuando está formado por sus connacionales (como el juicio a las juntas militares en Argentina). Los juicios “desde dentro” tienen en vista especialmente el objetivo de promover la reconciliación de la sociedad y la reconstrucción de la democracia.

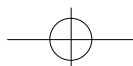
Aceptados como premisa estos presupuestos, el análisis de los hechos, la selección de los inculpados y la graduación de las penas en el procesamiento por violación de los derechos humanos durante la dictadura militar argentina y la comparación con los resultados del juicio de Nuremberg a los criminales del nazismo, permitirían llegar a la conclusión enunciada en la tesis inicial de que “los fines y objetivos de la justicia penal sólo pueden cumplirse satisfactoriamente mediante los juicios *desde adentro*”. Esta conclusión se demostraría porque en los juicios “desde adentro” la graduación de las responsabilidades de los violadores de los derechos humanos y, por lo tanto, la severidad del castigo, “se fundamenta en predicciones sobre las consecuencias de la sentencia” para la propia sociedad en su conjunto. En primer lugar, en “el efecto dignificante” para las víctimas directas e indirectas, pero también y de manera no menos relevante, la sentencia se basa en el cálculo estratégico sobre el efecto o la utilidad para la unificación de la sociedad, la atenuación de los conflictos y, sobre todo, para la reconstrucción y la consolidación de la democracia. Estos puntos de vista no son adecuadamente atendidos, en cambio, en los juicios “desde afuera” y, aun en el caso de que se intentara tenerlos en cuenta, los jueces extranjeros carecen de la comprensión de la situación política interna y del compromiso con la sociedad en la que han ocurrido tales crímenes.

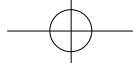




Malamud Gotti se muestra especialmente interesado en defender con esta argumentación la selectividad del procesamiento a los militares responsables de atroces violaciones a los derechos humanos en la dictadura del auto-denominado Proceso de Reorganización Nacional y en justificar la lenidad de la pena impuesta a alguno de los miembros de las juntas procesadas (como el brigadier Agosti). Éste es, por cierto, un asunto que se puede discutir y comprender en el contexto de la situación política de aquel momento y de la relativa debilidad del primer gobierno de la transición democrática. Pero precisamente por eso es importante abogar por una instancia más independiente e imparcial que pueda corregir o perfeccionar las deficiencias de los procesamientos internos, especialmente cuando hay criminales que han quedado impunes. La cuestión no debería plantearse como disyuntiva entre “juicio desde adentro” o “juicio desde afuera” (es preciso decir, además, que *cuando se trata de los derechos humanos no hay “afuera”*), sino como instancias diferentes y no excluyentes. Como han señalado varios de los críticos en el libro citado, la alternativa a los juicios “desde afuera” es en muchos casos la impunidad; y otras veces, lo que moviliza a los juicios “desde adentro” es la posibilidad o la amenaza de los juicios “desde afuera”, como sucedió de hecho aunque tardíamente con la justicia chilena en el caso Pinochet, y se ha reiterado ahora de alguna manera, más tardíamente aún, en la Argentina. Si la idea de “es mejor que las cosas se arreglen en casa” resulta moralmente inaceptable como reconoce finalmente el autor (*Los dilemas...*, pág. 145), la tesis inicial pierde sustento. Al reconocer que los “arreglos” domésticos muchas veces no hacen justicia (como era el caso de la transición democrática en Chile) o la hacen de una manera deficiente e insatisfactoria (como fue el caso de la Argentina) y siempre hay motivos y presiones internas para retacear la justicia que son difíciles de obviar, como lo ha puesto justamente de relieve el autor del texto que estamos discutiendo, no se entiende por qué razones, entonces, se pretende denegar a las víctimas una instancia internacional de apelación o de reclamo de justicia. Desde todo punto de vista, haber cerrado en otra instancia las heridas en el tiempo oportuno hubiera sido mejor que lo que se intenta hacer ahora en nuestro país, veinte años después, con procedimientos de dudosa legitimidad como la anulación con efecto retroactivo de las leyes de impunidad.

Además de las razones generales esbozadas a favor de la complementariedad de los tribunales penales externos, quiero discutir más específicamente las presuposiciones enunciadas más arriba en las que se apoya la tesis de Malamud Gotti en *Los dilemas morales de la justicia internacional*.

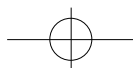




1. En cuanto a la concepción consecuencialista de la justificación moral, solamente quiero decir aquí que, como he sostenido en otros lugares, en consonancia con buena parte de la teoría ética contemporánea,<sup>4</sup> éste es un punto de vista del cual no puede prescindirse como una mediación contextualista necesaria en la aplicación “prudente” de los principios morales a las situaciones concretas de la toma de decisiones. Pero cuando la preocupación por las posibles consecuencias es prioritaria y mediatiza los principios morales o los desplaza, tenemos un tipo de acción instrumental, y no moral, que se orienta solamente por el éxito de los resultados y no por la virtud intrínseca de la acción que se rige por principios (ya sean estos sustantivos o procedimentales). Uno de los problemas que plantea esta concepción es que la valoración de los fines y de la relevancia de las consecuencias es relativa y depende de los sentimientos o de las concepciones filosóficas, ideológicas y políticas del sujeto de la acción. En el caso de las decisiones de los jueces se plantea otro problema, si se quiere más grave aún, porque al supeditar las razones morales y jurídicas a la valoración personal de las consecuencias se socava el fundamento moral de la legitimidad del derecho.

El escrito de Malamud parece presuponer, incluso, que la autoridad y legitimidad de los tribunales depende en general de la aprobación que el contenido de sus sentencias obtiene del público y de los efectos o de las consecuencias sociales y políticas que las mismas producen. Como observa N. Torbisco Casal, uno de sus críticos, “la legitimidad de un tribunal debería asegurarse de antemano, previamente al ejercicio de sus funciones, y no a posteriori...”.

Las decisiones de los jueces cuentan con el respaldo de la legitimidad moral del sistema jurídico y contribuyen a fortalecer esa legitimidad solamente en la medida en que sus sentencias se orientan ante todo por el principio de la justicia. Como ha escrito J. Rawls en la primera página de su libro fundamental: “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, aunque las leyes e instituciones estén bien ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas... Siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la



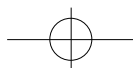
justicia no pueden estar sujetas a transacciones” (J.Rawls, 1979, págs. 19-20).

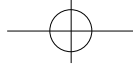
2. En segundo lugar, se presupone con buenas razones que los afectados por las violaciones de los derechos humanos en un régimen de terrorismo de estado no son solamente las víctimas directas que han sufrido los abusos en la propia carne, sino toda la sociedad que se ha visto sometida a la humillación del terror y a la pérdida de la libertad. Pero estas violaciones, como los genocidios, son “crímenes contra la humanidad”, por lo tanto, el círculo de los afectados en su dignidad se extiende más allá de los connacionales, a todos los seres humanos, y de hecho estos crímenes tienen que producir un profundo sentimiento de indignación en todos los habitantes de la tierra, independientemente de su nacionalidad, en la medida en que no carezcan de conciencia moral. Y si es así, están dadas las bases morales para un juicio y una condena en nombre de la humanidad. Incluso, ésta es la única razón que justifica la extrema severidad de las penas que se merecen esta clase de criminales. La violación de la dignidad del hombre como tal, la afrenta a la humanidad y no la infracción de las leyes contingentes de un Estado, o de los derechos de sus conciudadanos, son el fundamento último que justifica la sanción de las violaciones a los derechos humanos, aun cuando son juzgados en el propio país donde se perpetraron o en el de sus víctimas. Esta condena, con las especificaciones del caso, y la graduación del castigo que corresponda a la responsabilidad del acusado, podría expresarse en los términos de la reformulación que ha propuesto H. Arendt de la sentencia del tribunal en el juicio a Eichmann en Jerusalén, el cual no debió sentenciar en nombre del pueblo judío, sino en nombre de la humanidad: “Del mismo modo que tu apoyaste y cumpliste la política de unos hombres que no deseaban compartir la tierra con el pueblo judío ni con algunos otros pueblos de diversa nacionalidad –como si tú y tus superiores tuvierais el derecho de decidir quién puede y quién no puede habitar el mundo–, nosotros [el tribunal] consideramos que nadie, es decir, ningún miembro de la raza humana, puede desear compartir la tierra contigo. Esta es la razón, la única razón por la que has de morir ahorcado” (H. Arendt, 1999).
3. La contraposición de los tribunales domésticos y los tribunales internacionales en la que se apoya la tesis principal de la ineptitud de



estos últimos para el logro de los fines y objetivos de la justicia penal parte de la consideración de las diferencias de los públicos a los que se dirigen los jueces de estos dos tipos de tribunales y se fundamenta en el siguiente enunciado: “La ‘justicia’ y el valor de las sentencias no reflejan, por lo menos no enteramente, las razones legales expresas en las cuales aparecen justificadas. Paralelamente a estas razones expresas, operan motivos y propósitos implícitos que se originan en las relaciones del tribunal con el público al cual este se dirige” (Malamud, 2003, pág. 27).

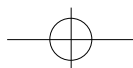
La teoría de la argumentación y el análisis del discurso han mostrado, por cierto, que en los discursos de justificación racional no solamente se hacen jugar los datos objetivos de la experiencia, las inferencias lógicas y las buenas razones, sino también estrategias retóricas para manipular los sentimientos y prejuicios o para satisfacer las expectativas e intereses del auditorio o del público al cual se dirige el discurso. La retórica del orador se rige por la regla de “l’adaptation du discours à l’auditoire, quel qu’il soit” (Ch. Perelman, 1970, pág. 33). Pero desde el punto de vista filosófico de la teoría normativa de la justificación racional de las pretensiones de validez de la argumentación, este tipo de análisis tiene un significado crítico, en cuanto permite diferenciar y separar las razones válidas de los pseudoargumentos. Identificar sin más la justificación racional con las estrategias retóricas y asumir que las sentencias de los tribunales no reflejan las razones morales y jurídicas que se invocan en sus fundamentos sino que están determinadas por otros motivos paralelos encubiertos o no declarados que tienen que ver con las relaciones de los jueces con el público (“son las relaciones entre el tribunal y el público al que éste se dirige las que modelan el contenido de sus veredictos”), puede llevar a concebir el proceso judicial conforme al régimen del espectáculo, que busca el aplauso del auditorio. Pero en esta relación se pierde por completo la imparcialidad y la independencia de los jueces y, en la medida en que el público sabe a través de sus referentes ilustrados que las decisiones del poder judicial están condicionadas o modeladas por motivos informales y no por razones de justicia, entonces éste pierde también autoridad, credibilidad y legitimidad ante el mismo público con el cual había querido congraciarse.<sup>5</sup>

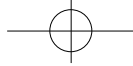




Malamud hace hincapié en la consideración de que el público al que se dirigían los jueces argentinos en el juicio a las juntas era *el auditorio particular* de la propia sociedad, mientras que “los jueces de Nuremberg se dirigían a *la comunidad mundial en su totalidad*”. En la *Nouvelle rethorique* de Perelman, la argumentación tiene precisamente en la idea de un *auditorio universal* su pauta de corrección y de validez racional general. Cuando el que argumenta se dirige a un auditorio particular cuyos sentimientos e intereses le son bien conocidos, es siempre probable que su discurso busque apoyos (inconsciente o deliberadamente) en la adulación de los oyentes y se oriente demagógicamente a la satisfacción de sus deseos y expectativas como la vía más fácil y segura de obtener la adhesión pública, en lugar de orientarse por la validez de las razones en orden a la verdad o a la justicia. Ésta es la lógica propia de las estrategias retóricas de seducción del público en el régimen del espectáculo. Pero esta lógica no puede funcionar con respecto a un auditorio tan amplio y heterogéneo como “el auditorio universal”, en el cual se tienen que presuponer toda clase de sentimientos e intereses, incluso contradictorios, y a los cuales no puede apelar el orador porque le son desconocidos. “En el centro de la teoría perelmaniana, en cuanto teoría normativa de la argumentación, se encuentra por ello la caracterización de un auditorio, al que sólo pueda persuadirse mediante argumentos racionales” (R. Alexy, 1989, pág. 161). Es decir, aun presuponiendo que el orador se orienta subjetivamente solamente por el interés retórico de la persuasión y el aplauso del auditorio, en este contexto descontextualizado ya no puede haber conflicto entre la intención de *persuadir* y la intención de *convencer* con buenos argumentos, porque el hablante tiene que apelar solamente a razones que puedan ser *reconocidas como igualmente válidas por todos*, independientemente de sus intereses particulares y, de esta manera, su argumentación deja de ser meramente retórica. Esta *idea regulativa* de un “auditorio universal” debe guiar a todo tribunal de justicia, pero es la que tiene precisamente una realización aproximativa más confiable en un tribunal internacional. Es difícil de entender, por lo tanto, cuál es la teoría de la argumentación en la que se apoya la tesis de Malamud al invertir este criterio y valorar como más apto para hacer justicia un tribunal que se dirige a un público particular en razón de su particularidad.

Quizás debería decirse todavía que en el proceso judicial el auditorio es más complejo porque los jueces se dirigen ante todo a las partes y, en el tipo de caso analizado, especialmente a las víctimas directas de los abusos

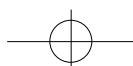


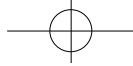


cuyo reclamo de justicia se debe satisfacer. Yo no sé cómo sería posible sostener, en presencia de estas víctimas, que el objetivo principal del juicio y de la condena a sus victimarios es para el tribunal un objetivo político que, para el autor, es el afianzamiento de la democracia, pero podría ser también algún otro porque las circunstancias políticas son contingentes y, además, los jueces, como ciudadanos, tienen derecho a sostener diferentes ideologías y sus objetivos políticos pueden ser bien diferentes. Las teorías contemporáneas de la democracia liberal han sostenido por lo general que los derechos fundamentales, o bien son anteriores, o bien igualmente originarios, en todo caso, que tienen un valor moral independiente de los fines políticos de la democracia y que no pueden sacrificarse en aras de estos últimos (Rawls, 1979; Habermas, 1998).

#### Notas

1. D. Held, profesor en London School of Economics, es considerado como uno de los autores más innovadores dentro de las ideas que proponen una reforma del sistema internacional. Sus propuestas integran 1) la democratización de la política y del Estado; 2) la potenciación de las sociedades civiles nacionales, regionales e internacional, y su dinámica vinculación entre sí en el espacio público mundial; 3) la formación de un sistema internacional de estados y sociedades que funcione mediante debates y consensos en torno a las cuestiones comunes. "La teoría es que la sociedad civil dinámica democratiza el Estado (y defiende las libertades) y que estados democráticos confederados –siguiendo la línea de Immanuel Kant– ayudan a generar un sistema internacional más representativo y equilibrado".
2. D. Held, "Violencia y justicia en una era mundial", diario *El País*, Madrid, 19 de septiembre de 2001. Lamentablemente las lúcidas propuestas del autor en este artículo para enfrentar la violencia terrorista del 11 de septiembre no fueron escuchadas y se ha seguido, de hecho, el peor de los caminos posibles por él anticipado.
3. En el lenguaje actual suele considerarse la expresión *derecho de gentes* simplemente como un sinónimo arcaico del derecho internacional público que rige principalmente las relaciones entre los estados. Esta es la definición del término que puede verse en Ph. Raynaud y St. Rials (edts.) *Diccionario de filosofía política*, (Madrid, 2001), pero no era el sentido originario de la expresión, ni en el derecho romano ni en la escolástica.
4. Cfr. J. De Zan, "Ética y función pública", en *Ética e independencia del Poder Judicial*", edit. por Junta Federal de Cortes y ARGENJUS, Bs. As., 2003. págs. 51-86.

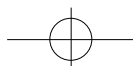




5. Malamud emplea explícitamente la metáfora del espectáculo en la respuesta a sus críticos, pero emplea este término en un sentido diferente y más cercano a la tesis que aquí defendemos: "...una condición para [poder] imponer castigos radica en la necesidad de apelar, en un debate público, al triunfo de nuestras razones sobre aquellas que proponen los acusados de violar derechos fundamentales. En segundo término, no hay mejor mecanismo para lograr este efecto que *el espectáculo* de un juicio presidido por personas a quienes las víctimas consideran imparciales y prudentes. *El escenario* de un tribunal es además el más apto para desmascarar a personajes carismáticos" (*Los dilemas...*, pág. 154).

### Referencias bibliográficas

- ALEX, ROBERT (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid.
- ARENDT, H. (1999). *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona.
- BOBBIO, NORBERTO (1990). *L'Età dei diritti*, Turín (hay traducción al español: *El tiempo de los derechos*, Madrid, 1991)
- (1997). *El tercero ausente*, Madrid.
- BOURDIEU, PIERRE (1999). *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona.
- DE ZAN, JULIO (1999). "Identidad y universalidad", en *Erasmus. Revista para el diálogo intercultural*, ICALA, Río Cuarto, N° 1.
- (2002). *Panorama de la Ética Continental Contemporánea*, Madrid.
- FALK, RICHARD (1981). *Human Rights and State Sovereignty*, Nueva York.
- (1999). *On Human Governance*, Cambridge.
- (1999). "Una revisión del cosmopolitismo" en M. Nussbaum.
- GUÉHENNO, J.-M. (1995). *El fin de la democracia. La crisis de la política y las nuevas reglas de juego*, Barcelona.
- HABERMAS, JÜRGEN (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid.
- (1991). *Escritos de moralidad y eticidad*, Barcelona.
- (2000). *La constelación posnacional*, Barcelona.
- (2000). "El Estado-nación europeo y las presiones de la globalización", en *New Left Review*, Barcelona, N° 1.
- (1977). *Más allá del Estado nacional*, Madrid.
- (1989). *Identidades nacionales y posnacionales*, Madrid.
- HELD, DAVID (1995). *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Democracy*, London, Polity Press.



- (2002). "Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty", en *Legal Theory*, I. Held, D. - McGrew, A. (2002). *Governing globalization. Power, authority and global governance* (Edts.) Polity Press, Cambridge.
- HÖFFE, OTFRIED (1996). *Vernunft und Recht. Bausteine zu einer interkulturellen Rechtsdiskurs*, Frankfurt.
- (1999). *Derecho intercultural*, Barcelona, (1).
- (1999). "¿Hay un derecho penal intercultural?", en *Erasmus. Revista para el diálogo intercultural*, ICALE, Río Cuarto, (2), N° 1.
- (1999). *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München, (3).
- MALAMUD GOTTI, J. (2003). *Los dilemas morales de la Justicia internacional. El caso Pinochet*, Bs. As.
- NUSSBAUM, MARTA (1996). "Kant und stoischers Weltbürgertum", en M. Lutz-Bachmann - J. Bohman (Edts.), *Frieden durch Recht*, Frankfurt.
- (1999). *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y "ciudadanía mundial"*, Barcelona.
- PERELMAN, CH. - L.OLBRECHTS-TYTECA (1970). *La nouvelle rethorique* (1958), 2ª edic. Bruselas.
- RAWLS, JOHN (1979). *Una teoría de la Justicia* (Harvard 1971) Madrid.
- (1993). *Political Liberalism* Columbia University Press, Nueva York.
- (2001). *El derecho de gentes*, (Cambridge, Mass. 1999) Barcelona.
- RICOEUR, PAUL (1996). *Sí mismo como otro* (1990), México.
- SINGER, PETER (2003). *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Barcelona.
- SOUZA SANTOS, B. (2002). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá.
- TORBISCO CASAL, N. (2003). "Sobre la relevancia de la justicia internacional", en Malamud Gotti, op. cit.
- TUGENDHAT, ERNST (1997). *Lecciones de Ética*, Barcelona.
- VALCARCE, AMELIA (2002). *Ética para un mundo global*, Madrid.
- ZOLO, DANILO (2000). *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, Barcelona.

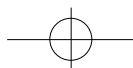
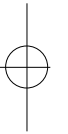
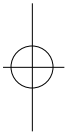
## RESUMEN

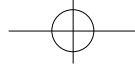
Tal como aquí se entiende, la idea de un derecho cosmopolita comprende el reconocimiento universal de los derechos humanos como derechos fundamentales y se conecta con la tradición antigua del



derecho de gentes. Siguiendo esta línea de pensamiento, los sujetos del derecho de gentes no son los estados, como es el caso del derecho internacional en su concepción más corriente, sino los pueblos. No "el hombre" en abstracto, ni "la humanidad" como un colectivo, sino los pueblos individuales y diferentes, los cuales tienen sus ordenamientos domésticos en los estados, pero cuyas facultades jurídico-políticas y morales no deben quedar clausuradas en estos espacios particulares. Así, resulta fundamental la idea de "pueblo", en tanto implica razones morales no atribuibles a los estados. Bajo la luz del derecho de gentes, las facultades de soberanía se reformulan y se niega a los estados el derecho a la guerra. La función de los derechos humanos es, pues, el resultado del esfuerzo por definir y limitar la irrestricta autonomía interna de los estados.

*Diálogo Político*. Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C.  
Año XXI - N° 3 - Septiembre, 2004





# Cuestionamientos y desafíos en un nuevo umbral para los derechos humanos

Elizabeth Santalla Vargas\*

## I. Introducción

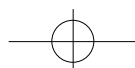
La actual coyuntura sitúa en la palestra del interés jurídico y político el derecho penal internacional y los derechos humanos. En consecuencia, es necesario analizar la relación entre ambas áreas del derecho internacional y su perspectiva en el marco del derecho internacional público, siguiendo la división tradicional.

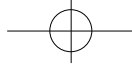
Pese a la amplitud del tema de consideración, se intentará abordar el mismo a partir de la evolución, vista a grandes rasgos, de la paulatina asimilación del derecho internacional de los derechos humanos al ámbito penal (internacional), con un especial énfasis en el Estatuto de Roma

\* Un particular agradecimiento a la Biblioteca del Palacio de la Paz, La Haya.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

Se ha diplomado en Derecho Internacional Humanitario, Universidad del Rosario, Bogotá. Master en Derecho Internacional y Comparado, Escuela de Derecho, Universidad de San Francisco, EE.UU. Licenciada en Derecho, Universidad Católica Boliviana. Ex oficial legal Asociada del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Ex asesora legal de la Agencia Implementadora de ACNUR en Bolivia. Ha sido profesora de Derecho Internacional de la Academia Diplomática de Bolivia y profesora de la Universidad Católica Boliviana. Fue consultora legal del Proyecto de UNDCP y asesora legal de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos. Es miembro del grupo de trabajo sobre implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en Latinoamérica (Programa Estado de Derecho, Fundación Konrad Adenauer y Universidad de Goettingen).





de la Corte Penal Internacional (en adelante Estatuto de Roma y CPI, respectivamente).

El desarrollo alcanzado en tal interacción plantea diversos desafíos que deben ser explorados para lograr eficacia en la protección de los derechos humanos y en su universalización.

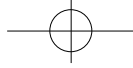
## II. Estándares internacionales de justicia

Al hablar de un derecho penal internacional es necesario hacer referencia a los estándares o parámetros internacionales de justicia. Con respecto a esto, tiene especial significado la protección a los extranjeros como una primera expresión de la percepción internacional de justicia que inicialmente se materializó a través de la intervención estatal sobre la base del reconocimiento del derecho del extranjero a recibir la misma protección que los nacionales del país de residencia.

Asimismo, una temprana percepción internacional de justicia se traduce en los esfuerzos de protección a minorías religiosas. A partir de la Reforma y las guerras religiosas de los siglos XVI y XVII, los tratados de paz comenzaron a incorporar provisiones de protección y razones humanitarias justificaron intervenciones militares ante desprotección de las minorías. Así, por ejemplo, Gran Bretaña, Francia y Rusia justificaron la intervención militar de 1827 contra el Imperio Otomano como una necesidad de frenar el abuso turco de la población griega.<sup>1</sup>

Más adelante, en 1864, se suscribió el primer tratado multilateral de protección a las víctimas del conflicto armado, conocida como la Convención de Ginebra de 1864 para el Alivio de la Condición de los Heridos y Enfermos en Campaña. Después de la Segunda Guerra Mundial, los cuatro convenios de Ginebra de 1949 reemplazaron la Convención de 1864, y sus dos protocolos adicionales de 1977 intentaron combinar la protección de las víctimas del conflicto armado con las “reglas de la guerra”. Dicho cuerpo normativo se tradujo en el reconocimiento de derechos humanitarios tanto a combatientes como a civiles y en la determinación de mínimos de protección de la vida, libertad y propiedad de civiles en territorios ocupados,<sup>2</sup> fuera de constituir para los estados parte obligaciones de persecución penal.<sup>3</sup>

En 1946, la Asamblea General reconoció el carácter de crimen internacional del genocidio y se adoptó posteriormente la Convención para la



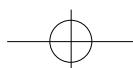
Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio de 1948. En el mismo año, de manera unánime, la Asamblea General adoptó los principios del derecho internacional reconocidos en la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y su sentencia. Resolución unánime que por la fuerza de su mandato pasara a ser considerada como reflejo de una regla de derecho internacional consuetudinario. En 1947, la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho Internacional formular los principios de derecho internacional que habían sido reconocidos. La formulación por parte de la Comisión de los principios de Nuremberg fue influyente en el borrador del Código de Crímenes y, mucho después, en el borrador del Estatuto de Roma. La clasificación de los crímenes internacionales en la Carta de Nuremberg como crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad resultó ser la base para todo el trabajo desarrollado posteriormente en el área.<sup>4</sup>

Al presente, con el Estatuto de Roma de la CPI, dichos estándares internacionales de justicia se han asimilado a la esfera penal internacional y significan la voluntad de combatir la impunidad de graves violaciones de derechos humanos.<sup>5</sup> Dicho consenso internacional ha sido interpretado en el sentido de alcanzar los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, la piratería, la esclavitud y la agresión, el status de normas de *ius cogens* al constituir una amenaza a la paz, la seguridad y los valores esenciales de la comunidad internacional.<sup>6</sup>

### III. Los derechos humanos y el derecho penal internacional

#### A. ¿Cuál es la relación?

No sólo la existencia de un cuerpo sólido de normas convencionales y consuetudinarias del derecho internacional de los derechos humanos sino también su trascendencia al ámbito penal como un mecanismo coercitivo de su aplicación, ha sido caracterizada como “la revolución en la aplicación de los derechos humanos”.<sup>7</sup> En efecto, se entiende que casi todos los crímenes internacionales constituyen serias violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.<sup>8</sup> En el ámbito americano, es de soslayar el tratamiento como graves violaciones a los derechos humanos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorga a los crímenes internacionales



respecto a la ley de auto amnistía en Chile (Report 133/199, págs. 79-82). Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que formas directas e indirectas de auto amnistía son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>9</sup> Siguiendo esta jurisprudencia, dicha incompatibilidad con la mencionada Convención fue declarada por un juez federal argentino respecto de la Ley de Obediencia Debida (decisión de 6 de marzo de 2001).<sup>10</sup>

Es aceptado que la amplia crítica al efecto disuasivo del derecho penal lo torna insustituible de la adopción de medidas de prevención.<sup>11</sup> Si bien el efecto disuasivo general de la justicia penal internacional como mecanismo de protección de los derechos humanos ha sido ampliamente cuestionado en base a las experiencias recientes de los Tribunales *ad-hoc*<sup>12</sup> y quedó en un plano más ideal, criterios como la lucha contra la impunidad son menos cuestionables, si se entiende que la impunidad facilita la violación de derechos humanos.<sup>13</sup>

No obstante, cabe preguntarse si un récord de acusaciones, arrestos, juicios y sentencias es suficiente para considerar que estamos ante dicha “revolución en la aplicación (...) la relación entre todo esto y los derechos humanos no puede ser asumida tan fácilmente”.<sup>14</sup>

Tanto los contemporáneos Tribunales *ad-hoc* como el caso Pinochet y los esfuerzos “post-Pinochet” de juzgamiento de violaciones a los derechos humanos a nivel internacional han sido objeto de crítica en cuanto a su utilidad para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos, y desplazaron el foco de atención de las obligaciones y acciones del Estado de respeto y protección de los derechos humanos.<sup>15</sup> Sin embargo, dicha crítica es, al menos al presente, cuestionable a la luz del principio de complementariedad que orienta al Estatuto de Roma, por el cual se reconoce e incentiva a los estados a ejercer su competencia para procesar crímenes internacionales con carácter primario según la jurisdicción internacional. Desde luego, dicho deber punitivo no es suficiente ni reemplaza las obligaciones del Estado conforme al derecho internacional de efectivizar distintos mecanismos de prevención y protección de los derechos humanos.

Si bien la propia existencia de la CPI no frenará de manera contundente futuras violaciones a los derechos humanos, constituye una garantía de persecución de los responsables por graves violaciones a los derechos humanos en mérito al régimen de complementariedad.<sup>16</sup> Asimismo, desde la óptica del derecho natural se entiende que el derecho penal puede promover

la reconciliación al constituir un medio coactivo para el descubrimiento de la verdad y su reconocimiento por parte de la sociedad.<sup>17</sup>

Desde un punto de vista formal, la relación entre el derecho penal internacional y los derechos humanos se evidencia en la determinación del derecho aplicable que establece el art. 21 del Estatuto de Roma, el mismo que sitúa como parámetros de aplicación e interpretación de la ley aplicable a los *derechos humanos internacionalmente reconocidos*. Pese a que la formulación adoptada no es lo suficientemente clara y podría dar lugar a diversas interpretaciones, lo que ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina,<sup>18</sup> siguiendo un criterio *pro homine* de interpretación y considerando el carácter universal de los derechos humanos ha de entenderse que la mencionada expresión hace referencia al derecho internacional de los derechos humanos de un modo general. Asimismo, en cuanto a la propia ley aplicable, el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra incorporado en el mencionado art. 21.b, que hace referencia a los *tratados, principios y normas de derecho internacional aplicables*. Por otro lado, las conductas sancionadas por el Estatuto constituyen violaciones graves a los derechos humanos.

Asimismo, el sistema de complementariedad que orienta el Estatuto de Roma refuerza no sólo la vigencia de los estándares de derechos humanos en la normativa interna sino también su cumplimiento a nivel local. En relación con este último aspecto, motiva asimismo la reflexión sobre la necesidad de reformas estructurales del sistema ante situaciones de incumplimiento sistemático de dichos parámetros. Teniendo en cuenta que el éxito del Estatuto de Roma depende en gran parte de la vigencia del principio de complementariedad, las posibilidades jurídico-fácticas para que un estado parte ejerza la jurisdicción primaria han de ser de interés no sólo del Estado en cuestión sino de la comunidad internacional.

En consecuencia, es evidente la existencia de una intrínseca y dinámica relación entre ambas áreas del derecho, que cobra distintos matices.

## B. Universalismo frente al derecho penal internacional

Por muchos años, el derecho internacional contempló como sujetos activos solamente a los estados, siendo en principio sólo de relevancia los actos estatales y desarrollándose posteriormente la doctrina del acto de estado. Es



el Tribunal de Nuremberg el que por primera vez establece que: “Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo juzgando a los individuos que los cometieron pueden aplicarse las normas del derecho internacional”.<sup>19</sup> Así puede afirmarse, aunque paradójicamente, que el desarrollo del derecho penal internacional consagra al individuo como sujeto del derecho internacional.<sup>20</sup>

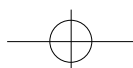
La tradicional discusión del carácter universal de los derechos humanos frente a las corrientes que abogan por un carácter más bien regional adquiere un matiz diferente a la luz del principio de complementariedad que orienta al Estatuto de Roma y de la propia vigencia del mismo.

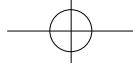
En efecto, entendiendo que la legitimidad es inherente al consentimiento y que la adopción global de los derechos humanos implica el consentimiento de dichas normas, la entrada en vigor del Estatuto de Roma con 60 ratificaciones (art. 126), hasta el presente cuenta con 94, pone de manifiesto el consentimiento de la comunidad internacional respecto de los derechos humanos que subyacen en el mencionado tratado multilateral, y constituye un lenguaje con fuerza moral. Esta fuerza deviene de la creencia de que los límites nacionales no deben determinar el alcance y la práctica de la justicia, sino que éstos deben ser definidos por la comunidad internacional. Desde esta óptica, el Estatuto de Roma representa un avance significativo para la universalidad de los derechos humanos y del estado de derecho.

Por su parte, el carácter de complementariedad de la CPI deja libertad a los estados parte, por lo menos de manera expresa, para decidir con respecto a las necesidades y maneras de ejercer sus obligaciones internacionales relacionadas básicamente al ejercicio primario de la jurisdicción local, reforzando el carácter universal de los derechos humanos.

#### IV. Validez del derecho penal internacional

Es aceptado que la legitimidad inicial del *ius puniendi* es provisoria, sometiéndolo a una dialéctica de legitimación sujeta a estándares jurídicos que constituyen el núcleo firme del catálogo de derechos fundamentales. En este contexto de aplicación, podría entenderse que los derechos humanos universales o fundamentales constituyen no sólo el fin sino, a la vez, el marco limitativo del ejercicio del *ius puniendi*. No obstante, a la luz del moderno paradigma de los derechos humanos, éstos ya no constituyen una limitación,





sino el impulso del *ius puniendi*, que es entendido no como un peligro sino como un medio de protección de los mismos. Así, ya no se derivan prohibiciones de su ejercicio sino deberes de punición.<sup>21</sup> Esta intrínseca relación implica la necesidad de mantener ambas perspectivas vigentes en las distintas esferas de su aplicación.

Si aún existen dudas en cuanto al verdadero avance que la formalización institucional del derecho penal internacional significa para la protección de los derechos humanos, es aún más necesario que su validez sea incuestionable.

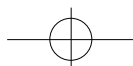
En efecto, el éxito de la CPI, como de cualquier otro tribunal penal internacional, debería ser medido por el nivel de cumplimiento con los estándares del debido proceso y su legitimación por la población civil en general y, de un modo particular, por los acusados y las víctimas. En mérito al efecto causativo formal de los tribunales penales internacionales -*el mantenimiento de la paz y seguridad internacional*- se entiende que éstos solamente pueden alcanzar un carácter emblemático en tanto y cuando avalen el concepto de derechos humanos, el respeto por las jurisdicciones locales y la supremacía del debido proceso, abstraído de los órganos políticos de Naciones Unidas y de los gobiernos.<sup>22</sup>

A continuación se esbozarán algunos aspectos de relevancia, desde una perspectiva propia, para la consideración de dicha validez.

## A. Independencia política

De un modo comparativo, el proceso de institucionalización es la base de legitimación del Estatuto de Roma, y ésta es la primera vez en la historia en que la creación y funcionamiento de un tribunal penal internacional no es fruto de la supremacía militar de las entidades constituyentes. En efecto, se entiende que la creación de los Tribunales *ad hoc* constituyó un medio para que el Consejo de Seguridad cumpliera con sus funciones de restablecimiento y mantenimiento de la paz y seguridad internacional en un determinado momento histórico.<sup>23</sup>

La independencia de todo control político en el sistema de justicia penal es un requisito esencial para alcanzar la credibilidad en el sistema penal y una necesidad fundamental para la realización de otros derechos inherentes al debido proceso, no sólo a nivel local sino, por sobre todo, a nivel internacional, donde las fuerzas e intereses políticos suelen ser más fuertes. En efecto, la experiencia de los Tribunales *ad hoc* muestra





que usualmente son las máximas autoridades políticas o militares de los estados las que, activa o pasivamente, están involucradas en la comisión de los crímenes contra el derecho internacional. Por otro lado, la investigación de este tipo de crímenes demanda gran cantidad de recursos económicos.<sup>24</sup>

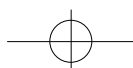
La máxima inglesa de que “la justicia no sólo debe hacerse sino percibirse como tal” tiene particular relevancia en la imparcialidad del Tribunal. Dicha imparcialidad no sólo se refleja en la forma de composición y elección de sus miembros sino, particularmente, en la actitud libre de todo prejuicio que éstos despliegan hacia el acusado.<sup>25</sup>

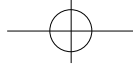
Sin embargo, es necesario advertir que el propio Estatuto de Roma contiene una serie de mecanismos a través de los cuales las funciones de la CPI pueden resultar politizadas, sea por el propio accionar de los estados parte en relación con la jurisdicción y cooperación con la CPI, como por el Consejo de Seguridad sobre la base de la competencia que le asiste en mérito a la Carta de la ONU en asuntos de mantenimiento y restablecimiento de la paz y seguridad internacional (art. 39). En efecto, el Consejo de Seguridad posee facultades de intervención ante la CPI, sea para bloquear el tratamiento de casos a través de una solicitud de diferimiento o para el inicio de investigaciones a través del referimiento de situaciones o denuncias (arts. 16 y 13.b, respectivamente). Es de advertir que una solicitud de inicio de investigación del Consejo de Seguridad no está sujeta a los requerimientos de admisibilidad establecidos en el art. 12.<sup>26</sup>

Por otro lado, considerando que la justicia penal es en sí selectiva, se trate indistintamente de sistemas de persecución penal regidos por el principio de discrecionalidad (reglada o no) o de legalidad, es necesario que el funcionamiento de la CPI esté acompañado de un adecuado control social, representativo de la comunidad internacional, sobre la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, al margen de una eventual limitación legislativa que pudiera darse en la revisión al Estatuto de Roma.

Si bien se contemplan controles normativos internos contra la politización de las investigaciones y de las acusaciones, la discrecionalidad de la Fiscalía y de la Sala de Cuestiones Preliminares es bastante amplia.<sup>27</sup>

En el primer caso, a tiempo del inicio de la persecución penal, la discrecionalidad de la Fiscalía se refleja en el art. 53.2.c del Estatuto de Roma, que establece no sólo criterios legales sino también políticos al fijar el parámetro de “intereses de la justicia”. Al no estar definido, la delimitación de dicho parámetro resta en el criterio de la Fiscalía.<sup>28</sup>





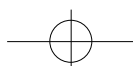
En el último caso, la Sala de Cuestiones Preliminares y la Sala de Apelación poseen una amplia competencia (arts. 15.4, 53.3.b y 82.1.a), *inter alia*, para prevenir potenciales abusos de la Fiscalía y para protegerla, a la vez, de la inevitable presión política.<sup>29</sup> Mas por su parte, el control judicial de las decisiones de la Fiscalía reviste también un margen amplio de discrecionalidad, al no existir criterios jurídicos para la determinación del contenido del mencionado art. 53.2.c, en particular de los estándares “*bases razonables para proceder*”, “*suficientemente graves*” e “*intereses de la justicia*”. Asimismo, resulta limitado al no contemplar las decisiones de la Fiscalía de no solicitar autorización para abrir una investigación cuando el informante no es un estado parte o el Consejo de Seguridad.<sup>30</sup>

## B. Superación de las deficiencias graves del Estatuto de Roma

Es de observar que entre los presupuestos de competencia personal o en razón de la persona, el Estatuto de Roma no contempla el principio de personalidad pasiva, es decir, la competencia del Estado de nacionalidad de la víctima, ni tampoco el principio universal a través de la jurisdicción del país donde hubiere sido detenido el acusado.

Ésta es ciertamente una contradicción con el propio reconocimiento que otorga el Estatuto de Roma a las víctimas, como se analizará más adelante. Por otro lado, la incorporación del Estado de custodia del acusado, al margen de ampliar las bases jurisdiccionales, estaría en relación con las experiencias desarrolladas por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (ICTY) en el marco del procedimiento de referimiento de acusaciones a las jurisdicciones locales de los estados de la antigua Yugoslavia, como componente de su “*estrategia de complementación*”.<sup>31</sup> En este contexto, en revisión de las Reglas de Procedimiento y Evidencia de septiembre de 2002, el Tribunal incorporó la Regla 11 *bis*, por la que una acusación confirmada puede ser referida a la jurisdicción del lugar del crimen o del lugar donde el acusado hubiere sido arrestado.

Otro aspecto fundamental es la inclusión de la pena de cadena perpetua que contempla el Estatuto de Roma en su art. 77.1.b. Si bien dicha inclusión es un resultado de las concesiones políticas inevitables a tiempo de las negociaciones previas a la suscripción del Estatuto de Roma, constituye





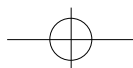
ciertamente un retroceso en el nuevo paradigma de los derechos humanos.

Son diversos los argumentos que sostienen la inconsistencia de las penas severas con los fines preventivos de la pena, de disuasión general y especial, y de las corrientes humanistas. La inexistencia de evidencia y coherencia entre el incremento en la severidad de cualquier sanción, más allá de lo requerido para compensar a la víctima y el cumplimiento de la norma,<sup>32</sup> pone en cuestionamiento la necesidad de la incorporación de la cadena perpetua en el Estatuto de Roma.

En efecto, el propio derecho internacional, en particular el sistema interamericano a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5, §6), consagra el fin esencial de reforma y readaptación social de la pena, y el tiempo de prisión debe ser consistente con dichos fines. En consecuencia, una pena de cadena perpetua o una pena de larga duración equiparable que niega toda posibilidad de reinserción social resultan contrarias a dicho régimen.

Asimismo, el hecho de que algunos tratados sobre extradición rechacen su procedencia cuando el extraditabile pueda ser sujeto no sólo a pena de muerte sino también a cadena perpetua, es otra indicación del status que esta pena ha adquirido en el derecho internacional.<sup>33</sup>

En el ámbito del derecho penal internacional contemporáneo, cabe notar que los estatutos de los Tribunales *ad hoc*, si bien no contemplan la pena de muerte, tampoco prohibieron expresamente la pena de cadena perpetua. La formulación de los arts. 24 y 23 de ambos estatutos (ICTY y ICTR, respectivamente) condiciona el análisis de determinación de las penas a los estándares locales de los estados de la antigua Yugoslavia y de Ruanda. En el caso del ICTR, dicha remisión a la ley local posibilita la aplicación de la pena de cadena perpetua, toda vez que la jurisdicción ordinaria puede imponer dicha pena. Sin embargo, en el caso de los estados de la antigua Yugoslavia, dicha aplicación resultaría contraria a los principios de legalidad y de prohibición de leyes *ex post facto*. En efecto, la ley local, a tiempo de comisión de los crímenes de adjudicación por el ICTY, imponía la pena de muerte o una pena máxima de 20 años de presidio, mas no la cadena perpetua. Sin embargo, la interpretación del Tribunal del art. 24 del Estatuto ha liberado de toda obligación al mismo de regirse por los estándares locales para la imposición de sentencias y reafirmado la vigencia de la Regla 101.A de las Reglas de Procedimiento y Prueba desarrolladas por los propios jueces (*Prosecutor v. Erdemovic, Prosecutor v. Tadic*).<sup>34</sup> Dicho análisis jurisprudencial de-





sembocó en la imposición de la primera cadena perpetua en el caso de *Pro - secutor v. Dr. Stakic*, sentencia del 31 de julio de 2003.

Teniendo en cuenta que los dilemas éticos que plantea la pena de cadena perpetua no se superan al considerar que un cierto grado de quebrantamiento al derecho internacional de los derechos humanos es justificable como castigo, aun se trate de los crímenes más graves reconocidos por el derecho internacional,<sup>35</sup> la revisión de la necesidad de su inclusión en el Estatuto de Roma es imperiosa.

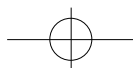
### C. Del status de la víctima en el Estatuto de Roma

A diferencia de los estatutos de los Tribunales *ad-hoc*,<sup>36</sup> que confieren a la víctima únicamente un rol testimonial sujeto a medidas de protección mas no como parte en el proceso, el Estatuto de Roma confiere a la CPI el poder de ordenar la compensación a las víctimas (art. 75), reconociendo su derecho a participar en los procedimientos con representación legal propia (art. 68.3), no sólo a través de un rol testimonial.

Ésta constituye la primera vez que desde el derecho internacional se reconoce de manera activa la necesidad de garantizar el resarcimiento a la víctima de graves violaciones a los derechos humanos, aspecto que históricamente fue considerado de exclusiva responsabilidad estatal.<sup>37</sup> De esta manera, al margen de la consideración de a quién debería corresponder la responsabilidad de resarcimiento, el derecho a reparación<sup>38</sup> adquiere posibilidades reales de concreción más allá de una simple aspiración o utopía. Dicho aspecto es de esencial importancia para encarar las injusticias pasadas del contexto de comisión de los crímenes de derecho internacional,<sup>39</sup> y ciertamente merece tanta preocupación como la lucha contra la impunidad por parte del derecho internacional.

Pero más allá de garantizar el efectivo resarcimiento, se entiende que la participación activa de las víctimas en el proceso que juzgue graves violaciones a los derechos humanos refuerza la razón de ser del mismo.<sup>40</sup>

En el contexto de la CPI, en la etapa de investigación, al margen de poder presentar observaciones por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares respecto de la investigación de la Fiscalía y de ser informada si la Fiscalía o la Sala de Cuestiones Preliminares decide no proceder con la investigación, la víctima no es más que sujeto de protección (arts. 15, 15.3 y 57.3 del Estatuto de Roma). En la etapa del juicio, la víctima puede, en



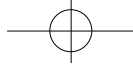
las etapas procesales que la Sala de Primera Instancia estime convenientes, presentar sus opiniones y observaciones a través del representante legal en cuanto se vean afectados sus intereses personales y no se interfiera con los derechos del acusado a un juicio justo (art. 68.3 del Estatuto de Roma). Vale decir, que la intervención de la víctima en las actuaciones procesales está condicionada a la autorización de la Sala de Primera Instancia y el impulso procesal de la Fiscalía. Al final del procedimiento, si bien las víctimas tienen el derecho a participar en audiencias de reparaciones y apelar sobre las decisiones de reparación, carecen del derecho de apelar sobre el fallo o decisión principal del proceso (arts. 49, 50 y 51 del Estatuto de Roma).

Por otro lado, existen una serie de reglas de procedimiento que restringen el momento y forma de participación. Así, por ejemplo, las víctimas deben dirigirse por escrito al Registrador antes de hacerlo ante la respectiva Sala de Primera Instancia (Regla 89 de las Reglas de Procedimiento y Prueba) y carecen de acceso a las pruebas tanto de la Fiscalía como de la defensa. En sí, la participación de las víctimas está sujeta a la discrecionalidad judicial sobre la base de los criterios de "*intereses personales afectados*" y de "*etapa apropiada*" para dicha intervención (art. 68.3), sin quedar especificados los principios que guiarán dicha discrecionalidad.<sup>41</sup>

Puede advertirse que la mayor parte del régimen del Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI están destinadas a la protección y asistencia de las víctimas, más que nada en su rol testimonial, aunque dicha interacción, vale decir víctima-participante y víctima-testigo, no resulta clara dentro de dicho marco normativo. En este contexto, la manera en que la verdad de la víctima interactuará con la verdad "procesada" producto del interrogatorio y contra interrogatorio y de la sentencia queda por analizarse.<sup>42</sup>

Es así que aspectos relacionados con la llamada "objetivización" de las víctimas en la experiencia de los Tribunales *ad hoc* quedan por resolverse en la puesta en práctica de la participación de las víctimas ante la CPI. Pero para que el avance alcanzado en el reconocimiento del derecho a participar en el proceso tenga verdadera efectividad, es necesario que dichos aspectos sean reconocidos y encarados.<sup>43</sup>

En consecuencia, el estatuto de las víctimas en el contexto de la CPI es significativo aunque embrionario. El mismo ha de ser verdaderamente conquistado cuando se le reconozca una participación particular e individualizada en el proceso.<sup>44</sup>



Sin embargo, la participación de las víctimas en el proceso penal y la existencia de mecanismos coercitivos tendientes a asegurar la compensación y rehabilitación es un avance en el desarrollo de esta relación intrínseca del derecho penal internacional y los derechos humanos, en tanto y cuando se alcance ese delicado equilibrio con el respeto a los derechos del acusado y, en particular, el principio de inocencia.

En este sentido, de especial importancia son los arts. 64.2<sup>45</sup> y 68.1<sup>46</sup> del Estatuto de Roma, que reconocen el derecho a un juicio justo desde la perspectiva del respeto a los derechos tanto del acusado como de las víctimas. Su materialización y la identificación de mecanismos de implementación adquieren, en consecuencia, especial relevancia.

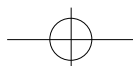
En efecto, uno de los más claros reflejos del respeto a los derechos humanos en una sociedad es la forma en que ésta trata a quienes imputa la comisión de crímenes. La esencia de este tratamiento es el concepto de la presunción de inocencia que impulsa la existencia de un régimen de ciertas garantías mínimas, traducidas en el ideal de un juicio justo.<sup>47</sup>

Si bien se ha alcanzado un desarrollo en cuanto a los estándares de legitimidad del derecho penal internacional partiendo del reconocimiento de la necesidad de respeto de los derechos humanos de los acusados y de la consideración de los intereses de las víctimas,<sup>48</sup> queda aún por analizarse su adecuado balance.

#### D. Credibilidad

La credibilidad del accionar del Consejo de Seguridad a tiempo de la creación de los Tribunales *ad hoc* ha sido, entre otros aspectos, cuestionada por el hecho de la selectividad que implicó en la elección de su post accionar de dos conflictos armados específicos. Asimismo, la débil legitimidad que implica la creación de tribunales internacionales por un órgano político con membresía limitada hace que la creación de una corte permanente sobre la base del consentimiento de los estados parte supere dichas críticas.<sup>49</sup> Siendo que el carácter permanente y universal de la CPI es uno de los principales méritos que se atribuye a su existencia, la importancia de que la aplicación del derecho penal internacional desde la CPI se efective sin distinciones arbitrarias redundará en su credibilidad.

Sin embargo, desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma (1 de julio de 2002), éste se ha visto empañado por una serie de acciones políticas



traducidas en instrumentos jurídicos que debilitan su carácter universal y, en consecuencia, la credibilidad del desarrollo alcanzado por el derecho penal internacional.

Dichas acciones se refieren básicamente a las Resoluciones 1.422 (2002) y 1.487 (2003) del Consejo de Seguridad, la *American Servicemember's Protection Act (ASPA)* de los EE.UU. y los Acuerdos Bilaterales sobre Entrega de Personas a la CPI de los EE.UU.

En el primer caso, las mencionadas Resoluciones del Consejo de Seguridad<sup>50</sup> prohíben la iniciación y continuación de investigaciones y procesamiento de ningún caso relacionado con "acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañen la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte del Estatuto de Roma y aporte contingentes (...) durante un período máximo de doce meses a partir del 1 de julio de 2002 (...) salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario".<sup>51</sup>

Como fundamento legal de dichas resoluciones, el Consejo de Seguridad invocó el art. 16 del Estatuto de Roma, que le confiere facultades para solicitar a la Corte, actuando en mérito a la competencia emanada del Cap. VII de la Carta de la ONU, la suspensión por un plazo, que no podrá exceder de 12 meses, de la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado la CPI. No obstante, es amplia la crítica en cuanto a la legalidad de dichas resoluciones,<sup>52</sup> entendiéndose que el propósito del art. 16 es no frustrar las acciones del Consejo de Seguridad respecto del mantenimiento y restablecimiento de la paz y seguridad internacional ante una situación concreta que fuere contemporánea a una investigación o enjuiciamiento por parte de la CPI. Mas, por el contrario, las mencionadas resoluciones constituyen una prohibición antelada a un potencial ejercicio de la jurisdicción de la CPI y resultan genéricas, pasando por alto el análisis casuístico que implica el art. 16.

Por otro lado, constituyen un régimen de inmunidad especial para el personal en acciones de mantenimiento de la paz de estados no parte del Estatuto de Roma. En este sentido, cabe cuestionarse de qué manera las funciones coercitivas del Consejo de Seguridad conforme al Cap. VII de la Carta de la ONU pueden verse afectadas ante la investigación o enjuiciamiento de personal de mantenimiento de la paz de estados no parte en relación con personal de estados parte.

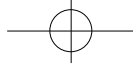
Por su parte, la ley ASPA, en vigencia desde el 2 de agosto de 2002,<sup>53</sup> constituye una ley de carácter extraterritorial, surtiendo efectos respecto a terceros estados e incluso respecto a la ONU. Siendo su propósito esencial debilitar el régimen de cooperación del Estatuto de Roma, ejerciendo influencia y condicionando la ayuda militar de los EE.UU. a terceros estados, quebranta principios básicos del derecho internacional tales como el principio de no intervención, la integridad territorial y la prohibición del uso de la fuerza.<sup>54</sup>

Asimismo, de crítica consideración son los Acuerdos Bilaterales sobre Entrega de Personas a la CPI de los EE.UU., los mismos que anulan toda posibilidad de que nacionales estadounidenses sean sujetos de la jurisdicción de la CPI. En este sentido, dichos acuerdos modifican los arts. 12 y 13 del Estatuto de Roma que constituyen obligaciones para los estados parte de entregar a la CPI a quienes se encontraran en su territorio y fueren acusados de alguno o varios de los crímenes de competencia de la CPI, cumpliéndose los criterios de complementariedad y aun tratándose de nacionales de estados no parte, cual es el caso de los EE.UU.<sup>55</sup> Estos acuerdos se han negociado de manera recíproca y no recíproca.

La base jurídica invocada para la suscripción de dichos acuerdos es el art. 98.2 del Estatuto de Roma, pese a que el mismo no tiene como propósito,<sup>56</sup> desde luego, dar pie a la suscripción de acuerdos que contraríen el objeto y fin del tratado mismo, cual resulta ser el caso de dichos acuerdos. En efecto, el fin del Estatuto de Roma es asegurar que los crímenes contra el derecho internacional que tipifica no queden impunes sobre la base del esquema de complementariedad. El art. 98 constituye una excepción a la obligación de entrega de personas a la CPI, pero en base a obligaciones que conforme al derecho internacional se hubieran asumido por los estados parte con carácter previo a la entrada en vigor del Estatuto de Roma. Mas no tiene como propósito permitir la conclusión de nuevos acuerdos o acuerdos posteriores a su entrada en vigor que limiten la competencia de la CPI.<sup>57</sup>

Dichos acuerdos no representan ninguna garantía para el ejercicio de la jurisdicción local –al margen de los principios emanados en el caso de la Unión Europea, que resultan más bien declarativos– y constituyen evasiones a la jurisdicción de la CPI. El potencial efecto negativo es que más estados adopten este tipo de prácticas.

Desde el punto de vista del derecho internacional, resulta curioso que un Estado que rechaza un cierto tratado recurra a éste como base jurídica



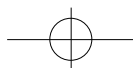
para la suscripción de un acuerdo que contraría el propósito del tratado mismo. En efecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no contempla la posibilidad de que un estado no parte de un tratado pueda modificarlo, más aún cuando el tratado no admite reservas, cual es el caso del Estatuto de Roma. En consecuencia, la posibilidad de modificación para los estados parte es reemplazada por el mecanismo de revisión, entendiéndose que la modificación de cualquier disposición del tratado resultaría *incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto* (art. 41.b.ii, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

En este contexto, llama aún más la atención que estados parte los suscriban y ratifiquen, e incurran en potencial responsabilidad internacional por el incumplimiento de tratados. Por lo tanto, resultaría interesante contar con una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia con respecto a la validez en el derecho internacional y las posibles consecuencias que acarrea la suscripción y ratificación de tales acuerdos por parte de los estados contratantes.

## V. Conclusiones

La asimilación de los estándares internacionales de justicia a la esfera penal internacional otorga un matiz diferente a la vigencia y protección de los derechos humanos y al carácter universal de éstos. No obstante, debe reconocerse que dicho deber punitivo no es suficiente ni reemplaza las obligaciones de los estados y de la comunidad internacional de efectivizar distintos mecanismos de prevención y protección de los derechos humanos. Es, en todo caso, un complemento importante en la lucha por la vigencia de los derechos humanos.

La validez del derecho penal internacional, cuyo proceso de formación se ha cristalizado en el Estatuto de Roma, se justifica en tanto y en cuanto contribuya a la protección efectiva de los derechos humanos de los sujetos procesales, vale decir, tanto del acusado con relación a la garantía de un debido proceso como de la víctima en cuanto a los intereses derivados del proceso penal. Es evidente que ésta no es tarea fácil en tanto se trata de alcanzar un adecuado equilibrio entre la vigencia de los principios procesales, en particular del principio de inocencia y en general de los derechos civiles





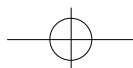
y políticos de relevancia para el proceso penal, así como de la reivindicación a la víctima y la posibilidad efectiva de obtener reparación.

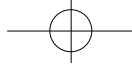
De igual importancia es que se luche, desde distintos ángulos, por reafirmar la independencia de todo control político en la nueva CPI, y es importante que su funcionamiento esté acompañado de un adecuado control social, representativo de la comunidad internacional. Asimismo, es necesario que se respeten desde la CPI los principios de igualdad ante la ley y de percepción de hacerse justicia, restando a los estados parte, la ONU y la comunidad internacional en su conjunto la tarea de cumplir con sus obligaciones emergentes del derecho internacional e impedir que mediante acuerdos especiales u otras formas “jurídicas” se debilite su credibilidad. No menos importante es el perfeccionamiento del Estatuto de Roma como instrumento de protección de los derechos humanos, en particular con respecto a aspectos esenciales del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, tales como la eliminación de la cadena perpetua.

Toda esta tarea es de suma importancia, si se entiende que la vigencia del derecho penal internacional constituye una oportunidad extraordinaria en la historia del movimiento de los derechos humanos con miras a alcanzar la aceptación y realización de los derechos fundamentales, y así el respeto por la dignidad del ser humano de manera universal.

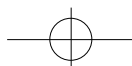
El Estatuto de Roma, y en particular su régimen de complementariedad, representa un baluarte para la universalidad de los derechos humanos, al reconocer la importancia que la aplicación de los mismos que subyace en dicho tratado sea de responsabilidad primaria de los estados parte. La vigencia de este principio ha de ser, en consecuencia, de prioritario interés para la comunidad internacional.

Si se entiende que es la dignidad del ser humano, “centro y eje conductor de la gran revolución universal de los derechos humanos”,<sup>58</sup> la que subyace en la lucha contra la impunidad, la manera en que ésta se realice es crucial. Queda, entonces, el desafío de que, a medida que avance el desarrollo del derecho penal internacional, se evidencie también un avance en la protección y vigencia de los derechos humanos. Así, el avance desde el derecho penal internacional en la consagración del individuo como sujeto del derecho internacional cobrará verdadero valor.



**Notas**

1. Véase Auman, 1992, pág. 3.
2. *Ibid*, pág. 2.
3. I Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña del 12 de agosto de 1949, art. 49; II; Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, arts. 50 y 51; III Convenio de Ginebra sobre el Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, arts. 129 y 130; IV Convenio de Ginebra relativo a la Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, arts. 147 y 148; I Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, art. 85; y II Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, art. 6.
4. Véase Aust, 2002, pág. 25.
5. Véase Ambos, 2000, pág. 926.
6. Véase Than *et al.*, 2003, pág. 10.
7. Véase Silk, 2003, pág. 278.
8. Than *et al.*, nota 6 *supra*, pág. 13.
9. Caso Castillo Páez, 1998; caso Barrios Altos, 2001.
10. Véase Delmas-Marty, 2004, pág. 8.
11. Véase Barnett, 1998, pág. 216.
12. Véase Bass, 2000, págs. 291-295.
13. Véase Ambos, 1999, pág. 44.
14. *Ibid*, pág. 278.
15. Véase Silk, nota 7 *supra*, pág. 283.
16. Than *et al.*, nota 6 *supra*, pág. 341.
17. Véase Arnold, 1999, pág. 56.
18. Véase Salado, 2000, págs. 275-277.
19. Véase Karountzos, 2004, pág. 128.
20. Véase Brownlie, 1998, pág. 48.
21. Véase Bascuñán Rodríguez, 2003, pág. 319.
22. Véase Knoops, 2003, págs. 27-28.
23. Véase Caeiro, 2002, págs. 99-101.
24. Véase Olásolo, 2003, pág. 106.
25. Véase Auman, nota 1 *supra*, pág. 11.
26. Véase Gallarotti *et al.*, 1999, pág. 102.



27. *Ibíd.*
28. Véase Olásolo, nota 24 *supra*, págs. 110-111.
29. Véase Kourula, 2003, págs. 330-331.
30. Olásolo, nota 24 *supra*, págs. 133 y 142.
31. Reporte de 23 de julio de 2002, aprobado por Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad.
32. Véase Barnett, nota 11 *supra*, pág. 232.
33. Véase Van Zyl Smit, 2002, pág. 192.
34. *Ibíd.*, págs. 177-183.
35. *Ibíd.*, pág. 196.
36. Véase Hemptinne, 2003, págs. 206-207.
37. Es de advertir que, a nivel regional, la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre de 1969 establece en su art. 63.1 la potestad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de ordenar compensación a las víctimas cuyos derechos de protección por la Convención hubieren sido vulnerados. Asimismo, el Protocolo a la Carta Africana sobre los Derechos del Hombre y los Pueblos reconoce el derecho a la reparación.
38. En un sentido amplio, reconocido por el Estatuto de Roma, no se limita a la compensación monetaria a las víctimas, sino que incluye medidas de restitución y rehabilitación.
39. Véase Parmentier, 2003, págs. 206-207.
40. Véase Beauthier, 2003, págs. 121-122.
41. Véase Halsam, 2004, pág. 323.
42. *Ibíd.*, pág. 327.
43. *Ibíd.*, pág. 319.
44. Beauthier, nota 40 *supra*, pág. 128.
45. *“La Sala de Primera Instancia velará por que el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos.”*
46. *“La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 2, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra los niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos.”*
47. Véase Muna, 2000, pág. 101.

48. Véase McGoldrick, 2004, pág. 10.
49. *Ibid.*, pág. 460.
50. S/Res/1422 (2002) y S/Res/1487 (2003).
51. Véase Alcoceba, 2003, pág. 354.
52. *Ibid.*, págs. 354-358.
53. <http://www.state.gov>
54. Alcoceba, nota 51 *supra*, págs. 358-360.
55. Véase Eubany, 2003, págs. 103-104.
56. Se ha argumentado que dicho articulado habría sido destinado a respetar los convenios previamente existentes sobre el Estatuto de Fuerzas entre los estados parte de la CPI y otros convenios que implicaran el envío y recepción de personal oficial de tales estados. Sin embargo, realizando un análisis más exhaustivo de la letra y contenido de dichos acuerdos, puede advertirse que no existe una colisión entre dichos convenios y el Estatuto de Roma (véase Fleck, 2003, págs. 207-211).
57. Véase Fleck, 2003, pág. 208.
58. Véase Besares, 1999, pág. 315.

### Referencias bibliográficas

- ALCOCEBA GALLEGO, M. A. (2003). "La ilicitud internacional de los acuerdos antidoto celebrados por Estados Unidos para evitar la jurisdicción de la CPI", *Anuario de Derecho Internacional XIX*, págs. 349-372.
- AMBOS, K. (1999). *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2da. ed.
- (2000). "Principios generales del derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", *Actualidad Penal*, No. 44. págs. 925-948.
- ARNOLD, J. (1999). "Cambios de sistema político y criminalidad de Estado desde una visión retrospectiva de derecho penal", *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, págs. 27-57.
- AUMAN, W. (1992). "International Human Rights Law: A Development Overview and Domestic Application within the US Criminal Justice System", *North Carolina Central Law Journal*, págs. 1-17.
- AUST, A. (2003). "The Security Council and International Criminal Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXXIII., págs. 23-46.
- BARNETT, R. (1998). *The Structure of Liberty. Justice and the Rule of Law*, New York, Oxford University Press.
- BASCUÑAN RODRIGUEZ, A. (2003). "Derechos fundamentales y derecho penal", *Los derechos fundamentales. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. SELA 2001*. págs. 319-342.

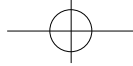
- BASS, G. (2000). *Stay the Hand of Vengeance: the Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press.
- BEAUTHIER, G. (2003). «Les Victimes Face aux Violations Graves du Droit International Humanitaire: Témoins ou Parties à Part Entière?», *La Répression Internationale du Génocide Rwandais*, CREDHO, págs. 121-136.
- BESARES ESCOBAR, M.A. (1999). "Los derechos humanos y la procuración de justicia", *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales, Cepolcrim*, págs. 313-324.
- BROWNLIE, I. (1998). *The Rule of Law in International Affairs*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers.
- CAEIRO, P. (2002). "Tribunais Penais Internacionais: 'etapas de un caminho' ou 'astros em constelacao'?", *Revista Brasileira de Ciencias Criminas, Vol. 37, IBCCRIM*, págs. 98-106.
- DELMAS-MARTY, M. (2004). "Criminal Law as Ethics of Globalisation", *Humanitáres Völkerrecht. Informationsschriften*, 1, págs. 4-9.
- EUBANY, C. (2003): "Justice for Some? U.S. Efforts under Article 98 to Escape the Jurisdiction of the International Criminal Court", *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 27, N° 1., págs. 103-129.
- FLECK, D. (2003). "Art. 98 of the ICC Statute and the Conclusion of New Status of Forces Agreements", *The Military Law and the Law of War Review*, Vol. 42, N° 1-2., págs. 207-212.
- GALLAROTTI, G., PREIS, A. (1999). "Toward Universal Human Rights and the Rule of Law: The Permanent International Criminal Court", *Australian Journal of International Affairs*, Vol. 53, N° 1., págs. 95-111.
- HALSAM, E. (2004). "Victim Participation at the International Criminal Court: A Triumph of Hope Over Experience?", *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, págs. 315-334.
- HEMPTINNE, J. (2003). "L'Évolutivité des Procédures. Analyse Comparée avec le TPIY", *La Répression Internationale du Génocide Rwandais*, págs. 201-209.
- IGNATIEFF, M. (1999). *Whose Universal Values? The Crisis in Human Rights*, The Hague, Foundation Horizon.
- KAROUNTZOS, K. (2004). "Universality Principle, an Orientation for International Criminal Law", *Griffin's View on International and Comparative Law. Vol. 5, N° 1*, págs. 128-138.
- KNOOPS, G.A. (2003). *International and Internationalized Criminal Courts: the New Face of International Peace and Security?*, The Hague, Boom Juridische Uitgevers.
- KOURULA, E. (2003). "Questions and Observations Relating to the International Criminal Court", *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, págs. 327-340.
- MCGOLDRICK, D. (2004). "Criminal Trials before International Tribunals: Legality and Legitimacy", *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, págs. 9-45.

- (2004). "Legal and Political Significance of a Permanent ICC", *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, págs. 453-476.
- MERED, S. (1996). "It's not a Cultural Thing: Disparate Domestic Enforcement of International Criminal Procedure Standards – a Comparison of the United States and Egypt", *Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 28, págs. 141-172.
- MUNA, B. (2000). "Safeguarding the Rights of the Accused in the Prosecution Process at the International Criminal Tribunal of Rwanda", *Human Rights Commissions and Ombudsman Offices. National Experiences throughout the World*, págs. 101-113.
- OLÁSULO, H. (2003). "The Prosecutor of the ICC before the Initiation of Investigations: A quasi-judicial or a political body?", *International Criminal Law Review*, Vol. 3, N° 2., págs. 87-150.
- PARMENTIER, S. (2003). "Global Justice in the Aftermath of Mass Violence. The Role of the International Criminal Court in Dealing with Political Crimes", *International Annals of Criminology*, Vol. 41 -1/2.
- SALADO OSUNA, A. (2000). "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Derechos Humanos", *La criminalización de la barbarie*, págs. 267-300.
- SILK, J. (2003). "La justicia penal internacional y la protección de los derechos humanos: ¿el Estado de Derecho o la arrogancia del Derecho?", *Los derechos fundamentales. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2001*, págs. 277-290.
- THAN, C., SHORTS, E. (2003). *International Criminal Law and Human Rights*, London, Sweet & Maxwell.
- VAN ZYL SMIT, D. (2002). *Taking Life Imprisonment Seriously in National and International Law*, The Hague, Kluwer Law International.

## RESUMEN

La paulatina asimilación al ámbito penal internacional de los derechos humanos se cristaliza al presente en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Este desarrollo tiene especial trascendencia en la universalidad de los derechos humanos a partir de la legitimidad que implica su proceso de formación y su eje central, el principio de complementariedad.

Entendiendo que el derecho penal internacional no es suficiente ni sustitutivo de los deberes de prevención y protección de los

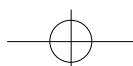
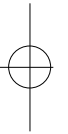
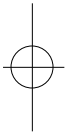


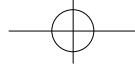
## Un nuevo umbral para los derechos humanos

83

derechos humanos, el valor de la lucha contra la impunidad en el avance y respeto a los mismos sólo se evidenciará si su aplicación se desarrolla conforme a los principios que motivan su existencia. Algunos desafíos que plantea el mencionado tratado son un equilibrio entre el respeto a los derechos del acusado, en particular el principio de inocencia, y el reconocimiento del derecho a participación de las víctimas, la independencia política, la abolición de la cadena perpetua y el rechazo a instrumentos jurídicos atentatorios a su objeto y fin.

*Diálogo Político*. Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C.  
Año XXI - Nº 3 - Septiembre, 2004





# Derechos humanos y derecho penal internacional

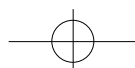
Kai Ambos

## I. El derecho penal internacional (DPI) de hoy y su relación con los derechos humanos

1. Por derecho penal internacional (*Völkerstrafrecht*)<sup>1</sup> se *entiende* tradicionalmente el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales.<sup>2</sup> Se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional. La idea central de la *responsabilidad individual* y de la *reprochabilidad* de una determinada conducta (macrocriminal) proviene del derecho penal, mientras que las clásicas figuras penales (de Nuremberg),<sup>3</sup> en su calidad de normas internacionales, deben clasificarse formalmente como derecho internacional y someten de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de derecho internacional (principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional). Los desarrollos más recientes que culminaron en la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI)<sup>4</sup> no sólo consolidan el derecho penal internacional como sistema de derecho penal de la comunidad internacional,<sup>5</sup> sino que amplían su ámbito de regulación más allá de sus fundamentos jurídico-materiales a otras zonas accesorias del derecho penal (derecho

KAI AMBOS

Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional de la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania.



sancionatorio, ejecución penal, cooperación internacional y asistencia judicial), al derecho procesal penal y a cuestiones de organización judicial. Como acertadamente se ha expresado en el memorando del gobierno alemán, con ello se ha conseguido “reunir y desarrollar en una obra de codificación unificada el derecho penal internacional de los estados miembros de las Naciones Unidas teniendo en consideración los diferentes sistemas de derecho penal, con sus respectivas tradiciones”.<sup>6</sup>

2. La *relación* entre DPI y derechos humanos se construye a través de la impunidad universal de las severas violaciones a los derechos humanos que fue ya investigada en otro lugar.<sup>7</sup> La impunidad conduce a un vacío de punibilidad fáctica,<sup>8</sup> cuyo cierre o, en todo caso, disminución, se ha convertido en la función más importante del derecho penal internacional y de su instrumento más importante, el ECPI. Basta citar los párrafos 4 y 5 del preámbulo del ECPI:

“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar ... para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

(...)

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes.”<sup>9</sup>

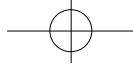
La teoría de la macrocriminalidad sirve como categoría para clasificar las violaciones de derechos humanos que pueden ser objeto del DPI.

## II. El concepto de macrocriminalidad como puente entre derechos humanos y derecho penal internacional

3. La “*macrocriminalidad*” comprende fundamentalmente “comportamientos conformes al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva”,<sup>10</sup> “macro-acontecimiento con relevancia para la guerra y el derecho internacional”,<sup>11</sup> ésta se diferencia, por lo tanto, cualitativamente de las conocidas

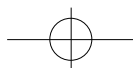
formas “normales” de criminalidad y también de las conocidas formas especiales (terrorismo, criminalidad de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en ésta desempeña el Estado.<sup>12</sup> La macrocriminalidad es más limitada que la “criminalidad de los poderosos” (*Kriminalität der Mächtigen*),<sup>13</sup> ya que ésta, discutida con frecuencia en la criminología, se refiere por lo general a los hechos cometidos por los “poderosos” en defensa de su posición de poder, y ni estos “poderosos” ni el “poder” (económico) que defienden son necesariamente idénticos con el Estado o con el poder estatal.<sup>14</sup> La intervención, tolerancia, omisión o hasta el fortalecimiento estatal de comportamientos macrocriminales, decisivos a este respecto, son clarificados a través del aditamento de “político”. De este modo, se rechaza también –coincidentalmente con Jäger–<sup>15</sup> la moderna tendencia de extender el concepto a todas las amenazas criminales de gran dimensión. Macrocriminalidad política significa, por lo tanto, en sentido restringido “criminalidad fortalecida por el Estado”,<sup>16</sup> “crimen colectivo políticamente condicionado”<sup>17</sup> o –con menor precisión– crímenes de Estado,<sup>18</sup> terrorismo de Estado o criminalidad gubernamental.<sup>19</sup> Aquí se trata siempre de criminalidad “estatal interna”,<sup>20</sup> orientada hacia adentro contra los propios ciudadanos. Esto constituye también un interés central de esta investigación.

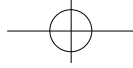
4. En un sentido amplio, el concepto de macrocriminalidad política comprende, ciertamente, también los crímenes internacionales de *actores no estatales*. Al respecto, es de importancia secundaria si estas actividades pueden ser atribuidas al concepto tradicional de macrocriminalidad. En su favor hablaría el hecho de que también en estos casos el Estado territorialmente competente sería responsable, al menos por omisión, de no garantizar a sus ciudadanos la protección de derecho constitucional e internacional que les corresponde. En su contra se pronunciaría la circunstancia de que tal comprensión amplia de macrocriminalidad convertiría a casi todo Estado en “criminal”, pues nunca sería posible un completo control de la criminalidad no estatal y, por ello, tampoco una absoluta protección del ciudadano expuesto a esa criminalidad. Regiría el principio ¡*Nemo potest ad impossibile obligari!* A ello se podría replicar nuevamente que no se trata de la libertad del ciudadano frente a cualquier hecho penal, sino, justamente, frente a hechos macrocriminales. En relación con éstos, la obligación de protección estatal debería ser ilimitada, pues, de lo contrario, se argumentaría en



favor de una situación prejurídica del derecho del más fuerte. Sea como fuere, la existencia fáctica de grupos no estatales que cometen crímenes internacionales es seguramente el argumento decisivo en favor de una comprensión más extensa del concepto de macrocriminalidad. De otro modo, quedarían sin protección las víctimas no estatales, pues el derecho penal nacional la niega en esos casos. A título de ejemplo: si la organización guerrillera colombiana FARC, la más antigua y grande de Latinoamérica,<sup>21</sup> en la “zona de distensión”<sup>22</sup> asignada a ella por el Estado en un momento –y no solamente allí!– cometió crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, entonces no tendría sentido que las víctimas de esos crímenes se remitieran a las instituciones estatales. Puesto que éstas no están presentes físicamente,<sup>23</sup> no tienen ningún tipo de influencia sobre los autores. Aquí sólo puede ayudar, si es que puede, la directa atribución de responsabilidad jurídico-penal a los mismos grupos responsables, esto es, a su jefe y a sus miembros.<sup>24</sup>

5. Esta comprensión amplia de macrocriminalidad se sustenta también en la concepción de los *crímenes internacionales* tal como ha sido ahora consagrada en los artículos 6 a 8.<sup>25</sup> En cuanto a los crímenes contra la humanidad, inclusive el genocidio,<sup>26</sup> ya no es necesaria una relación con un conflicto armado para que puedan ser criminalizadas determinadas violaciones graves a los derechos humanos en tiempos de paz, bastando solamente que éstas se encuentren en un contexto de comisión –también no estatal–<sup>27</sup> determinado, generalizado y sistemático.<sup>28</sup> Respecto de los crímenes de guerra, éstos pueden ser cometidos por las partes en conflicto y, por ello, penados<sup>29</sup> no sólo –como *grave breaches*– en un conflicto internacional, sino en todo conflicto armado (no internacional) que sobrepase el umbral del art. 1 (2) del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra (en adelante PACG II).<sup>30</sup> Con esto queda en claro que la comisión de crímenes internacionales no puede ser considerada por mucho más tiempo como un “privilegio” de los actores estatales, sino que puede conducir, absolutamente, a la responsabilidad jurídico-penal de actores no estatales. El concepto de macrocriminalidad política debe extenderse, por lo tanto, según una comprensión moderna del derecho penal internacional, a los actores no estatales.<sup>31</sup>

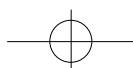


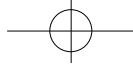


### III. Una fundamentación filosófico-jurídica de un *ius puniendi* supra o transnacional

6. El poder punitivo supra o transnacional que presupone un derecho penal internacional protector de los derechos humanos esenciales puede fundarse con referencia a los *derechos humanos interculturalmente reconocidos*,<sup>32</sup> teoría ante todo desarrollada por el filósofo del derecho de Tubinga, Otfried Höffe.<sup>33</sup> El punto de partida del principio del ciudadano mundial propagado por este autor está constituido por los derechos humanos reconocidos universal e interculturalmente y por los principios de justicia entre los cuales se contaría especialmente el de la libertad frente a la arbitrariedad y la violencia, esto es, la protección del cuerpo, la vida y la libertad.<sup>34</sup> La función principal de la república mundial complementaria<sup>35</sup> consistiría, pues, en proteger esos derechos humanos de sus ciudadanos mundiales de ser necesario con un derecho penal mundial.<sup>36</sup> La protección mínima de los derechos humanos (“moral mínima”)<sup>37</sup> sería, al mismo tiempo, la legitimación y la limitación del derecho penal mundial: “La justificación de un derecho penal de un estado mundial se vincula con su limitación a la protección de los derechos humanos”.<sup>38</sup> La pretensión individual de una protección (también) jurídico-penal sería el revés de las prohibiciones fundadas en los derechos humanos.<sup>39</sup> En tanto los delitos penales se “puedan fundamentar con argumentos humano-generales, más precisamente con argumentos de derechos humanos ... existe, sin duda alguna, un poder penal transcultural, un derecho penal intercultural”.<sup>40</sup> De este modo, el derecho penal mundial formaría parte “del escudo de protección de los derechos humanos y de la visible solidaridad de la ciudadanía mundial con las víctimas de las violaciones a los derechos humanos”.<sup>41</sup> Para que fuera válido un derecho penal legitimado en los derechos humanos, “humano-general” e “intercultural”, tendría que dirigirse a hombres de todas las culturas, y no podría existir en modo alguno, desde el punto de vista del derecho penal, el extranjero:

“Son difíciles de encontrar culturas jurídicas que sean tan diferentes por principio como para no conocer en absoluto delitos fundados en la protección de los derechos humanos; más bien, el alcance del poder punitivo se extiende. ... Aquello por lo cual nosotros nos empeñamos con ahínco, lo encontramos también en otras culturas; y especialmente

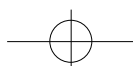


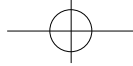


aquello por lo que nosotros nos indignamos, produce también indignación en los hombres de otro lugar.”<sup>42</sup>

7. Un *principio del ciudadano mundial* fundado en los derechos humanos persigue también Jürgen Habermas<sup>43</sup> cuando expresa que “el deseado establecimiento de un estado de ciudadano mundial” significa, desde su punto de vista, que las “infracciones contra los derechos humanos ... sean perseguidas como acciones criminales dentro de un ordenamiento jurídico estatal”. En este sentido, los derechos humanos habrían de entenderse no sólo como orientación moral del actuar político, sino también como derechos subjetivos “que deben ser implementados en sentido jurídico”. Sólo cuando los derechos humanos hayan encontrado su “lugar” en un ordenamiento jurídico global, como los derechos fundamentales en nuestras constituciones, “podremos partir, también en el plano global, de que los destinatarios de estos derechos pueden considerarse, al mismo tiempo, como sus autores”. Si bien este enfoque es convincente para fundamentar una intervención pacífica del derecho penal universal, resulta dudoso que con ello pueda fundamentarse una llamada intervención humanitaria, es decir, militar, “como un salto del clásico derecho internacional de los estados hacia el derecho cosmopolita de una sociedad del ciudadano mundial”.<sup>44</sup> Esto no sólo es dudoso por razones de procedimiento –tan cierto es que el “moderado trato jurídico con las violaciones a los derechos humanos protege[rá] frente a una ‘desdiferenciación’ moral del derecho” –<sup>45</sup>, sino también a causa del conflicto material de ponderación<sup>46</sup> que provoca.

8. Una fundamentación semejante presupone, desde luego, una concepción del derecho penal que parta del individuo y de su *dignidad humana* inviolable, en el sentido absoluto de la relación de reconocimiento libre, igual y mutua de Kant,<sup>47</sup> basada en esa dignidad humana. Sólo el reconocimiento de la individualidad de los miembros de la sociedad garantiza “un correctivo para la revisión de las construcciones abstractas colectivas”.<sup>48</sup> Sólo la “asociabilidad parcial del individuo” asegura la observancia de la humanidad y de la dignidad humana garantizada constitucionalmente: “humanidad como desviación y libertad frente a la representación colectiva de manía y coacción, como protección del individuo y las minorías, como chance de autorresponsabilidad a través





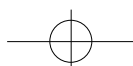
de la posibilidad de autodeterminación ...”.<sup>49</sup> La dignidad humana debe ser, por lo tanto, punto de partida y al mismo tiempo punto inmovible de todo sistema de derecho penal; sólo así se puede poner “un obstáculo bastante abultado y que se espera infranqueable en el camino ... [del] total ‘desencantamiento’ del mundo (Weber) por medio de un funcionalismo formal racional-final”.<sup>50</sup> Entonces, no se puede poner más en duda que el Estado y la comunidad internacional están llamados forzosamente a proteger esa dignidad humana con el derecho penal.<sup>51</sup>

#### IV. El Estatuto de Roma como instrumento flexible de protección de los derechos humanos

9. Si bien el ECPI tiene como objetivo primordial, como ya deducimos del preámbulo, poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales (arts. 5 a 8) y por primera vez ofrece una clara y consensual tipificación de estos crímenes, es de reconocer que el Estatuto no es un *instrumento* dogmático e inflexible, sino *flexible* y *abierto* a procesos de paz. Esto se desprende no solamente de los trabajos preparatorios sino, fundamentalmente, de tres de sus normas, a saber:

- el artículo 16, que prevé la posibilidad, para el Consejo de Seguridad las Naciones Unidas, de suspender una investigación de acuerdo con el capítulo 7 de la Carta de las Naciones Unidas.
- el artículo 17, que consagra el principio de la complementariedad; y
- el artículo 53, que contiene la cláusula de los intereses de justicia (*interests of justice*), típica del derecho procesal norteamericano, del sistema *common law*, que deja a discreción del fiscal el inicio de la investigación (formal).

Estas tres normas muestran que el Estatuto no es un obstáculo para un proceso de paz. Ellas son el resultado de las consideraciones de los relatores del Estatuto (diplomáticos, gente de la práctica, funcionarios de ministerios de Justicia, entre otros), para quienes era muy importante tener en cuenta las controversias nacionales en situaciones de conflicto armado. En particular el principio de complementariedad muestra que la CPI no



desea sustituir ni desplazar la justicia penal nacional (como lo han hecho, por ejemplo, los Tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); por el contrario, se pretende que sea la *justicia penal del estado territorial la que persiga los crímenes internacionales* enumerados. En tal sentido, la CPI solo actúa como motor y medio de presión ante un posible fracaso de la justicia penal nacional, ya sea por falta de voluntad o de capacidad de actuar.

10. Más allá de esas normas, surge también otra pregunta más de fondo: ¿qué entendemos por la *obligación de castigar* o investigar los delitos internacionales?<sup>52</sup> ¿Cuál es el contenido exacto de ese deber? Es claro que no es posible investigar y castigar a todos los posibles autores de crímenes internacionales, por ejemplo los diecisiete mil (o más) paramilitares y los veinte o treinta mil guerrilleros colombianos. Ningún sistema judicial del mundo tiene la capacidad de perseguir todos los delitos y castigar a todos los culpables. Ni en Nuremberg, ni en Tokio, ni en los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (ICTY) y para Ruanda (ICTR) se ha castigado a todos los posibles autores de violaciones del derecho penal internacional. Más bien se ha establecido una política de *persecución selectiva*. Siempre se ha argumentado, como se hizo en Nuremberg, que debe haber una selección de los individuos que deben ser perseguidos y a los cuales se les ha denominado “grandes criminales, líderes, cabecillas de las organizaciones criminales”, etc. Pues bien, sabemos que muchas de las personas que trabajan en estos grupos son realmente víctimas de la demagogia, que no forman parte de esas organizaciones por convicción ideológica: hoy son paramilitares, mañana son guerrilleros; depende de quién paga mejor. En el año 1998, el Fiscal del ICTY y del ICTR decidió reevaluar su estrategia de persecución en los siguientes términos:

“Consistente con esas estrategias (de persecución, K.A.), que implicaban focalizar la investigación en las personas con mayores niveles de responsabilidad o en quienes fueran personalmente responsables de delitos excepcionalmente aberrantes o extremadamente graves en algún otro sentido, juzgué conveniente retirar los cargos contra una serie de acusados ...”<sup>53</sup>

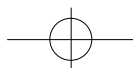
La Cámara de Apelaciones aceptó la decisión del Fiscal, otorgándole de hecho una amplia discreción para desarrollar una estrategia de persecución:



“En este contexto, de hecho en muchos sistemas de derecho penal, el organismo encargado de las persecuciones solo cuenta con recursos financieros y humanos limitados, por lo que resulta poco realista esperar una persecución de todos los que cometieron algún hecho delictivo que pueda caer dentro de los términos estrictos de su jurisdicción. Necesariamente debe decidir acerca de la naturaleza de los crímenes y de los autores que serán perseguidos. Es indudable que el fiscal tiene amplia discreción en relación con la iniciación de las investigaciones y la preparación de las acusaciones.”<sup>54</sup>

Por todo ello, es claro que existe una *limitación* de la obligación de persecución *ratione personae*, es decir, con miras a las personas que se pretende perseguir y sancionar: realmente, lo que se quiere es perseguir a las cúpulas de las organizaciones criminales, a los líderes; si eso es correcto para un sistema nacional, más lo es para la justicia penal internacional. La CPI nunca se va a preocupar por el pequeño guerrillero en el Cauca colombiano o el paramilitar en Antioquia. Se interesa por las cúpulas de estas organizaciones, y esto no es más que lógico. Con esto tenemos otro elemento de flexibilidad de la justicia penal internacional.

11. Darryl Robinson, miembro de la delegación del Canadá en las negociaciones sobre la CPI, plantea en uno de sus trabajos<sup>55</sup> otro elemento más que demuestra la flexibilidad del ECPI: argumenta Robinson, y esa es una discusión actual, que se podría acudir a una figura equivalente a las que existen en el derecho penal como causales de justificación o de exculpación, esto es, a la *extrema necesidad* para justificar al Estado que no puede perseguir en tales situaciones o, posiblemente, tiene que acudir a rebajas de penas sin que necesariamente se renuncie a la persecución penal. Claro que los límites de esa excepción son difíciles de establecer y es justamente aquí donde radica la discusión, la cual se puede tener también en cuenta para el caso colombiano: la cuestión es si existen límites absolutos en el derecho penal internacional que pudiéramos derivar del ECPI. En ese sentido, la pregunta es si, desde el punto de vista dogmático, tenemos que afirmar que para crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra no debe existir impunidad. Personalmente, me inclinaría por este enfoque, pese a la flexibilidad o flexibilización de la persecución penal internacional. En efecto: el castigo de los crímenes mencionados tiene que ser la regla en el derecho internacional. Sólo



puede haber excepciones en caso de un estado de emergencia nacional extrema. Las condiciones para estos casos extremos deben definirse en forma restrictiva. La existencia de este estado de excepción puede llevar a una suspensión temporal de las acciones penales, pero no a una impunidad definitiva (cfr. la idea del art. 16 del ECPI). Es decir, que se trata de una *persecución penal diferida en el tiempo* pero no de una renuncia definitiva al derecho de aplicar una pena en el marco del derecho internacional.

## V. Limitaciones. El papel de los EE.UU.

12. Además de las limitaciones inmanentes de la CPI, en particular la jurisdicción esencialmente limitada al territorio de los estados parte (cfr. art. 12 ECPI),<sup>56</sup> hay una *oposición fuerte* del actual gobierno de los EE.UU. contra la CPI. Al respecto, EE.UU. recurre a dos mecanismos: por un lado, resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dentro del marco del capítulo VII de la Carta y, por el otro, acuerdos bilaterales de inmunidad.

13. En cuanto al primer mecanismo, tenemos la famosa Resolución 1.422 del 12 junio de 2002, que fue prorrogada en julio de este año por un año más (Resolución 1.487 del 12 de junio de 2003) y que en su inciso primero señala:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la *Corte Penal Internacional*, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que *no sea* parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, *no inicie ni prosiga*, durante un período de doce (12) meses a partir del 1 de julio de 2002, *investigaciones o enjuiciamiento* de ningún caso de esa índole, salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario.”

Del análisis del mismo texto se desprenden dos anotaciones más. La primera, que esta Resolución se refiere a operaciones no sólo establecidas

sino *autorizadas* por las Naciones Unidas; esto significa que si, por ejemplo, la guerra contra Irak hubiera sido “autorizada” por ese organismo, tendría lugar la aplicación de esta Resolución y los ciudadanos de estados no parte no podrían ser sometidos a la CPI aun si Irak fuera estado parte de la ECPI o hubiera aceptado la competencia mediante declaración *ad hoc* (art. 12, inc. 3). La segunda anotación se refiere a los “funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier estado no parte”; es decir, se hace mención no solamente a los soldados del ejército u oficiales de la fuerza pública, sino también al personal contratado por los Estados Unidos como, por ejemplo, mercenarios de empresas privadas de seguridad. Es justamente por la participación de estas personas en conflictos armados que EE.UU. pretendía extender esta norma a ese personal y a los ex funcionarios. Afortunadamente, el segundo intento de los EE.UU. de prorrogar esta resolución en junio de 2004 fracasó debido a la oposición de varios miembros del Consejo de Seguridad, entre ellos China, que consideraron inoportuna la renovación por su coincidencia con el escándalo del abuso de los prisioneros en Irak.

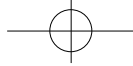
14. La mencionada normatividad ha sido complementada con la Resolución 1.497 del 1 de agosto de 2003, que autoriza una misión de paz en Liberia facilitando la salida del señor Charles Taylor a Nigeria. Esta Resolución establece en la cláusula 7 la siguiente fórmula:

“ 7. Decide que los ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea una parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, quedarán sujetos a la *jurisdicción exclusiva de ese Estado* aportante en relación con todos los presuntos actos u omisiones dimanantes de la fuerza multinacional o de la fuerza de estabilización de las Naciones Unidas en Liberia, o relacionados con ellas, a menos que ese Estado aportante haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva.”

De lo anteriormente citado se concluye que en lugar de determinar que no haya investigación en un proceso, se acude a la figura –conocida de nuestros aliados militares como en la OTAN– de acuerdos (bilaterales) de jurisdicción exclusiva para delitos en servicio; es decir, la jurisdicción exclusiva reside en el estado no parte: Estados Unidos, China, Rusia, India y otros estados.

15. Así las cosas, mirada la situación actual de la Corte Penal Internacional tenemos *dos clases de estados* judicialmente hablando, lo cual, desde la perspectiva del derecho interno, genera dificultades: unos que son parte del Estatuto de Roma y, por lo tanto, se someten a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; y otros que no se someten a ella y que no sólo no ratifican el Tratado –y están en todo el derecho para no hacerlo!– sino que, a través de Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, están obteniendo de hecho la impunidad de sus ciudadanos frente a la Corte Penal Internacional. Desde una perspectiva más fundamental, la situación es más grave todavía:<sup>57</sup> con la Resolución 1.422 (y 1.487), el principio de la igualdad ante la ley, gran logro de la Revolución Francesa, ya no tiene validez, por lo menos en el derecho penal internacional. Ahora el principio reza: “todos los seres humanos son iguales ante la ley, a menos que sean ciudadanos de los Estados Unidos de América”. Que el principio haya sido dejado sin efecto simultáneamente también para otros estados no parte de la Corte Penal Internacional (CPI), sobre todo China, Rusia e India, no mejora las cosas. Esos países son gustosos beneficiarios de la iniciativa norteamericana. Pero ¿cómo compatibilizar con el sentido de la justicia que, por ejemplo, un soldado alemán –eventualmente involucrado en la misma misión de combate– deba responsabilizarse por un crimen de guerra ante la CPI, pero un soldado norteamericano no? ¿Qué consecuencias puede tener ello para la motivación y la solidaridad entre los soldados que participan en las misiones de paz de la ONU? ¿Qué legitimidad tienen las misiones de paz de la ONU marcadas con el estigma de inmunidades selectivas ante el derecho penal internacional? Y no por último: ¿qué credibilidad tienen medidas de mantenimiento de la paz aplicadas por una institución (el Consejo de Seguridad) si ésta tiene que desmontar al mismo tiempo el hasta ahora mayor logro de la humanidad en la lucha contra la impunidad en el caso de graves violaciones a los derechos humanos?

16. Hay otra resolución muy importante que sirve para entender la situación en que se encuentra la Corte Penal Internacional frente a la actuación de los Estados Unidos. Se trata de la Resolución 1.502 del 26 agosto de 2003, la cual quería calificar como crimen de guerra los ataques contra personal humanitario, a raíz del atentado en Bagdad contra las Naciones Unidas. El gobierno de México presentó un proyecto de resolución en el cual planteó lo siguiente:



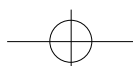
“...recordando que los ataques dirigidos intencionalmente contra el personal que participa en la misión de asistencia humanitaria son crímenes de guerra con arreglo al *Estatuto de Roma*...”

Así, en ese proyecto inicial del gobierno de México apoyado por Alemania y Brasil entre otros, se hizo una referencia explícita al Estatuto de Roma. El ánimo para que ello quedase así consagrado fue manifestar que se tenía una definición consensuada del ataque en contra del personal de asistencia humanitaria en el art. 8 (2) (b) (iii) y (e) (iii) del Estatuto. Pues bien, el hecho de mencionar el Estatuto de Roma para los Estados Unidos ya creaba una paranoia. Fue entonces cuando este proyecto de resolución fue vetado por dicho país y, en consecuencia, comenzó a ejercerse marcada presión para modificar la referencia al Estatuto de Roma. ¿Cuál fue la consecuencia de esa presión? La respuesta está en mirar cómo quedó redactado finalmente el art. 5:

“5. Expresa su determinación de adoptar medidas apropiadas para garantizar la seguridad y protección del personal de asistencia humanitaria y el de las Naciones Unidas y su personal asociado, inclusive, entre otras:

- a. Pedir al Secretario General que vele por que se incluyan, y a los países anfitriones que incluyan, disposiciones fundamentales de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, entre otras las referentes a la prevención de ataques contra miembros de las operaciones de las Naciones Unidas, *la tipificación de esos ataques como crímenes punibles* por la ley y el procesamiento o la extradición de los culpables, en los acuerdos futuros y, si es necesario, en los vigentes sobre el estatuto de las fuerzas o el estatuto de las misiones, así como en los acuerdos que concierten las Naciones Unidas y esos países, teniendo en cuenta la importancia de que dichos acuerdos se celebren oportunamente.”

En síntesis, no se hace más alusión expresa al Estatuto de Roma porque para los Estados Unidos éste, en sí, legitima la Corte Penal Internacional y es, por lo tanto, incompatible con la política del gobierno actual. Vale la pena señalar, en este contexto, que con el gobierno anterior de Bill Clinton había negociaciones serias en Roma y Nueva York y muchas de las normas del ECPI reflejan una fuerte influencia de la delegación estadounidense. Lo



más sorprendente es que si hoy hablamos con representantes del gobierno de Bush, es como si no hubieran estado en Roma, como si no hubiera existido una delegación norteamericana en Roma, a pesar de todas las concesiones que se hicieron a los Estados Unidos en el Estatuto para que al final, paradójicamente, quedaran al margen del proyecto.

17. La otra técnica utilizada por los Estados Unidos para entorpecer la jurisdicción de la CPI es la imposición de los famosos *acuerdos bilaterales* de no entrega ya mencionados con anterioridad. ¿Cuál es el aspecto técnico que debemos considerar al respecto? Comencemos, primero que todo, con lo establecido en el artículo 98, inciso 2, del ECPI:

“Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un *acuerdo internacional* conforme al cual se requiera el *consentimiento* del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega.”

La delegación estadounidense siempre entendió ese artículo en el sentido de la posibilidad de hacer, con posterioridad a la ratificación del ECPI, acuerdos bilaterales de no entrega. La Unión Europea, al igual que otros estados que apoyan la Corte, siempre defendió la interpretación de que esta referencia hace alusión a los acuerdos bilaterales *ya existentes* con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma; pues, de lo contrario, implicaría que si un Estado ratifica el Estatuto y después firma un acuerdo de ese tipo no podría cumplir la obligación fundamental de entrega consagrada en los artículos 86, 89 y ss. del Estatuto. La no entrega, a la vez impide el funcionamiento de la CPI, pues no se permite proceso en ausencia.

Parece claro que estos acuerdos no deben impedir la obligación de un estado parte de cooperar con la CPI (art. 86), especialmente en cuanto a la entrega de personas (art. 89). En todo caso, si la obligación de cooperación es anterior a un acuerdo bilateral, éste sería ilegal, pues violaría la obligación

del Estado y así iría en contra del objetivo y propósito del ECPI (art. 18 de la Convención de Viena sobre Tratados, de 1969). En consecuencia, debe exigirse el consentimiento del Estado que envía (*sending state*) solamente si “un acuerdo internacional” preexistente al Estatuto de Roma exige este consentimiento. Esta opinión ha sido confirmada por un dictamen de la Comisión de la Unión Europea<sup>58</sup> y una resolución del Parlamento Europeo.<sup>59</sup> Así, los “Principios rectores de la UE en relación con los acuerdos entre un estado parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte”, aprobados por el Consejo de Ministros de la UE el 30 de septiembre de 2002,<sup>60</sup> tienen el objetivo de mantener la integridad del Estatuto de Roma y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los estados parte señalando, *inter alia*, que:

- Deben tomarse en consideración los *acuerdos internacionales existentes*, en particular entre un estado parte en la CPI y los Estados Unidos, como los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y los acuerdos sobre cooperación judicial en materia penal, incluidos los de extradición.
- Celebrar los acuerdos *propuestos* por los Estados Unidos, tal como están redactados en la actualidad, sería *incompatible con las obligaciones de los estados parte* en la CPI y puede ser incompatible con otros acuerdos internacionales suscritos por estados parte de la CPI.
- Toda solución debe incluir las disposiciones prácticas pertinentes que garanticen que las personas que hayan cometido *crímenes* que sean competencia de la Corte *no queden impunes*. Dichas disposiciones deben garantizar que se pueda investigar convenientemente y, cuando existan pruebas suficientes, que las jurisdicciones nacionales sometan a la acción de la justicia a las personas reclamadas por la CPI.
- Toda solución debe incluir únicamente a personas que *no sean nacionales* de un *estado parte* en la CPI.

18. A pesar de esta situación legal, los Estados Unidos lograron firmar varios acuerdos, entre ellos con Colombia y Bolivia.<sup>61</sup> Estados Unidos viene usando como regla un “acuerdo tipo o modelo” al cual sólo se le cambia el nombre del Estado, y cuya parte más importante tiene una redacción del siguiente tenor:

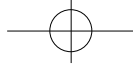


“Para los fines del presente Acuerdo, la expresión ‘personas de los Estados Unidos de América’ significa cualquier funcionario, empleado (incluido cualquier contratista) o miembro del servicio militar (actual o antiguo) del gobierno de los Estados Unidos, o cualquier persona de los Estados Unidos que goce de inmunidad frente a la jurisdicción penal en virtud del Derecho Internacional o que esté sujeta, de cualquier manera, a la jurisdicción del Estado que los envía (los Estados Unidos de América).”

Ilustremos con un ejemplo lo que significa esta cláusula: si Estados Unidos contrata a un alemán (sea un sicario o mercenario) para que cometa un delito internacional en Colombia, el estado colombiano –por la misma existencia de este acuerdo– no debe entregar a esta persona a la CPI sin el consentimiento de Estados Unidos. Esto genera una gran contradicción porque –más allá de la obligación de Colombia frente a la CPI– Alemania, como tercer estado, es también estado parte y fuertemente comprometido con el ECPI (existe de hecho una legislación interna sobre crímenes internacionales que ofrece la base para investigar y perseguir esta clase de crímenes), situación que el acuerdo bilateral ignora. En consecuencia, tal acuerdo no solamente viola el Estatuto de Roma y el Derecho de los Tratados sino también los derechos de terceros estados parte. Así las cosas, la firma de un acuerdo de no entrega coloca al estado parte en una situación bastante complicada: de un lado, tiene la obligación frente al estado parte tercero de devolverle al sospechoso de crímenes internacionales para que se le haga un juicio en ese estado parte; por otro lado, debe entregarlo a la Corte Penal Internacional, pero no lo puede entregar sin violar el acuerdo hecho con los EE.UU. (que, obviamente, no va a dar su consentimiento a la entrega).

## VI. Conclusión

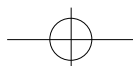
La impunidad a nivel mundial de violaciones de los derechos humanos constituye el nexo entre los derechos humanos y el DPI. El objetivo del derecho penal internacional es acabar con la impunidad y remitir a los autores de graves violaciones a los derechos humanos a la persecución penal supranacional. Con la creación de la CPI existe por primera vez un instrumento central de imposición del derecho penal internacional. Se ve

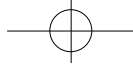


complementado por la persecución penal nacional de crímenes cometidos alcanzados por el derecho penal. La combinación de justicia penal internacional y nacional promete un efecto disuasorio más importante y con ello –en el más largo plazo– una disminución de las violaciones a los derechos humanos. A fin de consolidar y mejorar este sistema para hacer así realidad las esperanzas que despierta, obviamente será necesario eliminar las limitaciones inherentes a la CPI y aquellas otras externas. El mejor camino para llegar a este objetivo es el incremento permanente de los estados parte, para conferirle al ECPI la máxima eficacia global posible.

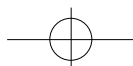
### Notas

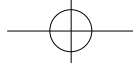
1. Sobre el concepto, utilizado por primera vez por Beling, cfr. Jescheck - Weigend, *AT* (1996), pág. 119, nota 4. Decididamente en favor del concepto Jescheck, *Verantwortlichkeit* (1952), pág. 8; Makarov, *FS Kern* (1968), pág. 253; en contra, Oehler, *Internationales Strafrecht* (1983), pág. 606; cfr. también Bremer, *Strafverfolgung* (1999), pág. 44 ss.; Ahlbrecht, *Geschichte* (1999), pág. 9; Bruer-Schäfer, *Strafgerichtshof* (2001), pág. 26 ss. En general, sobre los méritos de Jescheck y de la terminología, Triffterer, *FS Jescheck II* (1985), pág. 1478 ss.; Triffterer, *ÖJZ* 1996, pág. 326 s.; Triffterer, *GS Zipf* (1999), pág. 500 s. Sobre la delimitación con el concepto de "internationales Strafrecht" (derecho penal internacional), también ya Ambos, en: Arnold - Burkhardt - Gropp - Koch (editores), *Grenzüberschreitungen* (1995), pág. 250. Sobre la evolución del derecho penal internacional, fundamental Ahlbrecht, *Geschichte* (1999), pág. 19 ss. y passim, Bruer-Schäfer, *Strafgerichtshof* (2001), pág. 35 ss.
2. Cfr., para mayores detalles, Triffterer, *Untersuchungen* (1966), pág. 34: "derecho penal internacional en sentido formal es el conjunto de todas las normas de naturaleza penal del derecho internacional que conectan a una conducta determinada –crímenes internacionales– ciertas consecuencias típicamente reservadas al derecho penal y que, como tales, son aplicables directamente". Respecto del concepto de crímenes internacionales, cfr. Bremer, *Strafverfolgung* (1999), pág. 68 ss.; Ahlbrecht, *Geschichte* (1999), pág. 8 ss. (9).
3. Cfr. el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (anexo al Acuerdo de Londres de las cuatro potencias del 8 de agosto de 1945): crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad.
4. Rome Statute of the International Criminal Court. Adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, UN-Dok.



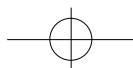


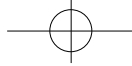
- A/Conf. 183/9. Sobre el estado de las ratificaciones etc., ver <[www.un.org/law/icc](http://www.un.org/law/icc)>.
5. Cfr. Triffterer, *Politische Studien*, Sonderbuch 1/1995, 38.
  6. Bundesrats-Drucksache 716/99, pág. 99.
  7. Cfr. Ambos, *Straflosigkeit* (1997), *passim*; Ambos, *Impunidad* (1999); Ambos, *KritV* 1996, pág. 355 ss.; Ambos, en Fischer - Krenerich, *Gewalt*, (2000), pág. 231 ss.
  8. Se trata de una laguna de punibilidad *fáctica* y no *normativa*, porque la impunidad no se ha de atribuir a la ausencia de tipos penales, sino a la falta de un interés de persecución estatal. Por ello, no se trata tampoco de un problema de diferentes niveles de la protección de bienes jurídicos, en el derecho penal interno estatal y en el derecho penal internacional, como parece opinar Triffterer (en Lampe [editor], *Wiedervereinigung II* [1993], pág. 131 s.).
  9. Subrayado en el original. Sobre la relación entre protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, recientemente también Stahn - Eiffler, *KritV* 1999, pág. 267 ss. (pág. 269: derecho penal internacional como "brazo extendido" de la protección general de los derechos humanos). Ellos ven, además, (*idem*, pág. 263 ss.) por sobre la función de protección de bienes jurídicos individuales de los crímenes de guerra, entre otros crímenes internacionales, una función en el sentido de un derecho preventivo de protección de la paz.
  10. Jäger, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), pág. 122 s.; Jäger, *MschKrim* 1980, pág. 358 s.; Jäger, *StV* 1988, pág. 172; Jäger, *Makrokriminalität* (1989), pág. 11 ss.; Jäger, en Hankel - Stuby (editores), *Strafgerichte* (1995), pág. 327; sobre Jäger, también infra punto 17 II. 2.
  11. Schüler-Springorum, *Kriminalpolitik* (1991), pág. 236.
  12. Cfr. sobre su delimitación con el concepto de "criminalidad organizada", a modo instructivo, Arnold, en Militello - Arnold - Paoli (editores), *Kriminalität* (2000), pág. 93 ss.
  13. Cfr. Scheerer, en Kaiser - Kerner - Sack - Schellhoss (editores), *Wörterbuch* (1993), pág. 246 ss. Similar al concepto de "criminalidad del dominio" (*Kriminalität der Herrschaft*) utilizado por Merkel (en Unseld [editor], *Politik* [1993]).
  14. Sobre el problemático contenido del concepto de "poder" en este contexto, Scheerer, en Kaiser - Kerner - Sack - Schellhoss (editores), *Wörterbuch* (1993), pág. 246 ss.
  15. Jäger, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), pág. 122 s.; asimismo, Kaiser, *Kriminologie* (1996), pág. 431; de otra opinión, Rotsch, *Wistra* 1999, pág. 370, quien aboga por una inclusión de los delitos económicos y contra el medio ambiente; ver también Prittwitz, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), pág. 14 ss.



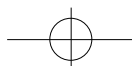


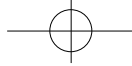
16. Naucke, *Privilegierung* (1996), especialmente pág. 19; aprob. *Hasser, FS BGH IV* (2000), pág. 443.
17. Jäger, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), pág. 123.
18. Especialmente utilizado por Friedrich (cfr. las referencias en *Rüter*, en Friedrich - Wollenberg [editores], *Vergangenheit* [1987], pág. 67 ss.). Más correctamente, por cierto, "crímenes del Estado", ya que el concepto crímenes de Estado evoca a los crímenes *contra* el Estado (artículo 80 y ss. CP alemán).
19. Sobre esto, por ejemplo, Triffterer, en Lampe (editor), *Wiedervereinigung II* (1993), pág. 131 s.; Triffterer, en Kaiser - Jehle (editores), *Opferforschung I* (1994), pág. 155 ss. Sobre el concepto de criminalidad de sistema Rogall, *FS BGH IV* (2000), pág. 383 s.
20. Triffterer, en Lampe (editor), *Wiedervereinigung II* (1993), pág. 133. Sobre las formas de manifestación de la criminalidad ya Eisenberg, *MschKrim* 1980, págs. 217, 221 ss.
21. Sobre el movimiento guerrillero colombiano cfr. Kurtenbach, en Altmann - Fischer - Zimmermann, *Kolumbien* (1997), pág. 235 ss.
22. Sobre la situación en la (vieja) "zona de distensión", por ejemplo, GW, 29.6.-5.7.2000, 20; *Le Monde*, 26.7.2000, 2.
23. En Colombia se encuentra solamente un pequeño número de miembros de la Defensoría del Pueblo estatal en la "zona de distensión" (conversación del autor con representantes de la Defensoría del Pueblo, Bogotá, 31.5.2000).
24. Sobre la aplicabilidad del Art. 3 común de la CG y de su PACG II a los movimientos de rebelión, cfr. Bothe, *IYHR* 1995, 249 s. Sobre la posibilidad de lesión de derechos humanos por parte de privados, fundamental Wiesbrock, *Schutz* (1999), pág. 19 ss. y passim.
25. Cfr. más profundamente con los arts. 6 a 8.
26. Sobre el concepto de crímenes contra la humanidad basado en el Art. 6 del EIMT (supra, nota 3), cfr. Becker, *Tatbestand* (1996), passim (crít. *Ambos, GA* 1997, 603 s.); Van Schaack, *ColJTL* 1999, pág. 787 ss.; Bassiouni, *Crimes* (1999), pág. 60 ss., 179 ss., 243 ss.; Gil Gil, *Derecho penal internacional* (1999), pág. 106 ss.; Gil Gil, *ZStW* 2000, 382 ss.; Ahlbrecht, *Geschichte* (1999), pág. 263 ss., 274 ss. y passim; Swaak-Goldmann, en McDonald - Swaak - Goldmann (eds.), *Int. Crim.L. I* (2000), pág. 141 ss.; McAuliffe de Guzman, *HRQ* 2000, pág. 355 ss. (359 s.); Lattanzi, en Fischer - Kreß - Lüder (eds.), *Prosecution* (2001), pág. 473 ss.; Kittichaisaree, *Int. Crim.L.* (2001), pág. 85 ss.; Vest, *SchwZStr* 2001, pág. 242 ss.; Boot, *Crimen* (2002), pág. 455 ss.; Ambos, *Crímenes* (2004), pág. 19 ss., 111 ss.; profundizando en cuanto al (primer) desarrollo de los elementos típicos concretos, Kreß, en Fischer - Lüder (editores), *Verbrechen* (1999), pág. 41 ss. (48 ss.); Vest, *ZStW* 2001, pág. 461 ss.





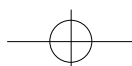
27. Sobre la exigencia de una determinada *policy* o de un plan semejante, que no debe necesariamente provenir más del Estado, cfr. ahora *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, *Judgement* 14.1.2000 (IT-95-16-T), pág. 551 ss.; también Boot, en Klip - Sluiter (eds.), *Cases* (1999), pág. 454 s.; Bassiouni, *Crimes* (1999), pág. 244 s., 247; Meron en Von Hebel - Lammers - Schukking (eds.), *Reflections* (1999), pág. 50; Robinson, en Lattanzi - Schabas (eds.), *Essays* (1999), pág. 156 ss. (162 s.); Mc Auliffe de Guzman, *HRQ* 2000, pág. 368 ss.; Werle, *JZ* 2000, pág. 756, nota 13; Gil Gil, *ZStW* 2000, pág. 390 ss.; Vest, *ZStW* 2001, pág. 468 s.; más restringido, Lagodny, *ZStW* 2001, pág. 802; Gil Gil (loc. cit., 392) exige, convincentemente, que las organizaciones no estatales deban ejercitar, de facto, un poder político y, por lo tanto, no cualquier grupo u organización criminal podría ser convertirse en autor de crímenes contra la humanidad.
28. Cfr. *Prosecutor v. Tadic, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2.10.1995 (IT-94-1-AR 72), § 141: "It is by now a settled rule ... that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed ... customary international law may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all" (sobre esta decisión, también infra punto 6 l; confirmando esta posición, por ejemplo, *Prosecutor v. Blaki, Judgment* 3.3.2000 [IT-95-14-T], §. 67). Cfr. especialmente Meron, *AJIL* 1995, pág. 554 ss.; Meron, *AJIL* 1996, 242; Meron, en Von Hebel - Lammers - Schukking (eds.), *Reflections* (1999), pág. 49; Jescheck, *RIDP* 1981, pág. 348 ss.; Jescheck - Weigend, *AT* (1996), pág. 125; Triffterer, en Hankel - Stuby (editores), *Strafgerichte* (1995), pág. 199 ss.; Triffterer, en Lampe (editor), *Wiedervereinigung II* (1993), pág. 153 s.; Sunga, *Eur.J.Crim.Cr.L.* 1998, pág. 386; Askin, *CLF* 1999, 40; Robinson, en Lattanzi - Schabas (eds.), *Essays* (1999), pág. 144 ss. (148 s.); Stahn, *KJ* 1999, pág. 347 s., 352; Stahn - Eiffler, *KritV* 1999, pág. 258 s.; Swaak-Goldmann, en *McDonald - Swaak-Goldmann* (eds.), *Int.Crim.L. I* (2000), pág. 159 s.; *Kreß, Nutzen* (2000), pág. 6; detalladamente sobre la evolución Van Schaack, *ColJTL* 1999, pág. 792 ss., 821, 829, 837, 847, 850; Bremer, *Strafverfolgung* (1999), pág. 80 ss.; McAuliffe de Guzman, *HRQ* 2000, pág. 355 ss. (359 s.). En favor de una *proscribing function* de los crímenes contra la humanidad, también Bassiouni, *FS Jescheck II* (1985), pág. 1453-1475. Cfr. ahora también la Sección 5 de la "Regulation No. 2000/15" de la administración de transición de la ONU en Timor Oriental (UNTAET/REG/2000/15 del 6.6.2000; <[www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf](http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf)>).
29. Cfr. Robinson - Von Hebel, *YIHL* 1999, pág. 193 ss.; Momtaz, *YIHL* 1999, pág. 177 ss.; Meron, en Von Hebel - Lammers - Schukking (eds.), *Reflections* (1999), pág. 51 ss.; Venturini, en Lattanzi - Schabas (eds.), *Essays* (1999), pág. 171 ss.; Stahn, *KJ* 1999, pág. 348 ss.; Stahn - Eiffler, *KritV* 1999, pág. 259 ss.; *Kreß, Nutzen* (2000), pág. 6; *Kreß, IYHR* 2000, pág. 103 ss.; Boot, *Crimen* (2002), pág. 537 ss.; Ambos, *Crímenes* (2004), pág. 80 ss. Sobre la evolución, cfr. Bremer, *Strafverfolgung* (1999), pág. 78 ss.

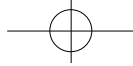




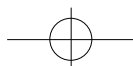
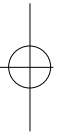
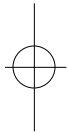
Cfr. ahora también la Section 6 de la llamada UNTAET-Regulation, supra nota 28. El ECPI ha quedado rezagado, sin embargo, en algunas disposiciones con relación al derecho consuetudinario vigente (cfr. Fischer, *FS Ipsen* [2000], pág. 86 ss.; también Momtaz, *YIHL* 1999, pág. 186 ss.; Kreß, *IYHR* 2000, pág. 131, 134 ss.; en general, Kittichaisaree, *Int.Crim.L.* [2001], pág. 129 ss.) y subsisten diferencias materiales entre algunos crímenes del conflicto internacional y no internacional (Kreß, *IYHR* 2000, pág. 132ss.).

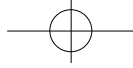
30. Aquí se aplica el art. 8 (2) (f) en el caso de un "protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups", bajando al respecto el umbral de aplicación del art. 1 (2) del PACG II (cfr. Robinson - Von Hebel, *YIHL* 1999, pág. 204 s.; Meron, en Von Hebel - Lammers - Schukking (eds.), *Reflections* (1999), pág. 54; Kreß, *IYHR* 2000, pág. 117 ss.). Sobre la diferenciación entre conflicto internacional, no internacional e interno, cfr. Kreß, *IYHR* 2000, pág. 114 ss.; Ambos, en Hasse - Müller - Schneider (editores), *Völkerrecht* (2001), pág. 326 ss.
31. Desde luego, en el caso concreto puede ser difícil constatar si determinados hechos han de atribuirse exclusivamente a actores no estatales o si un Estado determinado está involucrado. Se presenta, entonces, el problema de la imputación de los hechos de privados (por ej. terroristas) a un Estado como sujeto de derecho internacional (por ej., Afganistán respecto del ataque del 11 de septiembre de 2001); sobre esto desde la óptica de los derechos humanos, Wiesbrock, *Schutz* (1999), pág. 200 ss.; desde la perspectiva del derecho penal internacional, *Prosecutor v. Tadic, Judgement* 15.7.1999 (IT-94-1-A), § 83 ss.; sobre esto, Ambos, en Hasse - Müller - Schneider (editores), *Völkerrecht* (2001), pág. 334 s.
32. Cfr. también Rössner, en Höffe, *Strafrecht* (1999), pág. 137: "en la justificación y determinación del contenido del derecho criminal en los derechos humanos está dado, sin dudas, un poder punitivo trascultural". En similar sentido, Hassemer, en Höffe, *Strafrecht* (1999), pág. 174 s., 179 s. (consenso sobre la "proscripción de violaciones fundamentales al derecho", derecho penal como "respuesta para la protección de los derechos humanos"). En los resultados, igualmente, Roxin, en Eser - Hassemer - Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), pág. 389 s., cuando afirma la necesidad de punición sin limitaciones de "hechos como el genocidio y crímenes contra la humanidad" y acentúa el efecto preventivo de un derecho penal internacional en actividad. Cfr. también Stahn - Eiffler, *KritV* 1999, pág. 267 ss. (268, 277), quienes divisan al respecto un "consenso de valores de la comunidad internacional". Sobre la afectación de la comunidad internacional en caso de violaciones a los derechos humanos y del poder punitivo autónomo de derecho penal internacional que de allí resulta cfr. también Triffeterer, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), pág. 307 s., 311 ss., 373, quien ve al derecho penal internacional como un "instrumento para la evitación y lucha contra el abuso de poder"; también Triffeterer, *GS Zipf* (1999), pág. 511 s.



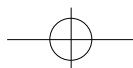


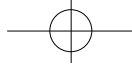
33. Cfr. Höffe, *Strafrecht* (1999), pág. 8, 51 ss., 67 ss., 107 ss.; Höffe, *Demokratie* (1999), pág. 62 ss. (64 s.), 88 s., 140 s., 269 ss., 351 ss., 367 ss. (368 s.); Höffe, en Eser - Hassemer - Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), pág. 309 s., 322 ss., 336 s. Crít. Szabo, en Höffe, *Strafrecht* (1999), pág. 149 ss. (152 s.).
34. Höffe, *Strafrecht* (1999), pág. 53, 55; Höffe, *Demokratie* (1999), pág. 88, 140, 301. Sobre el "derecho del ciudadano mundial" de Kant fundamentado ya hace doscientos años, cfr. Bielefeldt, *Philosophie* (1998), pág. 38 s.
35. Höffe, *Demokratie* (1999), pág. 296 ss.
36. *Ibid*, pág. 351, 354.
37. Höffe, *Strafrecht* (1999), pág. 35.
38. *Ibid*, pág. 368 s.; Höffe, *Strafrecht* (1999), pág. 78; Sobre la teoría del poder punitivo de Höffe, cfr. *idem*, pág. 67 ss.
39. Höffe, *Strafrecht* (1999), pág. 78 s.
40. *Ibid*, pág. 107; Höffe, en Eser - Hassemer - Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), pág. 309 s., 325.
41. Höffe, *Strafrecht* (1999), pág. 8; *Demokratie* (1999), pág. 369.
42. Höffe, *Strafrecht* (1999), pág. 107 s.; también pág. 27 s., 93, 99; Höffe, *Demokratie* (1999), pág. 370. Crít. sobre el relativismo de la cultura como argumento en contra de la validez universal de los derechos humanos y en favor de ésta como "núcleo de un 'overlapping consensus' intercultural" también Bielefeldt, *Philosophie* (1998), pág. 10 ss. (12 s.), 17, 115 ss. (145 ss.). Por el contrario, escéptico Hassemer, en Höffe, *Strafrecht* (1999), pág. 172 s., para quien "recién estamos en el comienzo de una evolución, en la cual el 'gran enemigo' se nos transforma y nosotros a él...". Para Scheerer, en Eser - Hassemer - Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), pág. 347 la universalidad del derecho penal es sólo un "mito".
43. Habermas, *Die Zeit* del 29.4.1999.
44. *Ídem*; cfr. también Höffe, *Demokratisierung* (1999), pág. 393 ss.; crít. respecto de Habermas también Blanke, *KJ* (1999), pág. 410 ss.
45. Habermas, *Die Zeit* del 29.4.1999.
46. Cfr. ya Ambos, *NSiZ* (1999), pág. 406; crít. de Habermas a este respecto Simon, *FAZ* del 18.6. 1999, pág. 53.
47. Sobre la utilización de la filosofía kantiana para una "filosofía de los derechos humanos" con vigencia universal cfr. ahora Bielefeldt, *Philosophie* (1998), pág. 45 ss. (62 ss.), 158 ss., 202 s.
48. Soeffner, en: Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), pág. 26.
49. *Ibidem*.
50. *Ibidem*, pág. 27.





51. Cfr. Wolter, en: Schünemann - Figueiredo Dias (editores), *Coimbra Symposium* (1995), pág. 4 ss., 13; también Figueiredo Dias, en ídem, pág. 358, quien por ello acentúa con razón la importancia del principio de culpabilidad (362) y designa al sistema de Roxin como el “más humano” de todos los sistemas de derecho penal hasta hoy conocidos. (365; resaltado en el original).
52. Sobre esta obligación ver Ambos, *Impunidad* (1999), pág. 66 y ss.
53. [“Consistent with those strategies (of prosecution, K.A.), which involve maintaining an investigative focus on persons holding higher levels of responsibility, or on those who have been personally responsible for the exceptionally brutal or otherwise extremely serious offences, I decided that it was appropriate to withdraw the charges against a number of accused ...”], *Press release*, pág. 1, citado según *Prosecutor v. Delalic et al.*, judgement 20 February 2001 (IT-96-21-A), § 597.
54. [“In the presente context, indeed in many criminal justice systems, the entity responsible for prosecutions has finite financial and human resources and cannot realistically be expected to prosecute every offender which may fall within the strict terms of its jurisdiction. It must of necessity make decisions as to the nature of the crimes and the offenders to be prosecuted. It is beyond question that the Prosecutor has a broad discretion in relation to the initiation of investigations and in the preparation of indictments.”], *Ibíd.*, § 602; ver también *Prosecutor v. Akayesu*, *Judgement 1 June 2001* (ICTR-96-4-A), § 94; conf. *Prosecutor v. Ntakirutimana*, *Judgement 21 February 2003* (ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T), § 870 s. Esta discreción es solamente limitada por un “discriminatory purpose” perseguido por la Fiscalía.
55. Robinson, *European Journal of International Law (EJIL)* 14 (2003), 481 y ss.
56. Ver más detalladamente Bergsmo, en Ambos - Guerrero (eds.), *El Estatuto de Roma* (1999), pág. 179 y ss.
57. Al respecto, léase mi ensayo en *Süddeutsche Zeitung* v. 16.7.02, pág. 13; en castellano, en *Desarrollo y Cooperación* 5/2002, pág. 7; *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile (Chile), 7/02, pág. 18; *La Gaceta Jurídica*, La Paz (Bolivia), 16.8.02, pág. 11.
58. Dictamen interno del 13 de agosto de 2002. Publicado en inglés en *Human Rights Law Journal (HRLJ)* tomo 23 (2002), pág. 15; en alemán, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)* 2002, pág. 469.
59. Resolución del 26 de setiembre de 2002 que critica, en la letra D, “la presión política a nivel mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos [...]” y expresa, en la letra F, su decepción “por la decisión del gobierno rumano de firmar un acuerdo que contradice el espíritu del Estatuto de la CPI; en alemán, en *EuGRZ* 2002, 554).

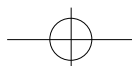


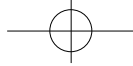


60. Sesión N° 2450 del Consejo de la Unión Europea (asuntos generales y relaciones exteriores), Bruselas, 30 de septiembre de 2002, Doc. 12516/02, punto 6 "Corte Penal Internacional" con anexo II (conclusiones del Consejo sobre la CPI con los principios rectores); véase <<http://register.consilium.eu.int/pdf/es/02/st12/st12516es02.pdf>>; en alemán, en *EuGRZ* 2002, pág. 665.
61. Al 15 de agosto de 2004, por lo menos 80 Estados firmaron estos acuerdos; entre ellos 12 de América Latina (Antigua y Barbuda, Belice, Bolivia, Colombia, Dominica, El Salvador, Guyana, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana) de los cuales algunos ni siquiera han ratificado el Estatuto. 57 de los 94 estados parte del ECPI resistieron a la presión de los EE.UU. Véase <<http://www.iccnw.org/documents/USandICC/BIAs.html>>.

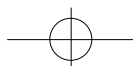
### Referencias bibliográficas

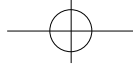
- AHLBRECHT, HEIKO (1999). *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, Baden-Baden.
- AMBOS, KAI (1995). "Straflosigkeit (impunity) von schweren Menschenrechtsverletzungen und die Rolle des Völkerstrafrechts", en Jörg Arnold - Björn Burkhardt - Walter Gropp - Hans-Georg Koch (eds.), *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, Freiburg i.Br., págs. 249-277.
- (1996). "Impunidad", Makrokriminalität und Völkerstrafrecht. Zu Ausmaß, Ursachen und Grenzen der weltweiten Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 79, págs.355-370.
- (1997). Besprechung von Astrid Becker, Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Überlegungen zur Problematik eines völkerrechtlichen Strafrechts. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 1997, págs. 603-604.
- (1997). *Nuremberg Revisited. Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot. Strafverteidiger (StV)*, págs. 39-43.
- (1997). *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur „impunidad“ in südamerikanischen Staaten aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, Freiburg i.Br.
- (1999). „Anmerkung zu BGH NSTZ 1999“, pág. 396. *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ)*, págs. 404-406.
- (1999). *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.
- (2001). Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt. En: Jana Hasse - Erwin Müller - Patricia Schneider (Hrsg.), *Humanitäres Völkerrecht*, Baden-Baden, págs. 325-353.





- (2004). *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Bogotá, Ibáñez, 2004.
- (2004). *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin 2002, 2. unveränderte Auflage 2004.
- ARNOLD, JÖRG (2000). „Kriminelle Vereinigung und organisierte Kriminalität in Deutschland und anderen europäischen Staaten“, en Vincenzo Militello - Jörg Arnold - Letizia Paoli (eds.), *Organisierte Kriminalität als transnationale Phänomen. Erscheinungsformen, Prävention und Repression in Italien, Deutschland und Spanien*, Freiburg i.Br., págs. 87-178.
- ASKIN, KELLY D. (1999). “Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court”, en *Criminal Law Forum (CLF)* 10, págs. 33-59.
- BASSIOUNI, CHERIF M. (1985). “The Proscribing Function of International Criminal Law in the Process of International Protection of Human Rights”, en *Festschrift für Jescheck, Band II*, Berlin, págs. 1453-1475.
- (1999). *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, The Hague.
- BECKER, ASTRID (1996). *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Überlegungen zur Problematik eines völkerrechtlichen Strafrechts*, Berlin.
- BERGSMO, IN AMBOS - GUERRERO (eds.), (1999). *El Estatuto de Roma de la CPI*, Bogotá (Universidad Externado).
- BIELEFELDT, HEINER (1998). *Philosophie der Menschenrechte*, Darmstadt.
- BLANKE, THOMAS (1999). „Recht und Moral im Kosovo-Krieg. Eine Auseinandersetzung mit Jürgen Habermas“, en *Kritische Justiz (KJ)*, págs. 410-425.
- BOOT, MACHTELD (1999). “Commentary (Prosecutor v. Tadi, IT-94-1-T)”, en André Klip - Göran Sluiter (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1993-1998*. Antwerp et al. 1999, págs. 452-456.
- (2002). *Nullum crimen sine lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*. Antwerpen et al. 2002.
- BOTHE, MICHAEL (1995). “War Crimes in Non-International Armed Conflicts”, en *Israel Yearbook on Human Rights (IYHR)* 24, págs. 241-251.
- BREMER, KATHRIN (1999). *Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht*, Frankfurt a.M.
- BRUER-SCHÄFER, ALINE (2001). *Der Internationale Strafgerichtshof*, Frankfurt a.M.
- EISENBERG, ULRICH (1980). *Kriminologisch bedeutsames Verhalten von Staatsführungen und ihren Organen. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim)*, págs. 217-231.
- FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE (1995). „Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystems“, en Bernd Schönemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäis-*





chen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin, Köln u.a., págs. 357-366.

FISCHER, HORST (2000). "The Jurisdiction of the International Criminal Court for War Crimes: Some Observations Concerning Differences between the Statute of the Court and War Crimes Provisions in other Treaties", en Volker Epping - Horst Fischer - Wolff Heintschel von Heinegg (eds.), *Festschrift für Knut Ipsen*, München, págs. 77-101.

FISCHER, THOMAS - CUBIDES C., FERNANDO (2000). „Paramilitarismus in Kolumbien. Von der Privatjustiz zum politischen Akteur?“, en Thomas Fischer - Michael Krennerich (eds.), *Politische Gewalt in Lateinamerika*, Frankfurt a.M., págs. 113-132.

GIL GIL, ALICIA (1999). *Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid.

—(2000). „Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermords im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 112, págs. 381-397.

HABERMAS, JÜRGEN (1999). „Bestialität und Humanität“, *Die Zeit* (Hamburg), 29.4.

HASSEMER, WINFRIED (1999). „Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts“, en Otfried Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt a.M., págs. 157-180.

—(2000). „Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung. Grundlagen der „Mauerschützen“-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts“, en Claus Roxin - Gunter Widmaier (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht*, München, págs. 439-463.

HÖFFE, OTFRIED (1999). *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München.

—(1999). *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt a.M.

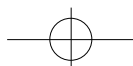
—(2000). „Proto-Strafrecht: Programm und Anfragen eines Philosophen“ en Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, págs. 307-337.

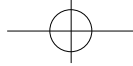
JÄGER, HERBERT (1980). „Gedanken zur Kriminologie kollektiver Verbrechen“, *MschKrim*, págs. 358-365.

—(1988). „Versuch über Makrokriminalität“, *StV*, págs. 172-179.

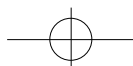
—(1989). *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*.

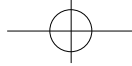
—(1995). „Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts“, en GERD HANKEL - GERHARD STUBY (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Hamburg, págs. 325-354.



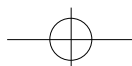


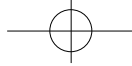
- (1998). „Ist Politik kriminalisierbar?“, en Klaus Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz*, Frankfurt a.M., págs. 121-138.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH (1952). *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Bonn.
- (1981). „Development, Present State and Future Prospects of International Criminal Law“, en *Revue Internationale de Droit Pénal (RIDP)* 52 (1981), págs. 337-362.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH - WEIGEND, THOMAS (1996). *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin.
- KAISER, GÜNTHER (1996). *Kriminologie*. 3. Aufl., Heidelberg.
- KITTICHAISAREE, KRIANGSAK (2001). *International Criminal Law*, Oxford.
- KREB, CLAUS (1999). „Der Jugoslawien-Strafgerichtshof im Grenzbereich zwischen internationalem bewaffneten Konflikt und Bürgerkrieg“, en Horst Fischer/Sascha Rolf Lüder (eds.), *Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien-Tribunal, nationalen Gerichten und dem internationalen Strafgerichtshof. Beiträge zur Entwicklung einer effektiven internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Berlin, págs. 15-62.
- (2000). *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs*, Baden-Baden.
- KURTENBACH, SABINE (1997). „Guerillabewegungen in Kolumbien“ en Werner Altmann - Thomas Fischer - Klaus Zimmermann (eds.), *Kolumbien heute. Politik, Wirtschaft, Kultur*, Frankfurt a.M., págs. 235-254.
- LAGODNY, OTTO (2001). „Legitimation und Bedeutung des Internationalen Strafgerichtshofs“, en *ZStW* 113, págs. 800-826.
- LATTANZI, FLAVIA (2001). „Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda“, en Horst Fischer/Claus Kreß/Sascha Rolf Lüder (eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law*, Berlin, págs. 473-504.
- MAKAROV, ALEXANDER (1968). „Betrachtungen zum internationalen Strafrecht“, en Born/Lange (eds.), *Festschrift für Eduard Kern*, Tübingen, págs. 253-273.
- McAULIFFE DE GUZMAN, MARGARET (2000). „The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity“, en *Human Rights Quarterly (HRQ)* 22 (2000), págs. 335-403.
- MERKEL, REINHARD (1993). „Politik und Kriminalität. Über einige vernachlässigte Probleme der deutsch-deutschen Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht“, en Sigfried Unseld (ed.), *Politik ohne Projekt?*, Frankfurt a.M., págs. 298-332.
- MERON, THEODOR (1995). „International Criminalization of Internal Atrocities“, en *American Journal of International Law (AJIL)* 89, págs. 554-577.



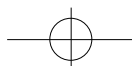


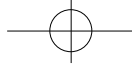
- (1996). "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law", en *AJIL* 90, págs. 238-249.
- (1999). "The Crimes under the Jurisdiction of the International Criminal Court", en Herman von Hebel - Johan G. Lammers - Jolien Schukking (eds.), *Reflections on the International Criminal Court. Essays in honour of Adriaan Bos*. The Hague, págs. 47-55.
- MOMTAZ, DJAMCHID (1999). "War Crimes in Non-International Armed Conflicts under the Statute of the International Criminal Court", en *Yearbook of International Humanitarian Law (YIHL)* 2 (1999), págs. 177-192.
- NAUCKE, WOLFGANG (1996). *Strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt a.M.
- OEHLER, DIETRICH (1983). *Internationales Strafrecht*, Köln u.a., 2. Aufl.
- PRITTWITZ, CORNELIUS (1998). „Einleitung“, en Klaus Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band III: Makrodelinquenz, Frankfurt a.M., págs. 7-26.
- ROBINSON, DARRYL (1999). "Crimes against Humanity: Reflections on State Sovereignty, Legal Precision and the Dictates of the Public Conscience", en Flavia Lattanzi - William A. Schabas (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Volume I, Ripa Fagnano Alto, págs. 139-169.
- (2003). "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", en *European Journal of International Law* 14, 481 y ss.
- ROBINSON, DARRYL - HEBEL, HERMANVON (1999). "War Crimes in Internal Conflicts: Article 8 of the ICC Statute", en *YIHL* 2, págs. 193-209.
- ROGALL, KLAUS (2000). „Bewältigung von Systemkriminalität“, en Claus Roxin - Gunter Widmaier (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht*, München, págs. 383-438.
- RÖSSNER, DIETER (1999). „Kriminalrecht als Kontrollinstitution“, en Otfried Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt a.M., págs. 121-139.
- ROTSCH, THOMAS (1999). „Unternehmen, Umwelt und Strafrecht – Ätiologie einer Misere“. Teil 1. Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (wistra), 321-327; Teil 2 wistra, págs. 368-375.
- ROXIN, CLAUDIUS (2000). „Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft“, en: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, págs. 369-395.
- RÜTER, CHRISTIAAN FREDERIK (1987). „Die strafrechtliche Ahndung von Staatsverbrechen, begangen durch Militär und Polizei“, en Jörg Friedrich - Jörg Wollenberg (eds.), *Licht in den Schatten der Vergangenheit*, Frankfurt a.M., págs. 67-82.





- SCHAACK, BETH VAN, "The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence", *Columbia Journal of Transnational Law (CoJTL)* 37 (1999), págs. 787-850.
- SCHEERER, SEBASTIAN (1993). „Kriminalität der Mächtigen“, en Günther Kaiser - Hans-Jürgen Kerner - Fritz Sack - Hartmut Schellhoss (eds.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch. 3. Aufl.*, Heidelberg, págs. 246-249.
- (2000). „Die Kriminalstrafe als Kulturerbe der Menschheit? (Kommentar)“, en Albin Eser - Winfried Hassemer - Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, págs. 345-355.
- SCHÜLER-SPRINGORUM, HORST (1991). *Kriminalpolitik für Menschen*, Frankfurt.
- SIMON, DIETER (1999). „Kraftvoll zubeißen“. (Frankfurter Allgemeine Zeitung) FAZ (Frankfurt a.M.), 18.6.1999, pág. 53.
- SOEFFNER, HANS-GEORG (2000). „Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen“, en Knut Amelung (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, págs. 13-29.
- STAHN, CARSTEN (1999). *Internationaler Menschenrechtsschutz und Völkerstrafrecht*, KJ, págs. 343-354.
- STAHN, CARSTEN - EIFFLER, SVEN-R. (1999). *Über das Verhältnis von Internationalem Menschenrechtsschutz und Völkerstrafrecht anhand des Statuts von Rom. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, págs.253-277.
- SUNGA, LYAL S. (1998). *The Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court*, Eur. J. CrimeCr.L.Cr.J. 6, págs. 377-399.
- SWAAK-GOLDMAN, OLIVIA (2000). "Crimes against Humanity", en Gabrielle Kirk McDonald - Olivia Swaak-Goldman (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*, Volume I. Commentary. The Hague et al., págs. 141-168.
- SZABÓ, ANDRÁS (1999). "Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?", en Otfried Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt a.M., págs. 149-155.
- TRIFFTERER, OTTO (1966). *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg i.Br.
- (1985). „Völkerstrafrecht im Wandel?“ en Theo Vogler (ed.), *Festschrift für H.-H. Jescheck*, Band II, Berlin, págs. 1477-1503.
- (1993). „Was kann das Völkerstrafrecht zur Bewältigung der Regierungskriminalität in der DDR beitragen?“ en Ernst-Joachim Lampe (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung. Die Rechtsheinheit. Arbeitskreis Strafrecht. Band II. Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung*, Köln usw., págs. 131-160.

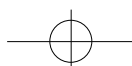




- (1994). „Regierungskriminalität durch Machtmißbrauch“, en Günther Kaiser - Jörg-Martin Jehle (eds.), *Kriminologische Opferforschung*, Teilband I. Heidelberg, págs. 137-169.
- (1995). „Universeller Menschenrechtsschutz auch durch das Völkerstrafrecht? Von Nürnberg zum internationalen *Jugoslawien-Tribunal* in Den Haag“, en *Politische Studien*, Sonderheft 1, págs. 32-55.
- (1996). „Österreichs Verpflichtungen zur Durchsetzung des Völkerstrafrechts“, en *Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ)*, págs. 321-343.
- (1998). „Gewalt und Völkerstrafrecht – Ein neues Gewaltmonopol zur Bekämpfung von Gewalt?“, en Klaus Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz*, Frankfurt a.M., págs. 272-376.
- (1999). „Der ständige internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit, Anmerkungen zum ‘Rome Statute of the International Criminal Court’ vom 17. Juli 1998“, en Karl-Heinz Gössel - Otto Triffterer (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg, págs. 495-560.
- VENTURINI, GABRIELLA (1999). „War Crimes“, en Flavia Lattanzi - William A. Schabas (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Volume I, Ripa Fagnano Alto, págs. 171-181.
- VEST, HANS (2001). „Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?“, *ZStW* 113, 457-498.
- Verantwortlichkeit für wirtschaftliche Betätigung im Völkerstrafrecht? *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStr)* 119 (2001), 239-256.
- WERLE, GERHARD (2000). „Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht“, en *Juristenzeitung (JZ)*, págs. 755-760.
- WIESBROCK, KATJA (1999). *Internationaler Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Private*, Berlin.
- WOLTER, JÜRGEN (1995). „Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem“, en Bernd Schönemann - Jorge de Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln u.a., págs. 3-34.

## RESUMEN

Los desarrollos más recientes que culminaron en la aprobación del ECPI no sólo consolidan el derecho penal internacional como sistema de derecho penal de la comunidad internacional, sino que amplían su ámbito de regulación más allá de sus fundamentos jurídico-materiales a otras zonas accesorias del derecho penal, al derecho



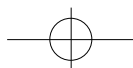
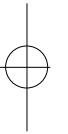
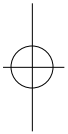


## Derechos humanos y derecho penal internacional

115

procesal penal y a cuestiones de organización judicial. Con ello se ha conseguido "reunir y desarrollar en una obra de codificación unificada el derecho penal internacional de los estados miembros de las Naciones Unidas teniendo en consideración los diferentes sistemas de derecho penal, con sus respectivas tradiciones". El objetivo del derecho penal internacional es acabar con la impunidad y remitir a los autores de graves violaciones a los derechos humanos a la persecución penal supranacional. Con la creación de la CPI existe por primera vez un instrumento central de imposición del derecho penal internacional. Se ve complementado por la persecución penal nacional de crímenes cometidos alcanzados por el derecho penal. La combinación de justicia penal internacional y nacional promete un efecto disuasorio más importante y con ello una disminución de las violaciones a los derechos humanos.

*Diálogo Político*. Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C.  
Año XXI - N° 3 - Septiembre, 2004





## DOCUMENTOS

# Ley de Introducción del Código Penal Internacional\*

## Parlamento Federal Alemán

de 26 de junio de 2002

**E**l Parlamento Federal ha aprobado la siguiente Ley:

### **Artículo 1**

Código Penal Internacional (CPI)

#### Parte 1

Reglas generales

#### **1**

#### **Ámbito de aplicación**

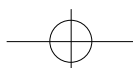
Esta Ley rige para todos los delitos contra el derecho internacional descritos en ella, para los crímenes<sup>1</sup> descritos en ella incluso cuando el hecho fue cometido en el extranjero y no muestra ninguna relación con el territorio nacional.

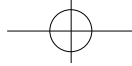
#### **2**

#### **Aplicación del derecho general**

El derecho penal general es de aplicación a los hechos contemplados en esta Ley en tanto la misma no contenga disposiciones especiales en los §§ 1 y 3 a 6.

\* Documento extraído de  
<http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltext/vstgblspan.pdf>





### **3**

#### **Actuar bajo órdenes y disposiciones**

Actúa sin culpabilidad quien cometa un hecho descrito en los §§ 9 a 13 en cumplimiento de una orden militar o una disposición de efecto vinculante objetivo comparable, en tanto el autor no conozca que la orden o disposición es antijurídica y su antijuridicidad no sea evidente.

### **4**

#### **Responsabilidad de los jefes y otros superiores**

(1) Un jefe militar o un superior civil que omita impedir a sus inferiores cometer un hecho descrito en esta Ley será castigado como autor del hecho cometido por el inferior. En estos casos no es de aplicación el § 13 párrafo 2 del Código Penal.<sup>2</sup>

(2) Se equipara al jefe militar la persona que en un grupo armado ejerza objetivamente el poder de mando o autoridad y el control. Se equipara al superior civil quien en una organización civil o empresa ejerza objetivamente la autoridad y el control.

### **5**

#### **Imprescriptibilidad**

La persecución de los crímenes<sup>3</sup> previstos en esta Ley y la ejecución de las penas impuestas por ellos no prescriben.

## Parte 2

### Delitos contra el Derecho Internacional

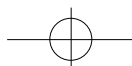
#### Sección 1

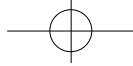
#### Genocidio y crímenes contra la humanidad

### **6**

#### **Genocidio**

(1) El que, con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, racial, religioso o étnico como tal





1. mate a un miembro del grupo,
2. cause a un miembro del grupo daños físicos o mentales graves, en especial del tipo de los descritos en el § 226 del Código Penal,
3. someta al grupo a condiciones de existencia apropiadas para ocasionar su destrucción física total o parcial,
4. imponga medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo,
5. traslade por la fuerza a un niño del grupo a otro grupo, será castigado con la pena de privación de libertad de por vida.

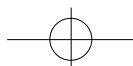
(2) En los casos menos graves del párrafo 1 nros. 2 a 5 la pena es de privación de libertad no inferior a cinco años.

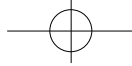
## 7

### **Crímenes contra la humanidad**

(1) El que en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil

1. mate a una persona,
2. con la intención de destruir total o parcialmente a una población someta a la misma o a parte de ella a condiciones de existencia apropiadas para ocasionar su destrucción total o parcial,
3. ejerza el tráfico de personas, en especial con una mujer o un niño, o el que de algún otro modo esclavice a una persona arrogándose de esta manera un derecho de propiedad sobre ella,
4. deporte o traslade forzosamente a una persona que se encuentra legalmente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión u otras medidas coactivas en violación de las reglas generales del derecho internacional,
5. torture a una persona que se encuentre bajo su custodia o de cualquier otro modo bajo su control, causándole dolor o daños físicos o mentales graves que no sean mera consecuencia de sanciones permitidas por el derecho internacional,
6. coaccione sexualmente o viole a otra persona, la coaccione a la prostitución, le prive de su capacidad de reproducción o mantenga confinada a una mujer a la que se ha dejado embarazada por la



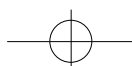


fuerza con la intención de influir en la composición étnica de una población,

7. mantenga desaparecida por la fuerza a una persona con la intención de sustraerla durante largo tiempo a la protección de la Ley o
  - a) secuestrándola o privándola gravemente de su libertad física de cualquier otro modo por orden o con la tolerancia de un Estado o de una organización política, sin que en lo sucesivo se atienda sin demora la demanda de información sobre su suerte o paradero,
  - b) negándose, por orden de un Estado o de una organización política o en contra de una obligación legal, a proporcionar sin demora información sobre la suerte o paradero de una persona que ha sido privada de su libertad física bajo las condiciones de la letra a, o proporcionando una información falsa,
8. cause a otra persona daños físicos o mentales graves, en especial del tipo de los descritos en el § 226 del Código Penal,
9. prive gravemente de libertad física a una persona en violación de las normas generales del derecho internacional,
10. persiga a un grupo o comunidad identificable mediante la privación o limitación esencial de derechos humanos fundamentales por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos reconocidos como inaceptables por las reglas generales del derecho internacional, será castigado con la pena de privación de libertad de por vida en los casos de los números 1 y 2, con pena de privación de libertad no inferior a cinco años en los casos de los números 3 a 7, y con pena de privación de libertad no inferior a tres años en los casos de los números 8 a 10.

(2) En los supuestos menos graves del párrafo 1 nro. 2 la pena será de privación de libertad no inferior a cinco años, en los supuestos menos graves del párrafo 1 nros. 3 a 7 privación de libertad no inferior a dos años y en los supuestos menos graves del párrafo 1 nros. 8 y 9 privación de libertad no inferior a un año.

(3) Si el autor causare la muerte de una persona mediante el hecho descrito en el párrafo 1 nros. 3 a 10 la pena será en los supuestos del párrafo 1 nros. 3 a 7 privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a diez años y en los supuestos del párrafo 1 nros. 8 a 10 privación de libertad no inferior a cinco años.



(4) En los supuestos menos graves del párrafo 3 la pena por un hecho previsto en el párrafo 1 nros. 3 a 7 será privación de libertad no inferior a cinco años y por un hecho previsto en el párrafo 1 nros. 8 a 10 privación de libertad no inferior a tres años.

(5) El que comete un crimen previsto en el párrafo 1 con la intención de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre otro será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años en tanto y en cuanto el hecho no está amenazado con una pena mayor en los párrafos 1 ó 3.

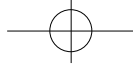
En los supuestos menos graves la pena será privación de libertad no inferior a tres años en tanto y en cuanto el hecho no esté amenazado con una pena mayor en los párrafos 2 ó 4.

## Sección 2 Crímenes de guerra

### **8** **Crímenes de guerra contra personas**

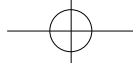
(1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional

1. mate a una persona protegida por el derecho internacional humanitario,
2. tome como rehén a una persona protegida por el derecho internacional humanitario,
3. trate de forma cruel o inhumana a una persona protegida por el derecho internacional humanitario, causándole dolor o daños físicos o mentales graves, en especial torturándola o mutilándola,
4. viole o coaccione sexualmente a una persona protegida por el derecho internacional humanitario, la coaccione a la prostitución, le prive de su capacidad de reproducción o mantenga confinada a una mujer que ha sido embarazada mediante el uso de la fuerza con la intención de influir en la composición étnica de una población,
5. aliste forzosamente en las fuerzas armadas o reclute en las fuerzas armadas o en grupos armados a niños menores de 15 años o los utilice para participar activamente en las hostilidades,



6. deporte o traslade forzosamente a una persona protegida por el derecho internacional humanitario, que se encuentra legalmente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión u otras medidas coactivas en violación de las reglas generales del derecho internacional,
7. imponga o ejecute una pena contra una persona protegida por el derecho internacional humanitario, en especial la pena de muerte, sin que esa persona haya sido juzgada en un proceso judicial imparcial y constituido en la forma debida, que ofrezca las garantías legales exigidas por el derecho internacional,
8. ponga en peligro de muerte a una persona protegida por el derecho internacional humanitario o ponga gravemente en peligro su salud
  - a) realizando experimentos sobre dicha persona no consentidos por ella previa, libre y expresamente o que ni son necesarios desde el punto de vista médico ni se llevan a cabo en su interés,
  - b) extrayendo órganos o tejido de dicha persona para trasplantes, salvo que se trate de la extracción de sangre o piel con finalidades terapéuticas acorde con los principios generalmente reconocidos de la medicina y la persona previamente haya consentido libre y expresamente, o
  - c) aplicando a dicha persona métodos de tratamiento no reconocidos médicamente sin que concurra para ello una necesidad médica y la persona previamente haya consentido libre y expresamente, o
9. trate a una persona protegida por el derecho internacional humanitario de forma gravemente humillante o degradante será castigado con la pena de privación de libertad de por vida en los supuestos del nro. 1, con privación de libertad no inferior a cinco años en los supuestos del nro. 2, con privación de libertad no inferior a tres años en los supuestos de los nros. 3 a 5, con privación de libertad no inferior a dos años en los supuestos de los nros. 6 a 8 y con privación de libertad no inferior a un año en los supuestos del nro. 9.

(2) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional hiera a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un combatiente de la parte adversa después de que el mismo se haya rendido incondicionalmente o se encuentre de cualquier otro modo fuera de combate, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años.



(3) El que en relación con un conflicto armado internacional

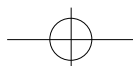
1. mantenga confinada ilegalmente a una persona protegida en el sentido del párrafo 6 nro. 1 o demore injustificadamente su repatriación,
2. como miembro de una potencia ocupante traslade a una parte de su propia población civil al territorio que ocupa,
3. obligue con violencia o bajo amenaza de un mal grave a una persona protegida en el sentido del párrafo 6 nro. 1 a servir en la fuerzas armadas de una potencia enemiga u
4. obligue a un miembro de la parte adversa con violencia bajo amenaza de un mal grave a tomar parte en operaciones bélicas contra su propio país, será castigado con pena de privación de libertad no inferior a dos años.

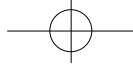
(4) Si el autor causa mediante los hechos descritos en el párrafo 1 nros. 2 a 6 la muerte de la víctima la pena será en los supuestos del nro. 2 privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a 10 años, en los supuestos del párrafo 1 nros. 3 a 5 privación de libertad no inferior a cinco años, en los supuestos del párrafo 1 nro. 6 privación de libertad no inferior a tres años. Si una acción descrita en el párrafo 1 nro. 8 conduce a la muerte o a un daño grave a la salud la pena será privación de libertad no inferior a tres años.

(5) En los supuestos menos graves del párrafo 1 nro. 2 la pena será privación de libertad no inferior a dos años, en los supuestos menos graves del párrafo 1 nros. 3 y 4 y del párrafo 2 privación de libertad no inferior a un año, en los supuestos menos graves del párrafo 1 nro. 6 y del párrafo 3 nro. 1 privación de libertad de seis meses a cinco años.

(6) Son personas protegidas por el derecho internacional humanitario

1. en un conflicto armado internacional: personas protegidas en el sentido de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I (Anexo a esta Ley), es decir, heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil;
2. en un conflicto armado no internacional: heridos, enfermos, náufragos, así como personas que no toman parte directa en las hostilidades y se encuentran en poder de la parte adversa;





3. en conflictos armados internacionales y no internacionales: miembros de las fuerzas armadas y combatientes de la parte adversa que ha depuesto las armas o de cualquier otro modo se encuentran indefensos;

## 9

### **Crímenes de guerra contra la propiedad y otros derechos**

(1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional saquee o de manera no justificada por las necesidades del conflicto armado, sino a gran escala, en contra del derecho internacional, destruya, se apropie o confisque bienes de la parte adversa que se encuentren en poder de la parte propia, será castigado con la pena de privación de libertad de uno a diez años.

(2) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional en contra del derecho internacional disponga que los derechos y acciones de todos o de una parte esencial de los miembros de la parte adversa quedan abolidos, suspendidos o no son reclamables ante un tribunal será castigado con la pena de privación de libertad de uno a diez años.

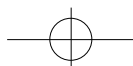
## 10

### **Crímenes de guerra contra operaciones humanitarias y emblemas**

El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional

1. dirija un ataque contra personas, instalaciones, materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgadas a civiles o a objetos civiles con arreglo al derecho internacional humanitario, o
2. dirija un ataque contra personas, edificios, material, unidades sanitarias o medios de transporte sanitarios, que estén señalados con los signos protectores de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional humanitario,

será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años. En los casos menos graves, en especial cuando el ataque no se reali-



ce con medios militares, la pena será de privación de libertad no inferior a un año.

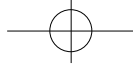
(3) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional utilice de modo indebido los signos protectores de los Convenios de Ginebra, la bandera blanca, la bandera, las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas y cause así la muerte o lesiones graves de una persona (§ 226 del Código Penal), será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años.

## 11

### **Crímenes de guerra de empleo de métodos de conducción de la guerra prohibidos**

(1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional

1. dirija un ataque con medios militares contra la población civil como tal o contra un solo civil, que no toma parte directa en las hostilidades,
2. dirija un ataque con medios militares contra objetos civiles, siempre que protegidos como tales por el derecho internacional humanitario, en particular edificios dedicados al culto religioso, la educación, el arte, la ciencia o la beneficencia, los monumentos históricos, hospitales, y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, ciudades, pueblos, aldeas o edificios que no estén defendidos o zonas desmilitarizadas así como a establecimientos o instalaciones que contengan energías peligrosas,
3. conduzca un ataque con medios militares de manera que prevea como seguro que el ataque causará la muerte o lesiones de civiles o daños a objetos civiles en una medida desproporcionada a la concreta ventaja militar global esperada,
4. utilice como escudos a personas protegidas por el derecho internacional humanitario para estorbar las acciones bélicas del enemigo contra determinados objetivos,
5. establezca la inanición de civiles como método de conducción de la guerra, reteniendo los objetos esenciales para su supervivencia u obstaculizando el suministro de ayuda en violación del derecho internacional humanitario,



6. como superior ordene o amenace con que no se dará cuartel, o
7. mate o hiera a traición a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un combatiente de la parte adversa, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años. En los supuestos menos graves del número 2 la pena será privación de libertad no inferior a un año.

(2) Si el autor causa la muerte o lesiones graves (§ 226 del Código Penal) de un civil o persona protegida por el derecho internacional humanitario mediante el hecho descrito en el párrafo 1 nros. 1 a 6, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años. Si el autor causa la muerte dolosamente la pena será privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a diez años.

(3) El que en relación con un conflicto armado internacional conduzca un ataque con medios militares de manera que prevea como seguro que el ataque causará daños extensos, duraderos y graves al medio natural desproporcionados a la concreta y directa ventaja militar global esperada, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años.

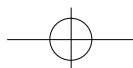
## 12

### **Crímenes de guerra de empleo de medios prohibidos en la conducción de la guerra**

(1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional

1. utilice veneno o armas venenosas,
2. utilice armas biológicas o químicas o
3. utilice balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, en especial balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tengan incisiones, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años.

(2) Si el autor causa la muerte o lesiones graves (§ 226 del Código Penal) de un civil o de una persona protegida por el derecho internacional humanitario mediante el hecho descrito en el párrafo 1, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años. Si el autor causa la muerte



dolosamente la pena será privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a diez años.

### Sección 3 Otros delitos

#### **13 Infracción del deber de vigilancia**

(1) El jefe militar que omita dolosa o imprudentemente controlar como es debido a un subordinado bajo su mando o control efectivo, será castigado por infracción del deber de vigilancia cuando el inferior cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible para el jefe y hubiera podido evitarlo.

(2) El superior civil que omita dolosa o imprudentemente controlar como es debido a un subordinado bajo su autoridad o control efectivo, será castigado por infracción del deber de vigilancia cuando el inferior cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible sin más para el superior y hubiera podido evitarlo.

(3) Es aplicable en su caso el § 4 párrafo 2.

(4) La infracción dolosa del deber de vigilancia será castigada con la pena de privación de libertad de hasta cinco años, la infracción imprudente del deber de vigilancia será castigada con la pena de privación de libertad de hasta tres años.

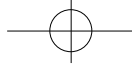
#### **14 Omisión de la comunicación de un delito**

(1) El jefe militar o el superior civil que omita poner un hecho descrito en esta Ley de inmediato en conocimiento del cargo competente para la investigación o persecución de tales hechos será castigado con la pena de privación de libertad de hasta tres años.

(2) Es aplicable en su caso el § 4 párrafo 2.

### **Anexo** (al 8 párrafo 6 letra a)

Los Convenios de Ginebra en el sentido de la Ley son:



- I Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (BGBl.<sup>4</sup> 1954 II pp. 781, 783),
- II Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (BGBl. 1954 II pp. 781, 813),
- III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre el trato a los prisioneros de guerra (BGBl. 1954 II pp. 781, 838),
- IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (BGBl. 1954 II pp. 781, 917).

El Protocolo Adicional I en el sentido de la Ley es:

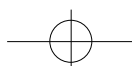
Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) de 8 de junio de 1977 (BGBl. 1990 II, pp. 1550, 1551).

## Artículo 2

### Modificaciones del Código Penal

El Código Penal en su versión de la publicación de 13 de noviembre de 1998 (BGBl. I p. 3322), modificado por última vez mediante el artículo 11 nro. 13 de la ley de 20 de junio de 2002 (BGBl. I p. 1946) se modifica como sigue:

1. En el sumario las referencias a los §§ 220 y 220a quedan redactadas como sigue: “§§ 220 y 220<sup>a</sup> (derogados)”.
2. Se deroga el § 6 nro. 1.
3. En el § 78 párrafo 2 se suprimen las palabras “según el § 220a (genocidio) y”.
4. En el § 79 párrafo 2 se suprimen las palabras “penas por genocidio (§ 220 a) y de”.
5. En el § 126 párrafo 1 nro. 2 se sustituyen las palabras “asesinato, homicidio o genocidio (§§ 211, 212 ó 220 a)” por las palabras “asesinato (§ 211), homicidio (§ 212) o genocidio (§ 6 del Código Penal In-





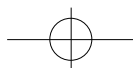
- ternacional) o un crimen contra la humanidad (§ 7 del Código Penal Internacional) o un crimen de guerra (§§ 8, 9, 10, 11 ó 12 del Código Penal Internacional)”.
6. En el § 129 a párrafo 1 nro. 1 se sustituyen las palabras “asesinato, homicidio, o genocidio (§§ 211, 212 ó 220 a)” por las palabras “asesinato (§ 211), homicidio (§ 212) o genocidio (§ 6 del Código Penal Internacional) o crímenes contra la humanidad (§ 7 del Código Penal Internacional) o crímenes de guerra (§§ 8, 9, 10, 11 ó 12 del Código Penal Internacional)”
  7. En el § 130 párrafo 3 se sustituye la mención “§ 220 a párrafo 1” por las palabras “§ 7 párrafo 1 del Código Penal Internacional”.
  8. En el § 138 párrafo 1 nro. 6 se sustituyen las palabras “asesinato, homicidio, o genocidio (§§ 211, 212 ó 220 a)” por las palabras “asesinato (§ 211), homicidio (§ 212) o un genocidio (§ 6 del Código Penal Internacional) o un crimen contra la humanidad (§ 7 del Código Penal Internacional) o un crimen de guerra (§§ 8, 9, 10, 11 ó 12 del Código Penal Internacional)”
  9. En el § 139 párrafo 3 nro. 2 se sustituye la mención “§ 220 a párrafo 1” por las palabras “§ 6 párrafo 1 nro. 1 del Código Penal Internacional o un crimen contra la humanidad en los supuestos del § 7 párrafo 1 nro. 1 del Código Penal Internacional o un crimen de guerra en los supuestos del § 8 párrafo 1 nro. 1 del Código Penal Internacional”.
  10. Se deroga el § 220 a.

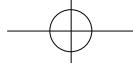
### Artículo 3

#### Modificaciones de la Ley Procesal Penal

La Ley Procesal Penal en la versión de la publicación de 7 de abril de 1987 (BGBl. I pp. 1074, 1319) modificado por última vez mediante el artículo 3 de la Ley de 21 de junio de 2002 (BGBl. I p. 2144) se modifica como sigue:

1. En el § 100 a frase 1 nro. 2 se sustituyen las palabras “un asesinato, un homicidio, o un genocidio (§§ 211, 212 ó 220 a del Código Penal)” por las palabras “un asesinato o un homicidio (§§ 211





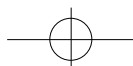
- ó 212 del Código Penal)” o un genocidio (§ 6 del Código Penal Internacional).
2. En el § 100 c párrafo 1 nro. 3 letra a se sustituyen las palabras “un asesinato, un homicidio, o un genocidio (§§ 211, 212 ó 220 a del Código Penal)” por las palabras “un asesinato o un homicidio (§§ 211 ó 212 del Código Penal) o un genocidio (§ 6 del Código Penal Internacional)”.
  3. En el § 112 párrafo 3 se añaden las palabras “§ 6 párrafo 1 nro. 1 del Código Penal Internacional” o después de las palabras “un delito según” y se suprime la mención “220 a párrafo 1 nro. 1, §§”.
  4. El § 153 c se modifica como sigue:
    - a) El párrafo 1 se modifica como sigue:
      - aa) En el número 2 se sustituye la coma por un punto.
      - bb) Después del nro. 2 se añade la siguiente frase:

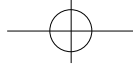
“Para los hechos punibles según el Código Penal Internacional rige el § 153 f.”
      - cc) El hasta ahora nro. 3 pasa a ser párrafo 2 y se añaden detrás de la numeración del párrafo las palabras “La fiscalía puede abstenerse de perseguir un hecho”.
    - b) Los hasta ahora párrafos 2 a 4 pasan a ser párrafos 3 a 5.
  5. Tras el § 153 e se añade el siguiente § 153 f:

“§ 153 f

(1) La fiscalía puede abstenerse de perseguir un hecho punible bajo los §§ 7 a 15 del Código Penal Internacional en los casos del art. 153 párrafo 1 nro. 1 y 2 cuando el culpable no se encuentre en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia. Sin embargo, en los supuestos del § 153 c párrafo 1 nro. 1 el culpable es alemán, lo anterior sólo regirá cuando el hecho sea perseguido por un tribunal internacional o por el tribunal del Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho o cuyos ciudadanos fueron lesionados por el hecho.

(2) La fiscalía puede en particular abstenerse de perseguir un hecho punible según los §§ 7 a 15 del Código Penal Internacional en los supuestos del § 153 c párrafo 1 nros. 1 y 2 cuando





## Ley de Introducción del Código Penal Internacional

131

1. cuando no exista ninguna sospecha contra un alemán,
2. el hecho no fue cometido contra un alemán,
3. ningún sospechoso se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia, y
4. el hecho es perseguido por un Tribunal penal internacional o por un Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho, cuyo ciudadano es sospechoso del hecho o cuyo ciudadano fue lesionado por el hecho.

Lo mismo rige cuando el culpable de un hecho cometido en el extranjero se encuentra en territorio nacional pero se dan los presupuestos previstos en el párrafo 1 nros. 2 y 4 y la entrega a un tribunal internacional o la extradición al Estado que persigue es admisible y está prevista.

(3) Si en los supuestos de los párrafos 1 ó 2 ya se hubiese formulado la acusación pública la fiscalía puede retirar la acusación en cualquier momento del proceso y suspender el proceso.”

**Artículo 4**

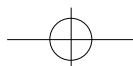
## Modificaciones de la Ley del Tribunal Constitucional

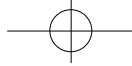
En el § 120 párrafo 1 nro. 8 de la Ley del Tribunal Constitucional en la versión de la publicación de 9 de mayo de 1975 (BGBl. I p. 1077), modificada por última vez mediante el artículo 4 de la Ley de 21 de junio de 2002 (BGBl. I p. 2144) se sustituye la referencia “(§ 220 a del Código Penal)” por la referencia “(§ 6 del Código Penal Internacional)”.

**Artículo 5**

## Modificaciones a la Ley de modificación de la Ley de Introducción de la Ley del Tribunal Constitucional

En el artículo 2 párrafo 1 frase 1 nro. 1 de la Ley de modificación de la Ley de Introducción de la Ley del Tribunal Constitucional de 30 de septiembre de 1977 (BGBl. I p. 1877), modificada por el artículo 4 de la Ley de 28 de marzo de 1980 (BGBl. I p. 373), se sustituyen las palabras “asesinato, homicidio, o genocidio (§§ 211, 212 ó 220 a del Código Penal)” por





las palabras “asesinato u homicidio (§§ 211 ó 212 del Código Penal) o genocidio (§ 6 del Código Penal Internacional)”.

### **Artículo 6**

Modificaciones de la Ley de documentos de la *Stasi*<sup>5</sup>

El § 23 párrafo 1 frase 1 nro. 1 letra b de la Ley de documentos del Servicio de Seguridad del Estado de 20 de diciembre de 1991 (BGBl. I p. 2272) modificada por última vez mediante el artículo 3 nro. 3 de la Ley de 20 de diciembre de 2001 (BGBl. I. p. 3926), se modifica como sigue:

1. Se elimina la referencia “ó 220 a”
2. Al primer punto se antepone el siguiente punto: “-§ 6 del Código Penal Internacional,”.

### **Artículo 7**

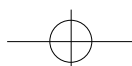
Derogación de un precepto todavía vigente del Código Penal de la República Democrática Alemana

Se deroga el § 84 del Código Penal de la República Democrática Alemana –Cp– de 12 de enero de 1968 en su nueva redacción de 14 de diciembre de 1988 (GBl.<sup>6</sup> 1989 I nro. 3 p. 33), modificado por la 6ª Ley de Reforma Penal de 29 de junio de 1990 (GBl. I +nro. 39 p. 526), que continúa vigente según el Anexo II, capítulo III, ámbito C, párrafo I, nro. 1 del Tratado de Unión de 31 de agosto de 1990 en conexión con el artículo 1 de la Ley de 23 de septiembre de 1990 (BGBl. 1990 II p. 885, 1168).

### **Artículo 8**

Entrada en vigor

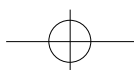
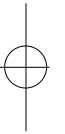
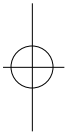
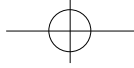
Esta Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación.



**Notas**

1. En Derecho alemán el término "crimen" (*Verbrechen*) se utiliza para denominar a los delitos (*Strataten*) castigados con una pena privativa de libertad no inferior a un año. Las circunstancias atenuantes (y agravantes) –Tal y como se regulan por ej. en el párrafo 8 subsección (5)— no se deben tomar en consideración a este respecto (Párrafo 12 del Código penal alemán). Por lo tanto, todos los delitos recogidos en el presente Proyecto de Código son "crímenes" (*Verbrechen*) con la única excepción de los delitos recogidos en los párrafos 13 y 14 (véase la Exposición de motivos: B. Artículo 1, párrafo 1).
2. (N. del T.) El § del Cp alemán regula la comisión por omisión y el párrafo 2 prevé la posible atenuación de la pena para la comisión por omisión.
3. Véase la nota 1.
4. (N. del T.) BGB1 es la abreviatura de *Bundesgesetzblatt*, Boletín del Estado Federal.
5. (N. del T.) La *Stasi-Unterlagen-Gesetz* que he traducido como ley de documentos de la Stasi es la Ley sobre los documentos y expedientes del servicio de la RDA.
6. (N. del T.) GBI es la abreviatura del *Gesetzblatt*, Boletín Oficial de la antigua República Democrática Alemana.

*Diálogo Político*. Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C.  
Año XXI - Nº 3 - Septiembre, 2004



## Lista no oficial de firmas y ratificaciones al Estatuto de Roma\*

139 firmas y 94 ratificaciones

(\*denota los países que son estados parte del Estatuto de Roma)

<b>País</b>	<b>Fecha de firma</b>	<b>Fecha de ratificación/adhesión</b>
Afganistán*		10 febrero 2003
Albania*	18 julio 1998	31 enero 2003
Alemania*	10 diciembre 1998	11 diciembre 2000
Andorra*	18 julio 1998	30 abril 2001
Angola	7 octubre 1998	
Antigua y Barbuda*	23 octubre 1998	18 junio 2001
Argelia	28 diciembre 2000	
Argentina*	8 enero 1999	8 febrero 2001
Armenia	1 octubre 1999	
Australia*	9 diciembre 1998	1 julio 2002
Austria*	7 octubre 1998	28 diciembre 2000
Bahamas	29 diciembre 2000	
Bahrein	11 diciembre 2000	
Bangladesh	16 setiembre 1999	
Barbados*	8 setiembre 2000	10 diciembre 2002
Bélgica*	10 setiembre 1998	28 junio 2000
Belice*	5 abril 2000	5 abril 2000
Benin*	24 setiembre 1999	22 enero 2002

\* Documento extraído de :  
<http://www.iccnw.org/espanol/list-rat.htm>

## 136 Lista de firmas y ratificaciones al Estatuto de Roma

<b>País</b>	<b>Fecha de firma</b>	<b>Fecha de ratificación/adhesión</b>
Bolivia*	17 julio 1998	27 junio 2002
Bosnia y Herzegovina*	17 julio 2000	11 abril 2002
Bostwana*	8 setiembre 2000	8 setiembre 2000
Brasil*	7 febrero 2000	20 junio 2002
Bulgaria*	11 febrero 1999	11 abril 2002
Burkina Faso*	30 noviembre 1998	16 abril 2004
Burundi	13 enero 1999	
Cabo Verde	28 diciembre 2000	
Camboya*	23 octubre 2000	11 abril 2002
Camerún	17 julio 1998	
Canadá*	18 diciembre 1998	7 julio 2000
Chad	20 octubre 1999	
Chile	11 setiembre 1998	
Colombia*	10 diciembre 1998	5 agosto 2002
Comores	22 setiembre 2000	
Congo (Brazzaville)*	17 junio 1998	3 mayo 2004
Costa Rica*	7 octubre 1998	7 junio 2001
Costa de Marfil	30 noviembre 1998	
Croacia*	12 octubre 1998	21 mayo 2001
Chipre*	15 octubre 1998	7 marzo 2002
Dinamarca*	25 setiembre 1998	21 junio 2001
Dominica*	12 febrero 2001	
Djibouti*	7 octubre 1998	5 noviembre 2002
Ecuador*	7 octubre 1998	5 febrero 2002
Egipto	26 diciembre 2000	
Emiratos Árabes Unidos	27 noviembre 2000	
Eritrea	7 octubre 1998	
Eslovaquia*	23 diciembre 1998	11 abril 2002
Eslovenia*	7 octubre 1998	31 diciembre 2001
España*	18 julio 1998	24 octubre 2000
Estados Unidos de América	31 diciembre 2000	
Estonia*	27 diciembre 1999	30 enero 2002
Federación Rusa	13 setiembre 2000	
Fiji*	29 noviembre 1999	29 noviembre 1999

## Lista de firmas y ratificaciones al Estatuto de Roma

137

<b>País</b>	<b>Fecha de firma</b>	<b>Fecha de ratificación/adhesión</b>
Filipinas	28 diciembre 2000	
Finlandia*	7 octubre 1998	29 diciembre 2000
Francia*	18 julio 1998	9 junio 2000
Gabón*	22 diciembre 1998	20 setiembre 2000
Gambia*	7 diciembre 1998	28 junio 2002
Georgia	18 de julio de 1998	5 setiembre 2003
Ghana*	18 julio 1998	20 diciembre 1999
Grecia*	18 julio 1998	15 mayo 2002
Guinea	8 setiembre 2000	14 julio 2003
Guinea Bissau	12 setiembre 2000	
Guyana	28 diciembre 2000	
Haití	26 febrero 1999	
Holanda*	18 julio 1998	17 julio 2001
Honduras*	7 octubre 1998	1 julio 2002
Hungría*	15 diciembre 1998	30 noviembre 2001
Irán	31 diciembre 2000	
Irlanda*	7 octubre 1998	11 abril 2002
Israel	31 diciembre 2000	
Islandia*	26 agosto 1998	25 mayo 2000
Islas Marshall*	6 setiembre 2000	7 diciembre 2000
Islas Salomón	3 diciembre 1998	
Italia*	18 julio 1998	26 julio 1999
Jamaica	8 setiembre 2000	
Jordania*	7 octubre 1998	11 abril 2002
Kenya	11 agosto 1999	
Kirguistán	8 diciembre 1998	
Kuwait	8 setiembre 2000	
Letonia*	22 abril 1999	28 junio 2002
Lesotho*	30 noviembre 1998	6 setiembre 2000
Liberia	17 julio 1998	
Liechtenstein*	18 julio 1998	2 octubre 2001
Lituania*	10 diciembre 1998	12 mayo 2003
Luxemburgo*	13 octubre 1998	8 setiembre 2000
Macedonia, FYR*	7 octubre 1998	6 marzo 2002
Madagascar	18 julio 1998	
Malawi*	3 marzo 1999	19 setiembre 2002

## 138 Lista de firmas y ratificaciones al Estatuto de Roma

<b>País</b>	<b>Fecha de firma</b>	<b>Fecha de ratificación/adhesión</b>
Malí*	17 julio 1998	16 agosto 2000
Malta*	17 julio 1998	29 noviembre 2002
Marruecos	8 setiembre 2000	
Islas Mauricio*	11 noviembre 1998	5 marzo 2002
México	7 setiembre 2000	
Mónaco	18 julio 1998	
Mongolia*	29 diciembre 2000	11 abril 2002
Mozambique	28 diciembre 2000	
Namibia*	27 octubre 1998	25 junio 2002
Nauru*	13 diciembre 2000	12 noviembre 2001
Nueva Zelanda*	7 octubre 1998	7 setiembre 2000
Níger*	17 julio 1998	11 abril 2002
Nigeria*	1 junio 2000	27 setiembre 2001
Noruega*	28 agosto 1998	16 febrero 2000
Omán	20 diciembre 2000	
Panamá*	18 julio 1998	21 marzo 2002
Paraguay*	7 octubre 1998	14 mayo 2001
Perú*	7 diciembre 2000	10 noviembre 2001
Polonia*	9 abril 1999	12 noviembre 2001
Portugal*	7 octubre 1998	5 febrero 2002
Reino Unido*	30 noviembre 1998	4 octubre 2001
República Árabe Siria	29 noviembre 2000	
República Central Africana*	7 diciembre 1999	3 octubre 2001
República Checa	13 abril 1999	
República de Corea*	8 de marzo del 2000	13 noviembre 2002
República de Moldavia	8 setiembre 2000	
República Democrática del Congo*	8 setiembre 2000	11 abril 2002
República Dominicana	8 setiembre 2000	
Rep. Fed. de Yugoslavia*	19 diciembre 2000	6 setiembre 2001
Rumania*	7 julio 1999	11 abril 2002

## Lista de firmas y ratificaciones al Estatuto de Roma

139

<b>País</b>	<b>Fecha de firma</b>	<b>Fecha de ratificación/adhesión</b>
Samoa*	17 julio 1998	16 setiembre 2002
San Marino*	18 julio 1998	13 mayo 1999
Santa Lucía	27 agosto 1999	
San Vicente y Las Granadinas*		3 diciembre 2002
Sao Tomé e Príncipe	28 diciembre 2000	
Senegal*	18 julio 1998	2 febrero 1999
Seychelles	28 diciembre 2000	
Sierra Leona*	17 octubre 1998	15 setiembre 2000
Sudáfrica*	17 julio 1998	27 noviembre 2000
Sudán	8 setiembre 2000	
Suecia*	7 octubre 1998	28 junio 2001
Suiza*	18 julio 1998	12 octubre 2001
Tailandia	2 octubre 2000	
Tayikistán*	30 noviembre 1998	5 mayo 2000
Tanzania*	29 diciembre 2000	20 agosto 2002
Timor Oriental*		6 setiembre 2002
Trinidad y Tobago*	23 marzo 1999	6 abril 1999
Ucrania	20 enero 2000	
Uganda*	17 marzo 1999	14 junio 2002
Uruguay*	19 diciembre 2000	28 junio 2002
Uzbekistán	29 diciembre 2000	
Venezuela*	14 octubre 1998	7 de junio 2000
Yemen	28 diciembre 2000	
Zambia	17 julio 1998	3 noviembre 2002
Zimbabwe	17 julio 1998	

*Diálogo Político*. Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C.  
Año XXI - Nº 3 - Septiembre, 2004



## ENSAYOS

# Instituciones fiscales en Argentina: Reglas Presupuestarias de Transparencia en el nivel provincial

Gerardo Uña\*

Nicolás Bertello\*

## I. Introducción

Mucho se ha debatido sobre las causas que han impedido el desarrollo de la Argentina y que han llevado a la crisis económica, política y social vivida estos últimos años. Los intentos para explicar el problema y

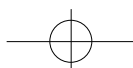
\* Deseamos agradecer a la Fundación Konrad Adenauer por el apoyo brindado para llevar adelante los trabajos de investigación requeridos para la realización de este artículo.

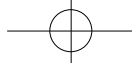
### GERARDO UÑA

Lic. en Economía (UBA) y maestría en Historia de la UTD (en curso). Actual coordinador del área Reforma del Estado en la Fundación Unidos del Sud. Anteriormente se desempeñó como consultor senior del PNUD/BID, director general de Administración del IPS, coordinador general de la intervención en el PAMI, asesor de Gabinete de la Secretaría de Desarrollo Social de la Presidencia de la Nación y de la Gerencia de Presupuesto y Finanzas de la ANSES. Autor del libro *Gasto en Funcionarios Políticos, Funcionarios Temporarios y Legisladores: Estimación y Relación con Reglas Presupuestarias de Transparencia*.

### NICOLÁS BERTELLO

Lic. en Administración de Empresas (UADE). Participó como investigador en el libro *Gasto en Funcionarios Políticos, Funcionarios Temporarios y Legisladores: Estimación y Relación con Reglas Presupuestarias de Transparencia*. Anteriormente se desempeñó como investigador en el área Finanzas Públicas de la Fundación Grupo Sophia.





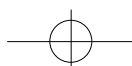
para proponer soluciones al mismo involucran diversos puntos de vista, ya que consideran aspectos económicos, políticos, sociales o históricos. Uno de los enfoques que han cobrado fuerza en los últimos tiempos es el análisis de las instituciones como determinantes del desarrollo económico de una nación. Desde esta perspectiva, las instituciones influyen sobre las relaciones establecidas entre los distintos actores, cuyas acciones afectan el desenvolvimiento del país y presentan limitaciones a los posibles cambios de cursos en un momento dado.

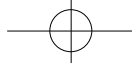
El presente análisis parte de este marco conceptual y propone observar el desempeño de las instituciones fiscales del Estado; específicamente, aquellas relacionadas con la transparencia de las cuentas públicas. Adicionalmente, el análisis concentra la atención en el nivel subnacional de gobierno de Argentina, más específicamente en el nivel provincial.

En la última década se ha evidenciado una creciente descentralización de funciones desde el nivel de gobierno nacional hacia el nivel provincial, situación que ha aumentado la importancia del desempeño de las administraciones públicas provinciales en áreas clave para el desarrollo del país en su totalidad, como por ejemplo la provisión de educación y salud. De esta manera, además de considerar temas de gran importancia tales como la reforma del Régimen de Coparticipación Federal, es necesario profundizar también sobre otras cuestiones que hacen al desarrollo provincial y nacional. Una de estas cuestiones es el de las instituciones fiscales en las provincias.

Durante los últimos años se han realizado intentos de avanzar sobre aspectos del presupuesto relacionados con la transparencia fiscal en los tres niveles de gobierno de Argentina. Pero, en general, las medidas dispuestas para este objetivo no han sido implementadas en su totalidad y en la actualidad se encuentran detenidas en la mayoría de los casos. Esto es especialmente cierto en el caso de los gobiernos subnacionales, ya que si bien en el nivel nacional se han realizado avances concretos para lograr mayor transparencia de las cuentas públicas, en la mayoría de las provincias y municipios se detectan serias falencias en este aspecto.

Mediante este análisis se intenta proporcionar elementos, tanto teóricos como empíricos, que contribuyan a destacar la relación existente entre las instituciones de transparencia fiscal en las provincias argentinas y aquellos aspectos que afectan y han afectado el desempeño de la administración pública tanto en ése como en los demás niveles de gobierno.





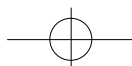
En primer lugar se describe el marco teórico planteado por el neoinstitucionalismo y se lo relaciona específicamente con el análisis de instituciones de transparencia fiscal, seguido de una breve descripción de los intentos más importantes que se han realizado en Argentina para implementar este tipo de reglas a nivel nacional y provincial. Luego se realiza una breve reseña de los resultados obtenidos al realizar una medición de indicadores de transparencia en las provincias a lo largo del año 2002 en el trabajo de investigación desarrollado en Uña (2003) y se actualizan los resultados con información presupuestaria provincial correspondiente al año 2004. Por último, se plantean las principales conclusiones, en donde se efectúa un resumen de las observaciones realizadas, seguido de una agenda que incluye algunos de los principales temas pendientes relacionados con las instituciones presupuestarias de transparencia.

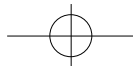
Teniendo esto en cuenta, a continuación se desarrollan algunos aspectos del marco teórico empleado para el análisis de las instituciones fiscales, para luego describir brevemente algunos intentos realizados en los últimos años para implementar este tipo de reglas en Argentina.

## II. Marco teórico

El análisis de las instituciones como determinantes del desempeño de una sociedad ha recobrado fuerza en las últimas décadas. De acuerdo con North (1990), las instituciones son "...las reglas de juego de una sociedad (formales o informales), o más formalmente, las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico". De esta forma, el denominado neoinstitucionalismo económico plantea que las instituciones vigentes en un país funcionan como determinantes del desempeño económico del mismo y, en consecuencia, el estudio de dichas instituciones resulta fundamental para la búsqueda de explicaciones y soluciones a los problemas que se presentan en los aspectos sociales y económicos de una sociedad.

Las instituciones son, en cierta forma, los límites a la acción de los diversos actores sociales, y se presentan en forma de patrones organizados de normas, roles socialmente construidos, conductas socialmente prescritas, etc. Pero las instituciones no sólo restringen las acciones de los actores, sino que





también moldean sus deseos, motivos y preferencias. De esta forma, “las acciones individuales y grupales, contextualmente constreñidas y socialmente moldeadas, son el motor que conduce la vida social” (Ansolabehere, 2003).

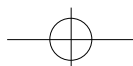
Considerando estos conceptos generales para el análisis de las instituciones, delimitaremos el sujeto de análisis. Concentraremos la atención en las instituciones fiscales presentes en la administración pública de los gobiernos provinciales en Argentina y, más específicamente, en aquellas relacionadas con la transparencia de la información presupuestaria.

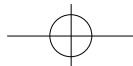
Alesina define las instituciones presupuestarias como “...todas las reglas y regulaciones de acuerdo a las cuales los presupuestos son elaborados, aprobados e implementados” (Alesina 1996, pág. 3). Estas reglas pueden ser formales, o sea, establecidas mediante mecanismos legales o regulaciones, o informales, es decir, establecidas entre los actores involucrados. En el análisis de las reglas formales que es posible implementar para lograr contribuir a un mejor desempeño del Estado en materia fiscal suelen definirse tres categorías principales.

En la primera categoría se encuentran las reglas numéricas, que son aquellas reglas que implican restricciones cuantitativas al gasto público, ya sea mediante limitaciones al nivel de endeudamiento en el que puede incurrir la administración pública, mediante restricciones a los niveles de déficit permitidos, o mediante alguna otra restricción cuantitativa. Las leyes de presupuesto equilibrado representan el ejemplo más común de este tipo de reglas.

La segunda categoría está integrada por las reglas de procedimiento, que determinan mecanismos mediante los cuales se deberá elaborar, presentar, discutir, sancionar y ejecutar el presupuesto. Algunos ejemplos de este tipo de reglas son las limitaciones a las potestades del Poder Legislativo para modificar las partidas presupuestarias, las atribuciones del organismo encargado de la elaboración del presupuesto o los mecanismos de control de la ejecución del mismo. El análisis, desarrollo e implementación de este tipo de reglas no sólo involucra cuestiones de materia fiscal, sino que genera una relación dinámica con los mecanismos políticos mediante los cuales se toman las decisiones. Entre los autores que han realizado estudios sobre reglas de procedimiento pueden destacarse Alesina (1999), Stein (1999) y Braun (2002).

La tercera categoría de reglas y sobre las cuales se centra el presente análisis está constituida por las reglas de transparencia. Estas reglas se encuentran asociadas a las instituciones de control que deben garantizar que la información fiscal refleje de la mejor manera posible la composición y situación





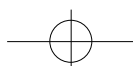
patrimonial real de la administración pública, así como los resultados obtenidos en cada período.

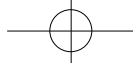
En las naciones modernas, la magnitud del sector público y la diversidad de sus funciones conducen a que los presupuestos públicos<sup>1</sup> se caractericen por un creciente nivel de complejidad. Pero en algunos casos, como plantea Alesina (1996), es posible cuestionar en qué medida el gran nivel de complejidad del presupuesto es realmente inevitable y en qué medida constituye un medio por el cual los gobernantes pueden obtener beneficios ocultando o manipulando estratégicamente la información para ajustarla a sus necesidades. A mayor complejidad del proceso presupuestario, mayor será la dificultad para implementar mecanismos efectivos de control sobre el mismo.

Varios argumentos teóricos plantean la falta de incentivos de los políticos para lograr transparencia en las cuentas públicas. Un ejemplo es la denominada “ilusión fiscal”, explicitada por Buchanan y Wagner (1977), que plantea cómo los votantes, al contar con menor información, sobrestiman los resultados positivos de aumentar el gasto público presente y subestiman el costo que ello acarreará en el futuro. Otro ejemplo son los beneficios obtenidos por los *policy makers* al mantener cierta ambigüedad en los presupuestos, aun frente a un electorado racional pero con información imperfecta, detallados en Cukierman y Meltzer (1986).<sup>2</sup>

Considerando ejemplos concretos de las acciones de los gobernantes, Alesina menciona algunas prácticas comunes mediante las cuales éstos pueden aprovechar la debilidad de los mecanismos de control para mostrar resultados superiores a los realmente obtenidos (Alesina 1999, pág. 8). Dos ejemplos concretos son la transferencia de deuda a presupuestos futuros; de esta manera se muestran menores niveles de endeudamiento en el ejercicio actual, y el empleo de fondos que se encuentran fuera del presupuesto, con lo que este último mostrará un nivel de gasto público menor al realmente efectuado. Otra práctica empleada es la de realizar estimaciones demasiado optimistas de los indicadores macroeconómicos que servirán como base para la elaboración del presupuesto, lo que aumenta la proyección de recursos que ingresarán al fisco y posibilitando mayor gasto público. Luego, al final del período, se justifica el déficit superior al presupuestado y se señala el “inesperado” impacto negativo de una situación económica peor a la prevista.

Por otro lado, en la práctica, si bien las reglas numéricas o de procedimientos que rigen el presupuesto pueden contribuir a mejorar el desempeño





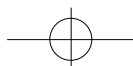
fiscal del Estado, como menciona Alesina (1996), la transparencia es igualmente importante ya que la “contabilidad creativa” puede burlar incluso las normas de procedimiento más estrictas. Desde esta perspectiva, el logro de niveles aceptables de transparencia en el proceso presupuestario de la administración pública resulta de alguna manera determinante del éxito de medidas dirigidas a regular dicho proceso, como base para un aumento de la eficacia y eficiencia del gasto público.

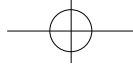
### III. Experiencias recientes en la aplicación de reglas fiscales en Argentina

En la Argentina se ha intentado implementar en los últimos años reglas fiscales orientadas principalmente a restringir los niveles de déficit de las cuentas públicas, a través de acuerdos para cumplir con restricciones numéricas y modificaciones de los procesos presupuestarios. En menor medida se ha considerado la implementación de reglas que aumenten los niveles de transparencia de la información.

La experiencia más reciente relacionada con la implementación de medidas orientadas a lograr mayor transparencia en las cuentas públicas se observa en la sanción de la Ley N° 25.152 de 1999, conocida como Ley de Responsabilidad Fiscal.<sup>3</sup> Cabe señalar que, aunque esta ley fue sancionada para el nivel nacional, se invitaba a las provincias a sancionar normas similares en sus respectivos territorios. Esta norma establecía reglas presupuestarias de los tres tipos descritos anteriormente. Se establecían reglas numéricas para la reducción del déficit y el logro de equilibrio fiscal para el año 2003, así como limitaciones al crecimiento del gasto primario. También se establecían medidas que apuntaban a modificaciones en el proceso presupuestario, relacionadas específicamente con la etapa de ejecución. Por último, la ley incluía una descripción de la información fiscal que debía ser de carácter público, entre la que figuraba la ejecución del presupuesto de gastos y recursos hasta el máximo nivel de desagregación, las órdenes de compra y contrataciones, así como información sobre los pagos realizados.

La ley fue reglamentada sólo en forma parcial y la mayoría de sus objetivos no fueron cumplidos. Sobre este tema, FIEL señala en *Instituciones Fiscales para la Argentina*: “Evidentemente la ley fue sancionada en momentos de fuerte estrés económico, intentando funcionar como un mecanismo



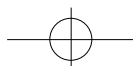


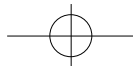
de *signaling*. Pero es altamente probable que las autoridades nunca hayan estado comprometidas con su cumplimiento. Sin embargo dar una señal que desde el inicio no será cumplida hace que el escenario sea peor al que surgiría ante la inexistencia de la norma”. Adicionalmente, sobre la relación Nación-provincias se menciona que “...resultó un error que la legislación nacional sólo invitara a las provincias a sancionar legislación similar. El buen desempeño de un estado federal obliga a la sanción de normas en forma coordinada...” (FIEL 2003, pág. 65).

Con respecto a los niveles subnacionales de gobierno, a partir de la década del 90 y hasta la actualidad, se han firmado una gran cantidad de acuerdos fiscales entre la Nación y las provincias,<sup>4</sup> con lo cual se ha generado un complejo sistema de distribución de recursos y de compromisos entre los distintos niveles de gobierno. En varios de estos acuerdos se intentó establecer reglas fiscales, en su mayoría numéricas y de procedimientos, con el objetivo de controlar el déficit de las cuentas públicas tanto a nivel nacional como provincial.

El último acuerdo firmado entre Nación y provincias, denominado “Acuerdo Nación Provincias sobre Relación Financiera y Bases de un Régimen Federal de Coparticipación Federal de Impuestos”, ratificado mediante la Ley N° 25.570 de 2002, incluyó los denominados Programas de Financiamiento Ordenado (PFO). Mediante estos programas, el gobierno nacional se comprometía a financiar la deuda de las provincias que firmaran convenios bilaterales, mientras que estas últimas se comprometían a desarrollar un plan para reducir su déficit, a presentar informes trimestrales al Ministerio de Economía de la Nación sobre su situación fiscal y a restringir la emisión de deuda y cuasi-monedas. Pero en dichos acuerdos no se hizo referencia a compromisos con respecto a la implementación de reglas de procedimientos o de transparencia presupuestaria y se consideraron exclusivamente reglas numéricas.

Hasta aquí se han desarrollado algunos aspectos del marco teórico empleado para analizar la transparencia fiscal en los gobiernos subnacionales y se ha descrito muy brevemente la presencia de reglas fiscales en el ámbito nacional y en los acuerdos firmados entre Nación y las provincias en los últimos años. A continuación se analizan los resultados empíricos sobre niveles de transparencia en los gobiernos provinciales a lo largo de 2002, para luego complementar esos resultados con información actualizada correspondiente al año 2004.





#### IV. Reglas Presupuestarias de Transparencia en las provincias. Resultados período 2001 - 2002

Un análisis sobre la transparencia en los procesos presupuestarios en los tres niveles de gobierno fue realizado durante los años 2002-2003 y sus resultados fueron publicados en el libro *Gasto en Funcionarios Políticos, Funcionarios Temporarios y Legisladores - Estimación y Relación con Reglas Presupuestarias de Transparencia*.<sup>5</sup> Para dicho análisis definimos cuatro reglas presupuestarias de transparencia, las cuales se detallan a continuación:

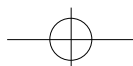
**Acceso a la información:** esta regla presupuestaria contempla la importancia de la difusión en tiempo y forma de la información presupuestaria.

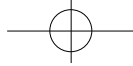
**Definición clara de funciones y responsabilidades:** la aplicación de esta regla significa que se explicitan claramente la estructura y las funciones del Gobierno, ya sean aquellas que se realizan dentro del sector gobierno o entre el sector gobierno y los organismos del sector público.

**Integridad de la información:** considera, en primer lugar, que estén incluidos en el presupuesto todos los gastos que realizará el Estado, así como todos los recursos que percibirá, sin importar su procedencia, con el propósito de mostrar cuál es la verdadera influencia del sector público sobre la economía nacional. En segundo lugar, que estos datos estén rigurosamente evaluados por un organismo independiente del Poder Ejecutivo, para así asegurar la calidad de la información.

**Transparencia en la preparación y publicación del presupuesto:** esta regla hace referencia a aspectos concretos en la elaboración y publicación del presupuesto, tales como la presencia de información sobre los indicadores macroeconómicos y fiscales empleados para su elaboración, las clasificaciones de recursos y gastos empleadas, el nivel de desagregación de las partidas, el establecimiento de metas concretas a cumplir, entre otros.

Los resultados del análisis para las provincias fueron poco satisfactorios. De 24 provincias argentinas,<sup>6</sup> solamente fue posible acceder a información presupuestaria de 12 de ellas, y en sólo 7 casos la información disponible fue suficiente para analizar los cuatro indicadores de transparencia. De esta forma, el principal problema observado se relacionaba con el acceso a la información indispensable para analizar las otras tres reglas presupuestarias definidas.





## Instituciones fiscales en Argentina: Reglas Presupuestarias 149

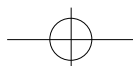
Entre las siete provincias cuya información fue posible analizar (Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe, Neuquén, Mendoza, San Luis y Ciudad de Buenos Aires), los principales problemas detectados se relacionaban con la no inclusión de organismos del sector público tales como entidades autárquicas o empresas con participación del Estado, ausencia de detalles en ciertas partidas, como por ejemplo personal contratado o cargos superiores, ausencia de una clasificación del gasto por programas y de asignación de funciones y responsabilidades sobre el gasto.

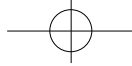
Con los resultados obtenidos elaboramos indicadores para medir el cumplimiento global de estas siete provincias de las reglas presupuestarias de transparencia con valores numéricos de 1 al 10, donde el menor valor indicaba bajo nivel de cumplimiento y un mayor valor alto nivel de cumplimiento (Cuadros 1 y 2 en el Anexo). Con mayor cumplimiento se encontraban las provincias de Neuquén, Mendoza y San Luis, con valores entre 8 y 6, mientras que las restantes, Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe y Pcia. de Buenos Aires tenían asignados valores en torno a 4.

Uno de los planteos que quizá puede efectuarse con respecto a los resultados obtenidos, es que éstos se basan en información correspondiente a los años 2001 y 2002, por lo que cabe preguntarse cuáles fueron los efectos de la situación del país en ese período en los resultados obtenidos. En ese entonces el país se encontraba en el pico de una crisis económica y social que afectaba a todos los niveles de gobierno, por lo que se puede suponer que el desempeño de las distintas áreas del Estado se vio afectado por esta situación. En el caso de los procesos de elaboración y ejecución de los presupuestos en las provincias, el desarrollo de los mismos se encuentra profundamente influenciado por la existencia de una capacidad mínima para estimar ciertas variables clave tales como inflación, nivel de actividad económica, magnitud de la deuda pública, etc.

Teniendo esto en cuenta y considerando que en los últimos dos años la situación del país ha logrado cierta estabilidad, a continuación se presentan algunos resultados preliminares de un trabajo de investigación sobre la transparencia de los presupuestos provinciales, en el que se emplearon parámetros similares a los presentados en Uña (2003), pero considerando información correspondiente al año 2004 o, en su defecto, al año 2003.

Cabe destacar que, aunque estos resultados pueden de alguna manera servir como indicadores de la evolución de las provincias en temas puntuales de reglas presupuestarias de transparencia, el objetivo que se persigue





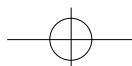
intenta ir más allá de la discusión sobre la situación específica de cada provincia o de la técnica empleada en la elaboración de los presupuestos. Se intenta mostrar cómo algunos aspectos de la transparencia en las cuentas del nivel provincial se relacionan con temas relevantes para el sector público, como por ejemplo la posibilidad de implementar y cumplir reglas de responsabilidad fiscal o implementar un modelo de gestión pública con mayor énfasis en los resultados.

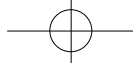
## V. Transparencia en los presupuestos provinciales. Año 2004

Para evaluar el nivel de transparencia en los presupuestos provinciales correspondientes al año 2004, el análisis se encuentra dividido en dos partes. En la primera se consideran las posibilidades de acceso a la información fiscal de las provincias, mientras que en la segunda se señalan algunos aspectos relevantes relacionados con la calidad de dicha información. Esta división responde a que la regla presupuestaria de acceso a la información funciona como un límite para el análisis de las demás variables.

De esta forma, respetando la división de las cuatro reglas de transparencia descritas en el punto anterior, se analizan, por un lado, indicadores correspondientes a *acceso a la información* y, por otro lado, se agrupan las principales conclusiones respecto de *asignación de funciones y responsabilidades, integridad del presupuesto y transparencia en la elaboración y publicación del presupuesto*.

El relevamiento de la información presupuestaria provincial para analizar las posibilidades de acceso a la información se realizó, en primer lugar, a través de los sitios oficiales en Internet de cada una de ellas, ya que es la vía más directa de acceso a la información disponible en la actualidad. En segundo lugar se intentó establecer contacto mediante correo electrónico con las dependencias provinciales de Hacienda y, finalmente, en los casos en los que estos métodos no tuvieron éxito, se optó por la comunicación directa por vía telefónica. Adicionalmente, se relevó la información provincial existente en organismos nacionales, especialmente dentro del Ministerio de Economía y Producción. A lo largo de este proceso se pudo observar que de las 24 provincias analizadas:





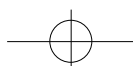
## Instituciones fiscales en Argentina: Reglas Presupuestarias 151

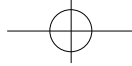
- 12 presentan alguna información, aunque ésta sea mínima, sobre su presupuesto (ley y planillas anexas) y / o ejecución del mismo en sitios oficiales de Internet (Pcia. Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Mendoza, Neuquén, San Luis, Tucumán, Salta, Formosa, Corrientes, Río Negro y Catamarca).
- De las 12 que no lo publican en Internet, en sólo 2 casos (Santa Fe y Chaco) fue posible obtener una copia a través de comunicaciones con el gobierno de la provincia, o de fuentes del Nivel Nacional.
- Del total de 14 provincias con algún tipo de información presupuestaria, en sólo 5 casos (Pcia. Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe y Neuquén) la misma permite un análisis razonable de los principales elementos del presupuesto. En los 9 casos restantes, la información presupuestaria es mínima o se encuentra desactualizada.

Estas primeras observaciones muestran el principal obstáculo que se presenta para la realización de análisis de las finanzas provinciales sobre la base de información presupuestaria: la difusión de esta información es limitada y, en muchos casos, de difícil acceso.

Las 5 provincias que presentan mayor información acerca de sus presupuestos, incluyendo en algunos casos la asignación del gasto público a programas concretos, son Pcia. de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe, Mendoza y Ciudad de Buenos Aires. Considerando que en este grupo se encuentran los cinco distritos que administran mayor volumen de recursos y de gastos públicos, es posible establecer *a priori* una relación directa entre la magnitud de los recursos administrados y una mayor evolución de los procesos presupuestarios, al menos en lo concerniente a difusión de la información y elaboración del presupuesto. Aun considerando que esta relación existe, es necesario considerar otros aspectos, tales como la evolución que han realizado las distintas provincias en los últimos años.

Con excepción de la provincia de Córdoba, que ha realizado avances en la presentación de la información fiscal, las otras cuatro han mantenido un nivel similar a los resultados presentados para el año 2002 en Uña (2003). Por el contrario, algunas provincias que anteriormente presentaban indicadores de transparencia bajos han realizado algunos avances en aspectos concretos de difusión de la información. Como ejemplos se pue-





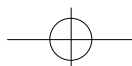
den mencionar los casos de Río Negro, Catamarca y Tucumán, con avances respecto a la difusión de la ejecución de las cuentas provinciales. Con respecto a la ejecución de los presupuestos pueden mencionarse las siguientes consideraciones:

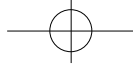
- Sólo fue posible obtener algún tipo de información sobre la ejecución presupuestaria para 8 provincias (Pcia. de Buenos Aires, Mendoza, Neuquén, Santa Fe, Salta, Tucumán, Catamarca y Río Negro).
- En sólo 3 casos (Pcia. de Buenos Aires, Mendoza y Neuquén) fue posible realizar comparaciones entre los montos presupuestados para un ejercicio determinado con datos sobre la ejecución de los mismos.

La etapa de control representa la última etapa del proceso presupuestario, en la que se comparan los recursos y gastos presupuestados con el nivel de ejecución alcanzado y los resultados obtenidos efectivamente. Aunque este es un proceso interno de cada provincia que debería involucrar tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo, la difusión de información que permita considerar los objetivos planteados y los resultados finalmente obtenidos para evaluar de esta forma la eficiencia del gasto público, debería ser uno de los principales objetivos de las propuestas de mayor transparencia de las cuentas públicas provinciales.

Hasta aquí se consideró únicamente la regla presupuestaria relacionada con las posibilidades de acceso a información sobre los presupuestos y la ejecución de los mismos de los gobiernos provinciales. A continuación se destacan algunas observaciones realizadas acerca de la calidad de dicha información. Se consideran aspectos relacionados con las tres reglas presupuestarias restantes, detalladas en el Punto IV, principalmente aquellos vinculados con la asignación de responsabilidades sobre el gasto provincial entre las distintas dependencias de gobierno, las clasificaciones empleadas en el presupuesto y sus implicaciones, la integridad de la información disponible y la presencia de información acerca de aspectos concretos, como por ejemplo, datos sobre empleo público, deuda provincial y estimación de recursos.

De las 14 provincias para las que se obtuvo información presupuestaria:





## Instituciones fiscales en Argentina: Reglas Presupuestarias 153

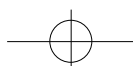
- 5 (Pcia. Buenos Aires, Mendoza, Neuquén, Santa Fe y Córdoba) muestran adecuadamente la composición de su sector público, considerando la distribución de recursos tanto entre la Administración Central y los Organismos Descentralizados, como entre los Entes de Previsión Social, Organismos Autárquicos y Empresas del Estado.
- 7 muestran claramente el origen de los recursos presupuestados, especificando cuáles son de origen provincial y cuáles provienen de la coparticipación o de transferencias del gobierno nacional, y los desagregan en partidas específicas (Pcia. Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Mendoza, Neuquén, Santa Fe y Chaco).
- 9 muestran la asignación de recursos a las distintas jurisdicciones (ministerios, secretarías y direcciones) (Pcia. Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Mendoza, Neuquén, Santa Fe, Chaco, Corrientes y Salta).

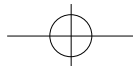
Esta asignación clara de recursos es indispensable para poder conocer qué dependencia de gobierno es responsable de ejecutar las partidas de gastos. Avanzando un paso más, si el presupuesto presenta una clasificación por programas o similar, es decir, que el gasto se asigna a acciones concretas de gobierno, las posibilidades de evaluar la eficacia y eficiencia del gasto de acuerdo con los resultados obtenidos aumenta. En este sentido:

- Sólo 4 provincias (Pcia. Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, Córdoba y Mendoza) presentan la clasificación de sus gastos por programas o similar.<sup>7</sup> De éstas, sólo en el presupuesto de Córdoba se describen claramente objetivos cualitativos y cuantitativos para los mismos, así como el responsable de su ejecución.

Por otro lado, existen dos conceptos que han tenido un papel importante en las discusiones acerca de la eficacia y eficiencia, así como sobre la sustentabilidad fiscal del gasto público provincial en los últimos años: el empleo público y la deuda provincial. En este sentido y de acuerdo a las observaciones realizadas:

- 7 provincias<sup>8</sup> presentan información que permite conocer de manera general la composición del personal público y su gasto asociado (Pcia. Buenos Aires, Córdoba, Mendoza, Neuquén, Santa Fe, San Luis y





Catamarca). Únicamente en el presupuesto de Córdoba se encuentran claramente diferenciadas las asignaciones al personal contratado.

La falta de transparencia con respecto a la composición de la planta de personal de las provincias ha sido un tema de discusión recurrente en los últimos tiempos. La transparencia de este concepto resulta fundamental para el debate abierto de temas tales como la dimensión del empleo público en las provincias, el congelamiento del ingreso de personal a la planta permanente en algunas de ellas, el incremento y el abuso de los contratos, el congelamiento de salarios de los cargos superiores o la posibilidad de implementar regímenes de incentivos al personal, entre otros.

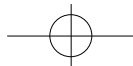
La información sobre la cantidad de personal, su categorización, distribución entre jurisdicciones y el gasto asociado deberían encontrarse incluidos en el presupuesto de las provincias. Aunque en algunos casos como Córdoba se han realizado avances en este sentido, aún queda mucho por hacer en la mayoría de las provincias.

Otro de los temas que resulta relevante a la hora de analizar la situación fiscal de las provincias es el nivel y composición del endeudamiento público. En la actualidad, este tema ha cobrado aún mayor relevancia ante las negociaciones con acreedores por el *default* declarado tanto a nivel nacional como provincial a finales de 2001. Aunque es posible acceder a información de la situación de la deuda pública provincial a través de la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, este concepto sufre de falta de difusión en los presupuestos provinciales:

- Sólo 7 provincias presentan en sus presupuestos información sobre la composición y la situación de sus pasivos acumulados, así como los presupuestados para el ejercicio vigente (Pcia. Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe, Chaco, Neuquén, Mendoza, San Luis).

## VI. Principales conclusiones

Para realizar el análisis sobre el nivel de adopción de reglas presupuestarias de transparencia en las provincias argentinas, se han considerado aspectos específicos como las posibilidades de acceso a información presupuestaria provincial, la inclusión de todas las entidades que integran el sector

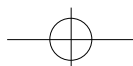


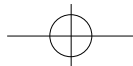
público en cada distrito, la clara asignación de los fondos entre jurisdicciones como forma de establecer responsabilidades sobre la ejecución del gasto público y cuestiones que hacen a la transparencia general de los procesos de elaboración y difusión de los presupuestos. Se consideró la presencia de distintas formas de clasificar el gasto provincial y cómo las mismas posibilitan analizar las acciones de los gobiernos desde distintas perspectivas. Por último se tuvieron en cuenta elementos concretos de análisis como son la composición y asignaciones a los empleados públicos o la composición de la deuda pública provincial.

Anteriormente planteamos la necesidad de considerar la posibilidad de que la situación excepcional de crisis que atravesaba el país en el período 2001-2002 influyera en el análisis de las reglas de transparencia en los presupuestos provinciales realizado en Uña (2003), en el cual se empleó información correspondiente a ese período. Los resultados obtenidos considerando información correspondiente al 2004, si bien en estado preliminar, no muestran en general grandes avances en el cumplimiento de las reglas presupuestarias de transparencia. Aunque algunas provincias parecen haber realizado progresos, otras evidencian una disminución en cuanto a accesibilidad y calidad de la información presupuestaria. Considerando la totalidad de las provincias y que en muchos casos la información obtenida resulta incompleta o desactualizada, para el 60 % de las mismas es posible acceder a información presupuestaria a pesar de ciertas dificultades. Pero aún más grave resulta que el restante 40 % de las provincias no publique y difunda información fiscal.

Considerando específicamente las cuatro reglas de transparencia definidas, es posible observar que provincias como Córdoba han realizado progresos respecto a la información contenida en su presupuesto, incluyendo entes públicos que antes no eran considerados como son las Agencias de esa provincia o mostrando información detallada sobre aspectos puntuales tales como el gasto asociado al personal contratado de la provincia. Otras provincias aún aquellas en inferior situación económica tales como Río Negro o Catamarca, si bien no presentan información completa de sus presupuestos, han incluido información actualizada de la ejecución del gasto provincial.

Por el contrario, provincias que anteriormente mostraban buenos resultados al considerar reglas presupuestarias de transparencia presentan en la actualidad retrocesos en ese sentido. Dos ejemplos son Neuquén y San





Luis, provincias que anteriormente contaban con un cumplimiento elevado de instituciones presupuestarias de transparencia (ver Cuadro 1). Las causas de este retroceso en cuanto a transparencia de la información presupuestaria constituyen un tema de estudio que deber ser profundizado. Cabe preguntarse, por ejemplo, en qué medida este retroceso se debe al efecto concreto que un mayor nivel de transparencia fiscal implica sobre el control efectivo que la sociedad en su conjunto puede realizar sobre las acciones de los gobernantes.

Por último, para la mayoría de las provincias no se observan modificaciones respecto a la valoración de los indicadores planteados en Uña (2003). Esto incluye tanto a distritos grandes como la provincia de Buenos Aires y Santa Fe, como a distritos chicos tales como La Rioja, Santiago del Estero o Jujuy, manteniéndose una relación directa positiva entre un mayor nivel de recursos administrados y un mayor grado de transparencia presupuestario.

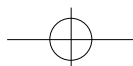
Como conclusión general del análisis efectuado, aun considerando que estos resultados son preeliminares y pueden ser profundizados, se puede observar que los avances en la adopción de reglas presupuestarias de transparencia en las provincias en general se han detenido en los últimos años.

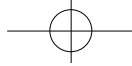
## VII. Agenda pendiente

La información clara y precisa sobre las finanzas públicas del nivel provincial debería constituirse en una herramienta útil que ayude a diseñar soluciones viables a varios de los problemas que en la actualidad afectan el desempeño del sector público provincial.

Suele mencionarse, por ejemplo, la necesidad de que el modelo de gestión del Estado se oriente en mayor medida hacia la “gestión por resultados” y que la responsabilidad por la toma de decisiones y por la ejecución de los recursos públicos pueda ser asignada a funcionarios claramente determinados que respondan por los resultados obtenidos, pero que cuenten, al mismo tiempo, con los recursos necesarios para llevar a cabo la tarea.

En este sentido, el proceso presupuestario se presenta como una herramienta clave de gestión, donde deben plantearse los objetivos específicos de aquellas actividades del sector público plausibles de ser cuantificadas. Para esto, es necesario que exista una base institucional que le otorgue transparencia al proceso presupuestario, tanto en la etapa de elaboración, como en las de





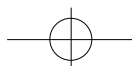
aprobación, ejecución y control. De no ser así, todo el proceso pierde sentido, ya que tanto los objetivos como los resultados reales alcanzados pueden ser modificados de acuerdo con las necesidades e incentivos de los actores sociales que detentan el poder o nivel de influencia necesario para efectuar dichos cambios.

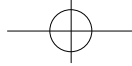
De esta forma, las instituciones fiscales relacionadas con la transparencia resultan indispensables para lograr la denominada *accountability* o responsabilidad por las acciones de los funcionarios públicos. Sin embargo, en la actualidad, con excepción de las reglas numéricas donde el nivel nacional contó con el *enforcement* para implementarlas en el nivel provincial mediante los Programas de Financiamiento Ordenado a raíz de la delicada situación fiscal de varias provincias como consecuencia de la crisis de 2001, la implementación de medidas para fortalecer los procesos presupuestarios y los niveles de transparencia fiscal en los gobiernos subnacionales parece haberse estancado desde el comienzo de esta década.

La implementación de normas con el objetivo de lograr mayor responsabilidad fiscal se verá socavada mientras éstas puedan ser burladas y, consecuentemente, incumplidas implementando mecanismos poco transparentes con los cuales sea posible manipular el verdadero nivel de cumplimiento. Pueden mencionarse como ejemplos de estos mecanismos la contabilidad creativa mediante transferencias de obligaciones a ejercicios futuros, la excesiva complejidad de la información proporcionada, partidas que engloban múltiples conceptos así como, directamente, la no publicación y/o difusión de la información fiscal.

Asimismo, la transparencia de la información fiscal resulta importante a la hora de tratar temas como la eficacia y eficiencia del gasto en áreas específicas del sector público. Esto incluye especialmente la transparencia en la asignación de fondos a los programas de asistencia social, de salud y de educación. La transparencia sobre los componentes del gasto en cada una de estas áreas debe ser el punto de partida para la propuesta de soluciones a los principales problemas que enfrentan.

En términos más generales, los argumentos en relación a la eficiencia del gasto público suelen ir desde un extremo en donde se pretende hacer recortes al gasto público sin considerar los efectos concretos que los mismos tendrán en el desempeño de las principales actividades del Estado, hasta la creación de nuevos organismos o dependencias, sin considerar la posibilidad de mejorar los que existen en la actualidad. Para lograr mejores resultados en esta





discusión y que las acciones implementadas tengan mayores posibilidades de éxito es indispensable el fortalecimiento de instituciones clave, entre las que se cuentan aquellas vinculadas con la transparencia fiscal.

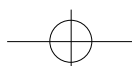
Como reflexión final podemos decir que se ha intentado aportar algunos elementos, tanto teóricos como empíricos, que sirvan al planteo de un mayor nivel de transparencia fiscal, considerada como un conjunto de instituciones relacionadas con el presupuesto público que pueden ser modificadas mediante propuestas concretas.

Se ha considerado específicamente el nivel provincial, por un lado, porque suele recibir menor atención que el nivel nacional en los trabajos que desarrollan el tema de reglas fiscales. Por otro lado, la última década se ha caracterizado por un creciente nivel de descentralización de las funciones del Estado hacia los gobiernos subnacionales, no sólo en Argentina sino también en otros países de Latinoamérica y del mundo. En este contexto aumenta la necesidad de plantear el fortalecimiento de las instituciones que pueden mejorar el desempeño de los gobiernos subnacionales.

Con respecto a este último punto, desde el federalismo fiscal debe considerarse la distribución de recursos entre niveles de gobierno mediante un régimen de coparticipación mejorado, la necesidad de mayor equidad en la provisión de servicios públicos y la necesidad de una mejor coordinación entre la Nación y las provincias en áreas clave para asegurar la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos. Pueden considerarse también los mecanismos de gestión en las provincias, como el logro de mayor eficiencia en la asignación del gasto público y el desarrollo de una cultura de la información en las mismas.

Pero al plantear estos temas no debe quedar afuera el análisis de las instituciones fiscales y, en especial, de las instituciones presupuestarias relacionadas con la transparencia de la información fiscal y, consecuentemente, de las acciones del gobierno.

Considerando los resultados empíricos obtenidos sobre transparencia fiscal en las provincias, queda como tema pendiente de investigación profundizar el análisis de los factores que pueden influir positivamente para lograr mayores niveles de transparencia en el Estado, para así aportar soluciones en este campo que ayuden a sentar las bases para la construcción de instituciones que permitan el desarrollo económico sustentable de la Argentina.



**Anexo**

**CUADRO 1**  
**Grado de cumplimiento de Reglas Presupuestarias**  
**de Transparencia en el nivel provincial. Período 2001-2002**

Buenos Aires	Medio	Bajo	Medio	Medio
Ciudad de Buenos Aires	Alto	Bajo	Bajo	Medio
Santa Fe	Medio	Bajo	Alto	Bajo
Córdoba	Medio / Bajo	Alto	Bajo	Medio / Bajo
Mendoza	Alto	Medio	Medio / Alto	Medio
San Luis	Alto	Alto	Medio	Bajo
Neuquén	Alto	Alto	Medio	Medio / Alto
Resto de provincias	Bajo	s/d	s/d	s/d

Fuente: Uña (2003, pág. 103).

**CUADRO 2**  
**Ranking cumplimiento de Reglas Presupuestarias**  
**de Transparencia en las provincias. Período 2001-2002**

Posición	Provincia	Resultado
1°	Neuquén	8.1
2°	Mendoza	6.9
3°	San Luis	6.5
4°	Ciudad de Buenos Aires	4.3
6°	Santa Fe	4.3
5°	Córdoba	4.0
7°	Buenos Aires	4.0
8°	Catamarca	1.0
9°	Chubut	1.0
10°	Formosa	1.0
11°	La Pampa	1.0
12°	Salta	1.0
13°	Resto de provincias	0.0

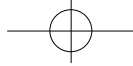
Fuente: Elaboración propia en base a Uña (2003).

Nota: Este ranking fue elaborado asignando valores y reefectuando un promedio de los resultados expresados en el Cuadro 1.

**CUADRO 3**  
**Indicadores de Transparencia para el nivel provincial.**  
**Período 2003-2004**

Reglas presupuestarias de transparencia	Concepto	Cumplimiento en provincias (total=24)
Acceso a la información	Presentan alguna información presupuestaria en Internet	12
	Información presupuestaria obtenida mediante comunicación con organismos provinciales	2
	La información permite un análisis completo de las reglas	5
	Presentan información sobre la ejecución	3
<b>De las 14 provincias para las que fue posible obtener información presupuestaria:</b>		
Definición clara de funciones y responsabilidades	Muestran la asignación de recursos a las distintas jurisdicciones y subjurisdicciones (ministerios, secretarías, etc.)	9
	Asignan objetivos y responsables a los distintos programas	1
Integridad de la información	Muestran claramente la composición de su sector público y la asignación de recursos a cada sector (adm. central, org. descentralizados, prev. social, empresas del Estado, etc.)	5
	Muestran claramente el origen de los recursos presupuestados	7
Transparencia en la preparación y publicación del presupuesto	Clasifican el gasto por programas	4
	Presentan información sobre la composición y asignaciones del personal	8
	Presentan información sobre la composición de los pasivos	8

Fuente: Elaboración propia en base a presupuestos provinciales.

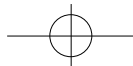


### Notas

1. A lo largo del presente análisis, al hacer referencia al presupuesto público, consideraremos la definición amplia de este concepto, incluyendo todas las etapas del proceso presupuestario: elaboración, aprobación, ejecución y control. Se especificará en el texto en los casos en que se haga referencia a una etapa puntual de este proceso.
2. El desarrollo y las referencias acerca de los dos fundamentos teóricos explicitados por Buchanan y Wagner (1977) y Cukierman y Meltzer (1986) se encuentran en Alesina - Perotti (1996) "Budget Deficit and Budget Institutions", National Bureau of Economic Research, NBER Working Paper Series N° 5556.
3. Para un análisis más detallado del contenido e implementación de esta Ley, ver FIEL (2003).
4. Para una descripción de los pactos fiscales firmados entre la Nación y las provincias, ver Braun (2003).
5. Publicación realizada con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer y la Fundación Grupo Sophia.
6. Dadas sus características y a los fines de este análisis, a la Ciudad de Buenos Aires se la considera como una provincia.
7. Mendoza presenta una clasificación particular denominada "por actividades" que asigna el gasto público a actividades específicas de cada dependencia. Esta clasificación no se observa en ningún otro presupuesto provincial.
8. Se han considerado los casos de Tucumán y Catamarca que, a pesar de contar con poca información presupuestaria, presentan, por separado, planillas con información sobre la planta de personal del sector público provincial.

### Referencias bibliográficas

- ALESINA, A. - PEROTTI, R. (1994). "The Political Economy of Budget Deficits", National Bureau of Economic Research, NBER Working Paper Series N° 4.637.
- (1996). "Budget Deficits and Budget Institutions", National Bureau of Economic Research, NBER Working Paper Series N° 5.556.
- ALESINA, A. - HAUSMANN, R. *et al* (1999). "Budget Institutions and Fiscal Performance in Latin America", Inter-American Development Bank, Working Paper Series 394.
- ANSOLABEHERE, K. (2003). *Neoinstitucionalismo*, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. Mimeo.
- BRAUN, M. (2003). *Amenazas y oportunidades actuales para la reforma del federalismo fiscal en Argentina*, Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), Área Fiscal.

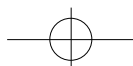


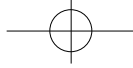
- BRAUN, M. - TOMMASI, M. (2002). *Fiscal Rules for Subnational Governments Some Organizing Principles in Latin American Experiences*, Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional (CEDI), Documento 78.
- FIEL (2003). *Instituciones Fiscales para la Argentina*, Buenos Aires, Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, Konrad Adenauer Stiftung.
- FMI (2001). *Manual de Transparencia Fiscal*, Fondo Monetario Internacional, Departamento de Finanzas Públicas.
- NORTH, D. C. (1990). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición, año 2002.
- (1998). "Una teoría de la política basada en los costos de transacción", en Saiegh, S. - Tommasi M., *La nueva economía política: racionalidad e instituciones*, Buenos Aires, Eudeba, págs. 97-112.
- STEIN, E. - RADICS, A. et al. (1999). *Reglas de Procedimiento y Transparencia*, Centro para el Desarrollo Institucional (CEDI), Documento 32.
- UÑA, G. (2003). *Gasto en Funcionarios Políticos, Funcionarios Temporarios y Legisladores: Estimación y Relación con Reglas Presupuestarias de Transparencia*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung y Fundación Grupo Sophia.

## RESUMEN

El fortalecimiento institucional del país en general y el fortalecimiento de sus instituciones fiscales, en particular, representa uno de los principales desafíos que la Argentina deberá afrontar en los próximos años. Teniendo esto en cuenta y considerando que a las provincias les corresponde un rol fundamental en la provisión de los principales bienes públicos, como por ejemplo salud y educación, se propone aquí un breve análisis de las instituciones relacionadas con la transparencia presupuestaria en ese nivel de gobierno. Teniendo en cuenta aportes teóricos así como un relevamiento empírico sobre este tema, se intenta proporcionar elementos para el análisis de la situación con respecto a transparencia fiscal en las provincias y su relevancia en el debate sobre temas tales como leyes de responsabilidad fiscal, coparticipación y eficiencia del gasto público.

*Diálogo Político*. Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C.  
Año XXI - N° 3 - Septiembre, 2004





# La recuperación del espacio público desde la perspectiva de Hannah Arendt

Alejandro Landero Gutiérrez\*

*Lo que hace tan difícil de soportar a la sociedad de masas no es el número de personas, o al menos no de manera fundamental, sino el hecho de que entre ellas el mundo ha perdido su poder para agruparlas, relacionarlas y separarlas.*

HANNAH ARENDT

## I. Introducción

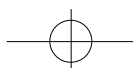
El siglo XXI ha comenzado desafiando la política y la capacidad del ser humano para dialogar y entenderse. El 11 de septiembre y muchos de los acontecimientos que le han seguido muestran la incapacidad de variados actores políticos, sociales y religiosos para hacer valer sus ideas a través del diálogo y el acuerdo.

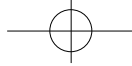
Estamos ante una sociedad en conflicto que manifiesta su situación a través de diversos actos que van desde el terrorismo hasta la violencia intra-

\* Deseamos agradecer a la Fundación Konrad Adenauer por el apoyo brindado para llevar adelante los trabajos de investigación requeridos para la realización de este artículo.

ALEJANDRO LANDERO GUTIÉRREZ

Licenciado en Filosofía por la Universidad Panamericana, con especialidad en Derecho Constitucional y Ciencia Política. Tiene estudios en Servicio Público por la Fundación Guillé en Basilea, Suiza. Es master en Estudios Políticos Aplicados por la FIAPP. Tiene estudios de Doctorado en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente es regidor en el Ayuntamiento de Tlalnepantla. Director editorial de la revista *Centro Humanista*. Secretario de la Red Buenos Aires (red de intelectuales humanistas de América Latina). Autor del libro *Persona y sociedad. Vinculos en la solidaridad*.





familiar, pasando por las luchas étnicas, las guerrillas, el narcotráfico y las mafias organizadas.

Ante ello, las personas buscan protegerse y se retraen en el ámbito privado, esperando encontrar ahí, un poco de estabilidad y tranquilidad. La preocupación por lo público queda, en inicios de este nuevo siglo, muy lejana al hombre común.

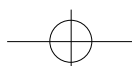
Si bien es cierto que prácticamente en todo el mundo hay un fortalecimiento de la sociedad civil organizada, también son verificables los signos de desconfianza y atomización social en la era de la globalización. El alto abstencionismo electoral, la falta de interés por acrecentar la propia cultura política y el escepticismo hacia la autoridad son algunas muestras de ello.

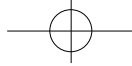
El siglo XX ha sido el más violento de toda la historia de la humanidad. Millones de personas murieron a causa de los conflictos creados por el propio hombre. La alternativa a esta violencia fue, en la mayoría de los casos, un repliegue hacia el mundo privado. El triunfo del liberalismo político y la defensa de la individualidad de la persona fueron la respuesta que construyeron los hombres para defender su libertad.

Sin embargo, el énfasis en la dimensión individual de la persona hizo que diversas instituciones, movimientos sociales y corrientes de pensamiento olvidaran la dimensión social del ser humano. El final del siglo XX mostró una sociedad cada vez más desintegrada, donde el individualismo terminó por debilitar el espacio público. La escasa participación en asuntos públicos, la falta de identidad cívica y la dificultad por converger en proyectos comunes hizo que muchos de los avances en la defensa de los derechos humanos volvieran a quedar en peligro. Por ello, ante un nuevo escenario de fuerte conflictividad humana y social, habrá que plantearse cuáles son las alternativas que deben generarse.

Ante la creciente conflictividad del siglo XX, Hannah Arendt buscó una respuesta diferente al individualismo. La tarea se centró en recuperar el espacio público a través del fortalecimiento de la vocación política del ser humano. Es decir, su respuesta no fue una simple dialéctica privado-público, sino la revitalización y reconducción del sentido más profundo de la política.

Este breve ensayo busca reflexionar sobre algunas causas y consecuencias de lo sucedido en el siglo XX y la respuesta del liberalismo, para, a partir de ahí, encontrar las insuficiencias del liberalismo individualista y proponer, siguiendo a Hannah Arendt, una revitalización del espacio público.





## II. La presencia del totalitarismo en el siglo XX

### A. La hipertrofia de la razón

Los avances científicos realizados durante los siglos XVI, XVII y XVIII dieron nacimiento a una nueva época marcada por la confianza en la capacidad racional del ser humano. El afán en la exactitud matemática y en todo sistema de medición, trajo consigo la primacía de la razón instrumental. La época ilustrada, como se le llamó en un inicio, buscó dejar a un lado la superstición, el sentimentalismo y lo que consideraba el “irracionalismo de la fe”. La apuesta total fue por la capacidad racional del ser humano.

Leonardo Polo explica, en el libro *Presente y futuro del hombre*, el fenómeno de la hipertrofia de la razón, es decir, la sobre valoración de la capacidad racional del ser humano. Esta hipertrofia, que encontró su máxima expresión en Hegel (campo filosófico) y en el comunismo (campo político), llegó a considerar la razón humana como capaz de aprehender toda la realidad, por ello incurrió en un objetivismo extremo.

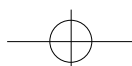
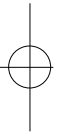
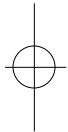
Se llegó a creer que, bajo los esquemas que pudiera diseñar la mente, se alcanzaría el desarrollo científico que permitiera el progreso lineal histórico. Estos esquemas se tradujeron, en el campo político, en una serie de utopías que alimentaron, como veremos más adelante, los totalitarismos.

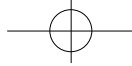
La sobrestimación de la razón acabó por entorpecer a la razón misma, ya que no se contemplaron sus límites ni se trató de descubrir sus relaciones con otras formas de acceso a la realidad. Así, la razón se encerró en sí misma y se preocupó por construir modelos que poco tenían que ver con la realidad. En aras de cumplir con su “misión omniabarcante”, la razón terminó haciendo abruptas simplificaciones.

### B. Métodos y consecuencias

La utopía como explicación “holística” de la realidad y como “planeación racional del mundo” fue una de las claras muestras de esta hipertrofia de la razón que encontró su máxima expresión en los totalitarismos del siglo XX.

Con razón apunta Hannah Arendt en *Los orígenes del totalitarismo*: “El pensador utópico construye una imagen alejada de la realidad, porque se mueve más allá de la función aprehensiva de la inteligencia... El pensador





utópico está poseído por el afán de dominar el mundo y la sociedad para transformarlos; y sofoca la primitiva actitud receptiva y humilde de una razón que se subordina a la estructura objetiva de la existencia”.<sup>1</sup>

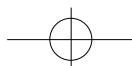
El logro de la utopía se alcanzará mediante la acción revolucionaria, acción que muchas veces no comienza por comprender la realidad, sino que busca transformarla de acuerdo a una ideología preestablecida.

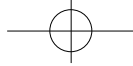
Hannah Arendt explica con exactitud este carácter autoafirmativo de la propaganda utópica: “La eficacia de este tipo de propaganda demuestra una de las características principales de las masas modernas. No creen en nada visible, en la realidad de su propia experiencia; no confían en sus ojos ni en sus oídos, sino sólo en sus imaginaciones... Lo que convence a las masas no son los hechos, ni siquiera los hechos inventados, sino sólo la consistencia del sistema del que son presumiblemente parte”.<sup>2</sup>

La certeza de que posee la verdad absoluta le da al pensador utópico una supuesta autoridad para imponer su visión del mundo y la manera en que la sociedad debe ser feliz. Ello lleva al totalitarismo, en donde el Estado ya no trata de convencer a través del diálogo racional, sino que va a utilizar como herramientas de control, la manipulación y la violencia.

La finalidad del movimiento totalitario es alcanzar la sociedad imaginada. Para ello será necesario eliminar a todos aquellos agentes que no contribuyan a la realización del proyecto preconstruido. No deben existir diferentes visiones, es necesaria la afirmación de una sola voz. Al respecto, Arendt dice: “En un perfecto gobierno totalitario, donde todos los hombres se han convertido en Un Hombre, donde toda acción apunta a la aceleración del movimiento de la Naturaleza o de la Historia, donde cada acto singular es la ejecución de una sentencia de muerte que la Naturaleza o la Historia ya han decretado, es decir, bajo condiciones donde cabe confiar completamente en el terror para mantener al movimiento en marcha constante, no precisaría en absoluto ningún principio de acción separado de su esencia”.<sup>3</sup>

Este brillante texto nos indica cómo el totalitarismo busca eliminar la identidad humana socavando su autonomía y su individualidad, en el afán de conformar “hombres masa”. El totalitarismo no considera la dignidad intrínseca de la persona, sino que la “valoración” del ser humano está sujeta a la actitud de colaboración que tenga para la realización de la utopía. Por ello, en el totalitarismo valdrá siempre más “el proyecto” que la persona misma.





El paso del totalitarismo por el siglo XX dejó una estela de destrucción, muerte y escepticismo. Cientos de ciudades arrasadas, millones de personas asesinadas y una profunda ola de pesimismo fueron algunas de las consecuencias que trajo consigo el totalitarismo.

### III. La respuesta al totalitarismo

#### A. La sociedad abierta y la democracia liberal

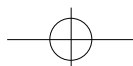
La muerte y la destrucción que dejó la Segunda Guerra Mundial y las posteriores acciones del comunismo hicieron que intelectuales provenientes de diferentes corrientes de pensamiento trabajaran por la defensa de la persona, de su libertad y de sus derechos. El liberalismo político poco a poco fue ganando espacio hasta que, en 1989, se constituyó en la ideología preeminente.

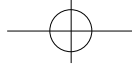
El liberalismo, como su nombre lo indica, considera la libertad como el principal valor social a defender, ya que en la lucha por la libertad se salvaguarda la individualidad y la autonomía de la persona frente al poder de la ideología o el pragmatismo.

De aquí se deriva la tesis de que el Estado no debe imponer sus propósitos o fines a la sociedad y a la persona, ya que se busca proteger la capacidad que tiene el ser humano de defender sus propios razonamientos y su visión particular de la vida. Así, se trata de rescatar el valor de la subjetividad frente al objetivismo deshumanizante que generó la hipertrofia de la razón.

Al respecto, Karl Popper afirma: “Debe exigirse que cada individuo disponga, si lo desea, del derecho a moldear su propia vida, en la medida en que no interfiera con los deseos de los demás”.<sup>4</sup>

Junto a esta defensa de la autonomía, el liberalismo promoverá la democracia como la mejor forma de gobierno, ya que el Estado democrático logra sintetizar la igualdad con la particularidad. Garantiza la igualdad, en tanto que parte del reconocimiento universal de que los seres humanos somos iguales, en tanto que tenemos unos mismos derechos. Y defiende la particularidad, en tanto sostiene que también somos diferentes y que, por ello, cada uno debe dirigir su voluntad hacia los fines y objetivos que desee perseguir. Por eso, en la democracia no existe una única forma de hacer las cosas. No hay un camino preelaborado.





Para el liberalismo, la democracia también es el régimen donde se defiende mejor a la persona frente al poder del Estado, ya que los gobernantes están sujetos a la aprobación o rechazo de los ciudadanos. Pueden ser elegidos o sustituidos sin la necesidad de derramamiento de sangre, como apunta Popper:

Por todo ello, la democracia permite desarrollar la capacidad de diálogo y propuesta por parte de los ciudadanos y gobernantes ya que, para su desarrollo, requiere del debate y del acuerdo. Asimismo, defiende el principio de tolerancia como reconocimiento de la pluralidad de ideas. Tolerancia que permite, como dice Voltaire, “perdonar nuestras mutuas insensateces”.

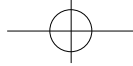
## B. La política como respuesta neutral y razón técnica

El liberalismo ha sido una de las ideologías políticas que más se ha preocupado por defender la autonomía y la subjetividad del individuo. Para ello, dirá el liberalismo, es necesario que el Estado se posicione como neutral respecto de las distintas visiones que puede haber en la sociedad de aquello que se considera como la “vida buena”. Estas serían las únicas formas para garantizar la pluralidad y detener cualquier intento de manipulación por parte del Estado.

Bajo este argumento, la política liberal buscará no tanto *hacer el bien*, sino *evitar el mal*, ya que el asunto del “bien” y la “felicidad” es algo privado. Por ello, la política debe sujetarse a reducir los problemas y los males. Popper lo expresa así: “Trabajad para la eliminación de males concretos, más que para la realización de bienes abstractos. No pretendáis establecer la felicidad por medios políticos. Tended más bien a la eliminación de las desgracias concretas...”<sup>5</sup>

Esta neutralidad tiene que ir acompañada de una racionalidad que garantice la objetividad en la toma de decisiones y eso sólo es posible a través de la técnica. Por ello, sobre todo a finales del siglo XX, se intensifica la incorporación de la estadística y las matemáticas en la toma de decisiones gubernamentales y se habla de desplazar las ideologías omniabarcantes por “tecnología social” que trate de resolver los problemas paso a paso.

En el ámbito de la democracia, la respuesta neutral y la razón técnica se traducen en la llamada *democracia procedimental*, una democracia que se sustenta en el criterio matemático de la mayoría, para definir no sólo cuestiones como la privatización de alguna industria, sino también para resolver



discusiones en torno a los derechos humanos, como el derecho a la vida. Bajo este esquema, el principio de justicia viene sustentado por el criterio de la mayoría, el cual se convierte en un criterio incuestionable, ante la poca viabilidad de encontrar otros criterios que nos permitan estar de acuerdo.

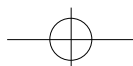
Por ello, la democracia procedimental y la neutralidad que sostiene el liberalismo contemporáneo traen consigo, por un lado, el problema de cómo defender los derechos humanos frente a una mayoría que puede oponerse a esos derechos y la paradoja de cómo fortalecer los vínculos sociales sin proponer valores y principios que los fortalezcan.

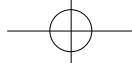
De esta manera, podemos ver que de la consecución de los principios liberales resulta difícil encontrar mecanismos que nos ayuden a evitar la atomización social. Situación que no sólo hace que la democracia pierda efectividad, sino que hace que la sociedad se encuentre poco unida para enfrentar a líderes totalitarios y a movimientos manipuladores. El panorama se complica aún más si nos encontramos inmersos en una cultura posmoderna de corte nihilista.

### C. La política en la sociedad posmoderna

La “hipertrofia de la razón” comenzó a desmoronarse con el resurgimiento del pensamiento de Nietzsche, a finales de la Primera Guerra Mundial. Con ello comenzaría a gestarse el inicio de la posmodernidad, una etapa cultural que tardaría varias décadas en consolidarse, hasta la caída del muro de Berlín, hecho que marca el derrumbe del racionalismo moderno y el pensamiento unívoco.

La cultura posmoderna trae consigo la defensa de la subjetividad, la individualidad y la alteridad, todos ellos elementos muy valiosos para el soporte cultural de una sociedad democrática. Sin embargo, junto con el liberalismo, la cultura posmoderna parece no aportarnos elementos que nos ayuden a fortalecer los vínculos sociales para la recuperación del espacio público. El relativismo, el individualismo, la defensa a ultranza del pensamiento equívoco y el divorcio entre vida privada y vida pública que propugna la cultura posmoderna y su liberalismo, no nos permite construir proyectos comunes y responsabilidades compartidas que ayuden a fortalecer la identidad social. Identidad que es necesaria, como apuntábamos anteriormente, para evitar que líderes políticos favorecidos sólo por las circunstancias arrasen con la tradición y la historia común de un pueblo en aras de imponer un proyecto.





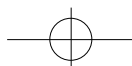
Alejandro Llano explora las consecuencias del sin sentido de la cultura contemporánea, que se hace explícito en la “anomia”, la cual, según su criterio, “implica el estado de ánimo de quien ha perdido sus raíces morales, de quien ya no tiene pautas, sino solamente unos estímulos sin conexión alguna, de quien carece de todo sentido de continuidad, de los grupos propios y de las obligaciones. El hombre anómico es espiritualmente estéril, concentrado sobre sí mismo, no responsable ante nadie. Se burla de los valores de otras personas. Su única fe es la filosofía de la negación. Vive sobre la tenue línea de la sensibilidad entre un pasado que falta y un futuro que también falta... La anomia es una situación de ánimo en la que se ha quebrado o se ha debilitado moralmente el sentido del individuo para la correspondencia social, que constituye la fuente fundamental de su actitud moral”.<sup>6</sup>

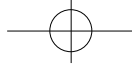
La sociedad posmoderna es una sociedad anómica donde, en razón de evitar un dogmatismo, se ha incurrido en un relativismo, donde en aras de evitar el colectivismo se ha caído en un individualismo. Por ello las preguntas: ¿cómo se pueden encontrar valores compartidos en una cultura que niega la universalidad de los principios? ¿Cómo motivar la participación en una sociedad que sólo habla de derechos individuales? ¿Cómo promover una ética cívica en una cultura donde la persona busca replegarse en su *privacy*?

El liberalismo de fines del siglo XX y principios del siglo XXI tiene poco que ver con la propuesta liberal de Tocqueville en el siglo XIX, que propugnaba por horizontes compartidos: “Sin convicciones morales comunes las instituciones democráticas no pueden durar ni surtir efecto positivo”, decía Tocqueville.

Hannah Arendt lo expresaba así: “La terrible originalidad del totalitarismo no se debe a que alguna ‘idea’ nueva haya entrado en el mundo, sino al hecho de que sus acciones rompen con todas nuestras tradiciones; han pulverizado literalmente nuestras categorías de pensamiento político y nuestros criterios de juicio moral”.<sup>7</sup>

Por ello considero que la recuperación del espacio público puede comenzar a generarse sólo si se resuelven las aparentes disyuntivas que plantea el liberalismo en la relación persona-sociedad. En este sentido, la propuesta de Hannah Arendt tiene mucho que aportar.





## IV. La recuperación del espacio público

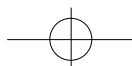
### A. El hombre como ser político

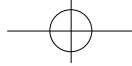
Sin lugar a duda, el primer elemento a considerar para el fortalecimiento del espacio público es preguntarnos cuál es la posición que guarda el ser humano frente a la sociedad. Este es un punto fundamental para tratar de salvar una de las disyuntivas que plantea el liberalismo.

Para Hannah Arendt, el hombre es un ser cuya vida activa se conforma por tres dimensiones: la labor, el trabajo y la acción. La labor es la actividad correspondiente al proceso biológico del cuerpo humano, cuyo espontáneo crecimiento, metabolismo y decadencia final están ligados a las necesidades vitales. El trabajo es la actividad que corresponde a lo no natural de la exigencia del hombre, que no está inmerso en el constantemente repetido ciclo vital de la especie, ni cuya mortalidad queda compensada por dicho ciclo. El trabajo proporciona un “artificial” mundo de cosas, claramente distintas de todas las circunstancias naturales. La acción, en cambio, es la única actividad que se da entre los hombres sin la mediación de cosas o materia, corresponde a la condición humana de la pluralidad, al hecho de que los hombres vivan en el mundo.

Mientras que todos los aspectos de la condición humana están de algún modo relacionados con la política, esta pluralidad es específicamente la condición de toda vida política.<sup>8</sup> La acción es la dimensión donde se expresa de mejor modo la naturaleza política del ser humano. Por ello apunta Hannah Arendt: “Sólo la acción es prerrogativa exclusiva del hombre; ni una bestia ni un dios son capaces de ella, y sólo ésta depende por entero de la constante presencia de los demás”.<sup>9</sup>

El ser humano es un ser político, con capacidad de diálogo y discusión. Un ser que puede entablar una narración y que puede construir una historia. Narración e historias que pueden ser compartidas. Así lo expresa Arendt: “La definición aristotélica del hombre como *zoon politikon*... únicamente se la puede entender por completo si añadimos su segunda definición como *zoon logon eckhon* (ser vivo capaz de discurso)”.<sup>10</sup> Y por ello, en Grecia, todo el que estaba fuera de la polis –esclavos y bárbaros– era *aneu logou*, desprovisto, claro está, no de la facultad de discurso, sino de una forma de vida en la que el discurso y sólo éste tenía sentido y donde la preocupación primera de los ciudadanos era hablar entre ellos.<sup>11</sup> Este es el carácter esencial del hombre como ser político.





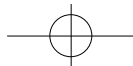
## B. Espacio público, espacio común

Para Hannah Arendt, la vida del ser humano se mueve en dos esferas: la privada y la pública. La esfera privada tiene como núcleo el sentido de propiedad, de privacidad, mientras que la esfera pública la constituye el espacio común, un espacio de encuentro. Lo significativo en el pensamiento de Arendt es entender la relación que existe entre estas dos dimensiones del ser humano. Y la necesidad de la esfera pública como un ámbito donde se el ser humano expresa su singularidad y “completa” su existencia. Por eso, el ser humano es un “ser entre los hombres”.

En este sentido, vivir una vida meramente privada es algo “privativo”. Hannah Arendt sostiene: “Vivir una vida privada por completo significa por encima de todo estar privado de cosas esenciales a una verdadera vida humana: estar privado de la realidad que proviene de ser visto y oído por los demás, estar privado de una ‘objetiva’ relación con los otros que proviene de hallarse relacionado y separado de ellos a través del intermediario de un mundo común de cosas, estar privado de realizar algo más permanente que la propia vida”.<sup>12</sup>

En este sentido, el ser humano es un ser no desligado del tiempo y del espacio. Un ser cuya vida es una acontecer arraigado. Un ser cuyo significado de la vida sólo puede descubrirse en el encuentro con los demás. “La privación (de la vida fundamentalmente privada) radica en la ausencia de los demás; hasta donde concierne a los otros, el hombre privado no aparece y, por lo tanto, es como si no existiera. Cualquier cosa que realiza carece de significado y consecuencia para los otros, y lo que le importa a él no interesa a los demás. Bajo las circunstancias modernas, esta carencia de relación ‘objetiva’ con los otros y de realidad garantizada mediante ellos se ha convertido en el fenómeno de masas de la soledad, donde ha adquirido su forma más extrema y antihumana”.<sup>13</sup>

Hannah Arendt recoge en su pensamiento la raíz de la civilización occidental. “(Para los griegos), la esfera pública surge de actuar juntos, de ‘compartir palabras y actos’... La polis, propiamente hablando, no es la ciudad-estado en su situación física; es la organización de la gente tal como surge de actuar y hablar juntos, y su verdadero espacio se extiende entre las personas que viven juntas para este propósito, sin importar dónde estén. ‘A cualquier parte que vayas, serás una *polis*’. Estas famosas palabras no sólo se convirtieron en el guardián fiel de la colonización grie-



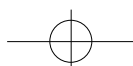
ga, sino que expresaban la certeza de que la acción y el discurso crean un espacio entre los participantes que puede encontrar su propia ubicación en todo tiempo y lugar. Se trata del espacio de aparición en el más amplio sentido de la palabra, es decir, el espacio donde yo aparezco ante otros como otros aparecen ante mí, donde los hombres no existen meramente como otras cosas vivas o inanimadas, sino que han su aparición de manera explícita”.<sup>14</sup>

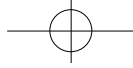
Esta extraordinaria cita sienta las bases para superar la dicotomía vida privada-vida pública. Hannah Arendt logra sintetizar el valor de la individualidad y la autonomía con la dimensión social de la persona. Dimensión donde el hombre es capaz de salir de sí mismo, donde supera su propio mundo. Ámbito de encuentro donde es capaz de reconocer a otros iguales como él, con los que dialoga y acrecienta el espacio público. Espacio donde el ser humano descubre su tiempo y su lugar, el sentido pleno de su existencia.

Cuando los individuos son capaces de entender el significado que tiene el espacio público, se constituyen en auténticos ciudadanos capaces de constituir una comunidad, capaces de reconocer una historia y de construir un proyecto.

Así lo dice Arendt: “El poder surge entre los hombres cuando actúan juntos y desaparece en el momento en el que se dispersan... El único factor indispensable para la generación de poder es el vivir unido del pueblo. Sólo donde los hombres viven tan unidos que las potencialidades de la acción están siempre presentes, el poder puede permanecer con ellos...”.<sup>15</sup>

En cambio, cuando los individuos no son capaces de salir de sí mismos y se encierran en su individualidad, es imposible construir un espacio público común, de encuentro. A lo sumo habrá un ámbito público de simple intercambio de intereses privados. Ello aparentemente afecta sólo a la vida pública de la persona. Pero en realidad, con la atomización y la desvinculación se estará alimentando el nacimiento de movimientos manipuladores que atentan contra la individualidad. En último término, se estarán sembrando las condiciones para la pérdida del sentido y la libertad. “Lo que aquí está en juego sobrepasa, por una parte, la pérdida de capacidad para la acción política, condición central de la tiranía, y, por otra, el aumento de la carencia de significado y la pérdida del sentido común...; lo que está en juego es la pérdida de la búsqueda de sentido y la necesidad de comprensión. Sabemos cómo, bajo a dominación totalita-





ria, la gente, aunque no lo experimentara como tal, fue conducida muy cerca de esta condición de ausencia de significado, gracias a la combinación del terror con el adiestramiento en el pensamiento ideológico.”<sup>16</sup> De esta forma, Hannah Arendt no duda en considerar que el mejor fermento del totalitarismo es el individualismo.

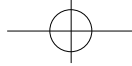
### C. Más allá del pesimismo

Como hemos visto, el pensamiento de la filósofa austriaca logra superar también la disyuntiva entre colectivismo e individualismo. Ambas ideologías terminan “desarticulando” a la persona, ya sea porque se intenta anular su libertad o porque se intenta desconocer su vínculo social.

Creo que, en el fondo, tanto en el colectivismo como en el individualismo subyace un pesimismo antropológico. Y considero que esto lo esboza Arendt. Ambos proyectos entienden al ser humano como un ser profundamente egoísta. El colectivismo no cree que la persona pueda elegir por sí misma el bien, por eso el Estado tiene que conducir su libertad. El individualismo, por su parte, no cree que la persona pueda mirar más allá de “su bien”, habrá entonces que conformarnos con un individuo retraído en sus intereses particulares.

Por eso, en ambos modelos sociales la persona nunca es vista realmente como esperanza de renovación social. Simplemente es considerada un medio para el triunfo ideológico o para el desarrollo de la competitividad. Pero nunca es vista como un fin en sí misma.

Sorprende la visión de Hannah Arendt sobre la persona en medio de una situación política y social en la que podrían quedar pocos motivos para la esperanza. Por ello el valor de esta cita: “Sin la acción, sin la capacidad de comenzar algo nuevo y de este modo articular el nuevo comienzo que entra en el mundo con el nacimiento de cada ser humano, la vida del hombre, que se extiende desde el nacimiento a la muerte, sería condenada sin salvación. El propio lapso de vida, en su carrera hacia la muerte, llevaría inevitablemente a todo lo humano a la ruina y a la destrucción. La acción, con todas sus incertezas, es como un recordatorio siempre presente de que los hombres, aunque han de morir, no han *nacido* para eso, sino para comenzar algo nuevo. *Initium ut esset homo creatus est*, ‘para que hubiera comienzo fue creado el hombre’, dijo San Agustín. Con la creación del hombre, el principio del comienzo entró en el mundo; lo cual, naturalmente,



no es más que otra forma de decir que, con la creación del hombre, el principio de la libertad apareció en la tierra”.<sup>17</sup>

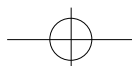
Por ello podemos decir que, en última instancia, la esperanza, la renovación social, comienzan por el ser humano, por el proyecto novedoso que trae consigo la existencia de cada persona.

Alguien quizá podría tachar de simple idealismo a esta visión humanista de la sociedad. Parecería que es más realista y adecuada la imagen hobbesiana del individuo, ya que el error y la fragilidad del ser humano están presentes en cada momento de la historia política. ¿Cómo superar el dolor que nos hacemos los seres humanos unos a otros? ¿Cómo poder emprender proyectos comunes en medio de la desconfianza?

Nuestra filósofa nos habla de la capacidad que tiene el ser humano, tanto para poder perdonar como para establecer promesas. “La redención posible de esta desgracia de la irreversibilidad es la facultad de perdonar, y el remedio para la impredecibilidad se halla contenido en la facultad de hacer y mantener las promesas. Ambos remedios van juntos: el perdón está ligado al pasado y sirve para deshacer lo que se ha hecho; mientras que atarse a través de promesa sirve para establecer en el océano de inseguridad del futuro islas de seguridad sin las que ni siquiera la continuidad, menos aún la durabilidad de cualquier tipo, sería posible en las relaciones entre los hombres.”<sup>18</sup>

Y continúa: “Sin ser perdonados, liberados de las consecuencias de lo que hemos hechos, nuestra capacidad de actuar estaría, por así decirlo, confinada a un solo acto del que nunca podríamos recobrarlos; seríamos para siempre las víctimas de sus consecuencias, semejantes al aprendiz de brujo que carecía de la fórmula para romper el hechizo. Sin estar atados al cumplimiento de las promesas, no seríamos nunca capaces de lograr el grado de identidad y continuidad que conjuntamente producen la ‘persona’ acerca de la cual se puede contar una historia...”<sup>19</sup>

La confianza en la persona es la clave para entender por qué debemos luchar por la libertad y por qué debemos trabajar para fortalecer los vínculos sociales. Más allá del pesimismo, más allá de los fracasos sociales, más allá de los errores cometidos, están la dignidad y el valor intrínseco de cada persona, por los cuales adquiere sentido toda lucha y todo esfuerzo por hacer un mundo mejor.





## V. Conclusión

Lo que hemos querido resaltar en este breve ensayo es la posibilidad que nos da el pensamiento de Hannah Arendt de lograr recuperar el espacio público sin la necesidad de recurrir al colectivismo y a las ideologías omniabarcantes. Arendt logra superar la dialéctica individuo o sociedad, para dar paso a un pensamiento analógico que logra rescatar a la persona de la masificación pero sin llevarla al individualismo, sino llamándola a asumir un compromiso social, no sólo como una responsabilidad política sino como cumplimiento pleno de su existencia. Por eso, para su pensamiento, no hay sociedad sin personas, ni personas sin sociedad. Esta es quizá una de las grandes síntesis pendientes de nuestra época. Síntesis que hace posible la recuperación del espacio público, frente al “economicismo” o el “ideologismo”.

Aunado a ello, considero que hay otra aportación sumamente valiosa que consiste, por un lado, en la superación del pensamiento utópico, que termina sobrevalorando el alcance de la política. Ese “utopismo” en el que se diseña un mundo ideal y se considera que desde la ideología o la técnica se puede transformar la sociedad. Pero, también, Hannah Arendt logra superar otro vicio social muy peligroso: el pesimismo.

Si bien, Arendt rechaza los sueños utópicos, también rechaza las pesadillas. Nuestra filósofa conoce la debilidad humana, pero no se queda sumida en ella. Por eso es una humanista que cree que la renovación pública se da por medio del ser humano, no por medio de la tecnología, la ideología, el poder o el sólo desarrollo económico. La auténtica novedad social, para Arendt, proviene del nacimiento de una persona. Este es el contenido esencial de su filosofía: la persona no debe estar al servicio del sistema, sino que el sistema tiene sentido en razón de la persona. Una enseñanza todavía pendiente en los inicios de este siglo XXI.

### Notas

1. Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1974, pág.144.
2. *Ibíd.*, pág. 437.
3. *Ibíd.*, pág. 603.



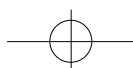
## La recuperación del espacio público

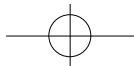
177

4. Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, trad. Eduardo Loel, Barcelona, 1957, pág. 164.
5. Popper, Karl, *La responsabilidad de vivir*, Paidós, Barcelona, 1992, pág. 147.
6. Llano, Alejandro, *La nueva sensibilidad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, pág. 44.
7. Arendt, Hannah, *De la historia a la acción*, trad. de Fina Birulés, Paidós, 1995, pág. 31-32.
8. Cfr. Arendt, Hannah, *La condición humana*, trad. de Ramón Gil, Paidós, 1993, págs. 21 y 22.
9. *Ibíd.*, pág. 38.
10. *Ibíd.*, pág. 40.
11. Cfr. *ibíd.*, pág. 41.
12. *Ibíd.*, pág. 67.
13. *Ibíd.*, pág. 68.
14. *Ibíd.*, pág. 221.
15. *Ibíd.*, págs. 223 y 224.
16. Arendt, Hannah, *De la historia a la acción*, trad. de Fina Birulés, Paidós, 1995, pág. 39.
17. *Ibíd.*, pág. 107.
18. *Ibíd.*, pág. 106.
19. *Ibíd.*

**RESUMEN**

El mundo de las postrimerías del siglo XX evidenció una sociedad cada vez más desintegrada, en la que el individualismo debilitó el espacio público. La escasa participación en los asuntos públicos, la falta de identidad cívica y la dificultad por converger en proyectos comunes hizo que muchos de los avances en la defensa de los derechos humanos volvieran a quedar en peligro. Es por eso que, ante un nuevo escenario de fuerte conflictividad humana y social, debemos plantear cuáles son las alternativas que deben generarse. La respuesta de Hannah Arendt, diferente a la del liberalismo individualista (por cierto insuficiente), supera tanto el pensamiento utópico como el pesimismo y se centra en recupe-





178

Alejandro Landero Gutiérrez

rar el espacio público a través del fortalecimiento de la vocación política del ser humano. Es decir, no una simple dialéctica privado-público, sino la revitalización y reconducción del sentido más profundo de la política.

*Diálogo Político*. Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C.  
Año XXI - Nº 3 - Septiembre, 2004

