

Indagaciones en Kant sobre el bien jurídico internacional: el *ius cogens* como imperativo categórico¹

Inquiries in Kant on international legal right: the “ius cogens” as a categorical imperative

SANDRA GAMBOA RUBIANO²

darziag@gmail.com

RESUMEN

En este texto se revisan argumentos que pueden resultar coincidentes con la construcción del concepto de bien jurídico internacional en las obras *La metafísica de las costumbres* y *Sobre la paz perpetua* de Kant y se indaga por una categorización para el *ius cogens* en su lógica de sistema.

Las revisiones que se proponen resultan trascendentes en la auscultación de las relaciones entre derecho penal y derecho penal internacional (DPI), así como en lo atinente a las limitaciones que pueden emerger de dicha vinculación, en referencia a la reclamación de los derechos de las víctimas de crímenes de Estado ante el sistema de la Corte Penal Internacional.

PALABRAS CLAVE: derecho penal, derecho penal internacional, imperativo categórico, *ius cogens*, Kant, *La metafísica de las costumbres*, *Sobre la paz perpetua*.

Fecha de recepción: octubre 22 de 2013

Fecha de aceptación: octubre 31 de 2013

ABSTRACT

The text review the arguments that could become coincidents with the construction of the concept of international legal asset in “The Metaphysics of Morals” and “Perpetual Peace” of Kant. In this examination it’s inquiries about the categorization that can have the *ius cogens* in it’s system’s logic.

The checkup that it’s propose has a significant important in the auscultation of the existing relations between Criminal Law and International Criminal Law, and the restrictions that can emerge from that connection, related to the rights of the state crimes’ victims before the International Criminal Court.

KEY WORDS: Criminal Law, Categorical imperative, Kant, International Criminal Law, *ius cogens*, Perpetual Peace, The Metaphysics of Morals.

40

1. Artículo de reflexión resultado de investigación. Documento elaborado como disertación para la tesis doctoral Solicitudes de las víctimas de crímenes de Estado ante la Corte Penal Internacional: su incidencia en la apertura de una investigación, en el marco del Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás.
2. Abogada de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ante organismos, cortes y tribunales internacionales. Candidata a Doctora en Derecho por la Universidad Santo Tomás. Presidenta de trabajos de grado de las maestrías de Derecho Penal, Constitucional y Administrativo de la Universidad Libre de Colombia, seccional Cali.

Introducción

Para aproximar una noción filosófica de bien jurídico internacional debe abordarse la trascendencia del concepto de bien jurídico protegido, en el derecho penal. Ello permitirá avanzar en los enlaces y divergencias entre el derecho penal y el DPI, así como en el discernimiento de sus mutuas limitaciones. Al efecto, se aborda el pensamiento de Kant en dos de sus obras: *Sobre la paz perpetua* (en adelante *Paz perpetua*) y la *Metafísica de las costumbres* (en adelante *Metafísica*), esta última concebida como un primer esfuerzo de construcción sistémica del derecho penal moderno, donde formula una “propuesta estructural del derecho en general, y del derecho penal en particular” (Moya, 2012).

Moya (2012) evidencia la lógica del sistema de derecho penal en la *Metafísica*, en diversas manifestaciones: reconoce una función punitiva en cabeza del Estado, diferencia crímenes públicos y privados, y establece que la imposición de la pena debe hacerse en proporcionalidad al principio de culpabilidad o “la maldad interna de los hombres” de Kant.

Sobre el concepto de derecho penal como sistema, Zaffaroni (1998) considera que este no emerge de la filosofía pues no es posible extraer todo un sistema de derecho penal directamente de la razón, pasando por alto la legislación positiva. Pero al tiempo, ve necesario encarar la sistematicidad del derecho penal en conexión con la filosofía.

Desde un enfoque distinto, Moya (2012) discierne las características connaturales y necesarias para la sostenibilidad comunicativa de los sistemas

como estructura sostenida. Estos requisitos se sintetizan en la capacidad autopoietica del sistema y en su capacidad para subentenderse mediante el entorno. Así, la operatividad del sistema se haría efectiva mediante el intercambio de significaciones socialmente compartidas, que a su vez demandan la aceptación social.

En tanto, Kant postula el derecho como una legislación externa pues solo aspira adhesión exterior, y regular de la misma forma las relaciones entre individuos. A su vez, Cortina (1998) concibe una moral interna que exige una adhesión íntima, planteando deberes consigo mismo.



En *Sobre la paz perpetua*, Kant considera que la constitución republicana se funda sobre los principios de libertad como seres humanos, de dependencia como súbditos y de igualdad como ciudadanos.

En *La metafísica de las costumbres*, en virtud de esta constitución, la decisión de ir o no a la guerra se coloca en manos de los representantes de la ciudadanía, dando alguna capacidad de decisión a quienes de primera mano sufren las consecuencias del Estado de naturaleza.

Al tiempo, el *ius cogens*, una de las fuentes del derecho internacional, presenta discusiones en cuanto a su construcción y aplicación. Estas van desde el ámbito de ideas definidas como humanistas en el derecho internacional, hasta la preocupación por criterios de homogeneización bajo una moral internacional “civilizatoria”. Por ello, es necesario analizar el *ius cogens* desde Kant para indagar sobre los límites que presenta para el derecho penal internacional.

Algunos elementos para una discusión sobre el bien jurídico internacional en Kant

Moya (2012) distingue diversas condiciones estructurantes de la lógica de sistema penal en la *Metafísica*. La primera es la concepción de la función punitiva del Estado como el derecho del soberano de castigar a quienes se le someten (Kant, 2008).³ Entonces, a partir del concepto de castigo, Kant distingue entre crímenes públicos y privados “para derivar un criterio de competencia material entre la jurisdicción criminal y la jurisdicción civil” (Moya, 2012). Así, de manera genérica Kant concibe el crimen como la transgresión de la ley pública que incapacita a quien la comete para ser ciudadano. De otra parte, los delitos públicos colocan en peligro a la comunidad. Estos, a su vez, son tanto de carácter abyecto como violento, y se expresan en acciones como “fabricar o cambiar dinero falso, hurto, rapiña,

etc.” No obstante, sobre esta diferenciación Kant (2008, p. 168) retornará para afirmar: “quien roba hace insegura la propiedad de todos los demás, por lo tanto se priva a sí mismo (según la ley del talión) de la seguridad de toda posible propiedad”.

Sobre esta aseveración debe resaltarse con Cortina (2008, pp. XL-XLII), que la moralidad jurídica es el “conjunto de deberes indirectos que componen la obligación de obedecer al derecho”, donde confluyen la coacción moral y jurídica. De ahí viene la separación y no la contradicción entre moral y derecho en Kant, pues la realización de la autonomía personal se sirve de la coacción externa al defender la libertad (Cortina, 2008).

Ello explica que la pena judicial en Kant no “fomenta otro bien”, sino que simplemente se impone porque se delinquirió. Este es el controversial imperativo categórico de la justicia penal: “ha de castigarse con la muerte el homicidio ilegal de otro” (2008, p. 172), que se matiza con el resguardo del “honor del pueblo”, cuyos móviles pueden no coincidir con las reglas, “de tal modo que la justicia pública que procede del Estado se convierte en injusticia con respecto a la que procede del pueblo” (p. 173). Este discurso rompe en apariencia con la idea de protección de bienes jurídicos pues se optaría por el refuerzo de la juridicidad en cuanto es ley. Así, Kant mantiene la forma jurídica de las leyes del soberano que pueden contrariar “el contrato originario” (p. 150).

3. En contravía, Zaffaroni (1998, pp. 33 y 34) considera que esta función es un deber del Estado pues este surge para posibilitar la coexistencia, y sin ella no podría tutelar adecuadamente ciertos bienes jurídicos. Por eso convoca a una “potestad punitiva estatal”, en lugar de un “derecho subjetivo de punir”.

Pero esta conclusión implicaría una aproximación ligera a la lógica kantiana de sistema, como se analizará.

En realidad, otras dinámicas rompen la suficiencia de la ley para señalar su respeto e iniciar la plausibilidad de procesamientos bajo su rigor; de ahí la correspondencia (suficiente) entre ley e interés público del Estado. Zaffaroni (1998) señala que tras la afectación de bienes jurídicos, existe: “una general afectación a un interés público del Estado” (pp. 34 y 35). Así, concibe el bien jurídico protegido como un límite del derecho penal, que determina las acciones o conductas sobre las que se ejerce coerción, y su cuantía. Los bienes jurídicos específicos determinan el límite de las privaciones a quien es coaccionado. En consecuencia, el delito y la pena exigen una conducta que afecte bienes jurídicos (p. 40).

Las divergencias no se limitan a lo anterior. En la distinción de las jurisdicciones pública y privada, Moya (2012) observa con Kant que también en desarrollo del concepto de castigo “surgieron los bastiones de subtensión y constructivismo de su sistema penal, el cual tiene por pivote el ser la ley penal un imperativo categórico”. Kant también considera los eventos donde la ley civil puede chocar con la penal. Entonces, el responsable es quien “anida en su interior la maldad interna [culpabilidad] y ésta será la medida determinadora de su pena” (citado por Moya, 2012).

La construcción del castigo como derecho del Estado está implícita en una concepción de obe-

diencia total a la ley en Kant, y podría conectarse con la idea de la maldad interna, por ello resulta una contradicción: la función punitiva como derecho del soberano a castigar y el fundamento de la pena sobre el principio moderno de culpabilidad. Dicho principio asegura, en buena parte, la trascendencia actual de la estructura kantiana del derecho penal.

Otra cara de esta estructura es el aseguramiento de la paz en las relaciones entre los individuos teniendo al Estado como auditor garante. Idea que también se observa en la necesidad de romper con el estado de naturaleza en las relaciones internacionales. En las dos obras que nos ocupan, Kant parangona el estado de naturaleza de los individuos y de los Estados. No obstante, aclara que los individuos superan el estado de naturaleza a través de un soberano y un legislador común, mientras que los Estados no deben fundirse en uno. Concibe que los Estados no deben estar sometidos a fuerzas legales externas a ellos, y menos aún a una “fuerza exterior común”, mostrando su desacuerdo con precursores del derecho internacional como Grocio,⁴ Pufendorf y Vattel (Kant, 2008, pp. 20-25).

Entonces, ¿en términos kantianos es posible acceder a una postura de conformación universal con la paz, sin que ello implique sujeción a una superior y exterior fuerza común con una función punitiva? y ¿cómo sería dicha conformación cuando no es factible la existencia de una fuerza exterior común, ni superar el Estado de naturaleza entre pueblos?

4. Con quien compartía dos cuestiones centrales: i) los expresos aristotélicos, a pesar de sus divergencias sobre el acceso relativamente expedito a los contenidos del derecho natural en Grocio, y ii) su rechazo al derecho a la resistencia.

Las respuestas, evidentemente se encuentran en *Paz perpetua*. Allí Kant señala el concepto de paz como una noción en cierta forma utópica,⁵ considerando que el estado de naturaleza coincide con la guerra, por lo que la paz debe implantarse. La paz podría sintetizarse en el fin de las hostilidades, no en el armisticio o aplazamiento. Esta noción tiene una utilidad específica en *Paz perpetua*: evitar el retorno a la guerra es una paz verdadera pues generaría armonía y unidad e impediría que los Estados perdieran su independencia.

44

En *Metafísica*, la paz constituye un derecho que incluye otros tres: el de neutralidad, el de garantía o de aseguramiento de la paz y el de confederación “para defenderse juntos contra todo posible ataque externo o interno” (Kant, 2008, p. 176). Entonces, la noción de bien jurídico y la teoría kantiana coinciden en postular el bien jurídico internacional de la paz como el centro del derecho,⁶ teniendo aplicabilidad en las relaciones entre Estados y entre individuos, como se desarrollaría por Kelsen (2009). Por ahora, es preciso anotar que Kant, particularmente en *Paz perpetua*, también aludió a la creación de un contexto que permitiría esa pretensión de paz. Dicha construcción se erigiría sobre bases previas que buscan evitar la guerra, y otras permanentes que asegurarían la paz.

Una lectura actual señala la dificultad de que dichas leyes prohibitivas encuadren con la reali-

dad. Solo a manera de ejemplo, resulta quimérico establecer la reserva específica y secreta de alguna causa de guerra. Mayor dificultad comporta fundar que algunos conflictos armados de carácter no internacional pudiesen centrar la idea de la paz en una liberación de la angustia de la guerra. Además, Kant concibe con rigor el principio de igualdad entre Estados, por lo cual, la posibilidad de independencia, descolonización o emancipación de los Estados, o la prohibición de la deuda externa, resultan realidades prohibidas.

Pero Kant no cesa. Tras reconocer que el rasgo esencial del Estado de naturaleza es la ausencia de ley, por lo que debe instaurarse el estado de paz, postula los tres artículos definitivos para la paz perpetua en la obra del mismo nombre. También los concibe en *Metafísica*, pero como componentes del derecho público, de importancia para la construcción del concepto de derecho internacional y para el reconocimiento del *ius cogens* y su vinculación con los bienes jurídicos internacionales en sentido material. Así, en *Metafísica*, la alusión a la constitución republicana radica en el derecho político, manteniéndose la indicación tanto al derecho de gentes como al derecho cosmopolita. También establece que estas construcciones deben contener el principio que restringe la libertad externa mediante leyes, so pena de derrumbarse.

Para comprender el derecho político o la alusión a la constitución republicana, Kant aclara de

5. “Puede dejarse a un lado la cuestión de si esta satírica inscripción, escrita en el rótulo de una posada holandesa en el que había dibujado un cementerio, interesa a los hombres en general, o a los jefes de Estado en particular, que no llegan nunca a estar hartos de la guerra, o exclusivamente a los filósofos, que anhelan ese dulce sueño” (1998, p. 3).

6. Se muestra como el epicentro de la relación entre los Estados, como “la totalidad del fin final del derecho dentro de los límites de la mera razón” (Kant, 2008, p. 195).

manera inicial sus fundamentos. Ello implica considerar el derecho público: (i) como sistema de leyes para un pueblo o un conjunto de pueblos en una relación de influencia mutua; (ii) como el que emerge de la necesidad de un estado jurídico bajo una Constitución, “para participar de aquello que es de derecho”; (iii) como un estado civil relativo al estado de mutua relación de los individuos en un pueblo; y (iv) como un Estado producto de estados civiles, esto es, la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas. Dicho Estado contiene los poderes soberano, ejecutivo y judicial, concluyendo que la voluntad del legislador es irreprochable, la del ejecutivo es irresistible y la del juez supremo es irrevocable. Estos poderes son, entonces, relaciones de la voluntad unida del pueblo que procede de la razón, y constituyen claras consecuencias del imperativo categórico.

En la *Paz perpetua*, Kant considera que la constitución republicana se funda sobre los principios de libertad como seres humanos, de dependencia como súbditos y de igualdad como ciudadanos. En *Metafísica*, en virtud de esta constitución, la decisión de ir o no a la guerra se coloca en manos de los representantes de la ciudadanía, dando alguna capacidad de decisión a quienes de primera mano sufren las consecuencias del Estado de naturaleza. Este es un argumento consistente con la lógica de bien jurídico, en un sentido material y, por ende, político.

Por su parte, el derecho político de gentes (*ius gentium*) surge al constatar que la tierra es una superficie limitada por sí misma y se genera en vinculación con el estado de naturaleza. Kant advierte tanto en *Paz perpetua* como en *Metafísica*, que los pueblos, en tanto Estados, pueden

considerarse como individuos en estado natural, exponiendo así una de sus primeras alusiones a futuros sujetos del derecho internacional. Por consiguiente, todo Estado debe consolidar su seguridad requiriendo a los demás para conformar una Constitución que garantice el derecho de cada uno: la Sociedad de Naciones.

En *Metafísica*, el derecho de gentes se constituye a partir de cuatro elementos que se sintetizan en la necesidad de un pacto entre Estados soberanos, para salir del Estado de naturaleza o de guerra. Por eso considera que los Estados no están sometidos a ninguna autoridad común y exterior, sino a su respectiva Constitución jurídica interna. Como se advierte, esta sería una primera limitación a las posibilidades de gestión de fuentes del derecho como el *ius cogens*, sobre la cual se retornará en el segundo acápite. Al reconocer que no es posible advertir medidas como una Constitución común, señala que la única posibilidad de afianzar y asegurar la paz es una federación, ligada a través de la razón con el derecho de gentes y que se diferencia del pacto de paz, pues esta elimina toda hostilidad bélica. Es razonable concluir, entonces, que Kant reconocería la imposibilidad de la paz perpetua, pero entiende que esta es imposible sin el derecho de gentes. Entonces, para este filósofo alemán, los Estados deberían acudir a leyes públicas coactivas en sus relaciones recíprocas, mientras que esta federación “llegue por fin a contener a todos los pueblos de la tierra” (Kant, 2008, p. 26).

A continuación se señala una cierta contradicción que revela la pretensión de realidad de la obra kantiana. Si bien rechaza la idea de una Constitución común de los Estados, también establece

que su federación de pueblos es una alternativa a la “idea positiva de una república universal”, que evite la guerra y limite tendencias “perversas e injustas”. Desde luego, la universalidad de cierto tipo de razón es discutible. En tanto vehículo de “voluntad común” en esta perspectiva, podría confundirse (de manera preocupante) con una lógica de civilización frente a “lo incivilizado”.

No obstante, ante el pensamiento que con posterioridad se aproximaría al concepto de derecho internacional, Kant también define un derecho cosmopolita en las dos obras. Una federación de naciones, o una comunidad pacífica universal, en suma, una idea racional que se presenta como un principio jurídico, que en lo relativo a los individuos parte de un insoslayable derecho a la emigración.

46

Así, el cosmopolitismo kantiano inicia bajo postulados como la propiedad común de los pueblos sobre la tierra, de donde no surge una comunidad jurídica sino la posibilidad de interacción física comercial.⁷ En *Paz perpetua* agrega un derecho de visita, a presentarse en sociedad. Por oposición, rechaza la conducta inhospitalaria donde el derecho de visita equivaldría a la conquista. Esta podría constituir una limitación a la preocupante imposición de una lógica de civilización.

Las bases de la constitución republicana, y la lógica de su inclusión en los instrumentos para el mantenimiento de la paz en *Paz perpetua*, per-

miten vincular las lógicas del derecho penal, el DPI y del derecho internacional. Además, tanto en las relaciones entre individuos como entre Estados Kant alude a un estado de naturaleza, como de guerra. En este orden, apunta asimismo a la necesidad del principio de libertad de los componentes, ya de la sociedad (bajo la idea de ciudadanía), ya entre Estados y demanda la aplicación del principio de igualdad en dichas relaciones. Este fundamento es, además, uno de los mecanismos para el tránsito del estado de naturaleza al estado jurídico, por lo menos entre individuos, en cuanto el primero se supera a través del segundo, que es a donde deben ingresar “todos los hombres que pueden contraer relaciones jurídicas entre sí (incluso involuntariamente” (2008, p. 136).

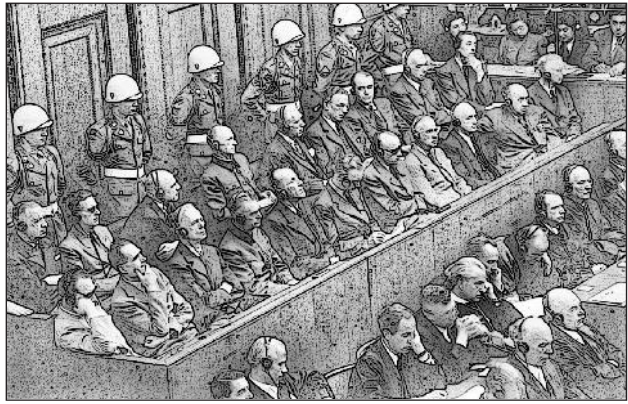
Derecho penal internacional: ¿justificación desde los beneficios?

Para Radbruch (1959, p. 112), uno de los iniciadores de las discusiones sobre el sustento filosófico del DPI, el juez debe “preguntarse por lo que es jurídico, pero nunca si es también justo”. A propósito del holocausto nazi establece que la justicia puede declarar el derecho, puesto que sus prerrequisitos son legalidad, búsqueda de la justicia y seguridad jurídica (1980), a la que observa como elemento de la justicia pues debe sacrificarse al mínimo. Consideraciones que se acompañan con su crítica al positivismo, donde impone una heroica carga al administrador de justicia: “El

7. En *Metafísica* el derecho cosmopolita es un principio común sustentado en la posible unión de todos los pueblos para “establecer ciertas leyes universales para su posible comercio” (Kant, 2008, p. 192). En *paz perpetua* se amplía como el derecho “de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro” (1998, p. 27).

ethos del juez debe estar dirigido al logro de la justicia a todo precio, aún el de la propia vida” (p. 139). Esta postura se expresa en Kant (1998, p. 167), con las limitaciones que emergen de su obediencia ciega a la ley: “si perece la justicia, carece ya de valor que vivan los hombres sobre la tierra [...] la justicia deja de serlo cuando se entrega por algún precio”.

Desde otra visión, la seguridad jurídica como integrante de la justicia también se observa en Zaffaroni (1998), quien la concibe como la única función del derecho penal. Como en Kant, Zaffaroni encuentra que el derecho quiere evitar la guerra civil (o atestiguar la paz social) “asegurando a cada quien un ámbito de existencia” (p. 44). En este entorno, halla que el efectivo fortalecimiento de los bienes jurídicos es solamente el aspecto objetivo del concepto de seguridad jurídica, pues el sentimiento de seguridad jurídica puede ser tolerante con una mayor injerencia en los bienes jurídicos de quien realiza una infracción. Esta intrusión sería necesaria para reforzar el sentimiento y neutralizar la alarma social del delito, y se limitaría por esta misma alarma. Para este autor argentino, si el sentimiento de seguridad jurídica emana de posiciones conscientemente realistas y de subjetivismo valorativo tendrá una tolerancia menor, en razón a que se restringe a lo razonablemente necesario para la coexistencia. Por ello, considera que la garantía de la existencia (y de la coexistencia) se hace efectiva a través de la tutela de bienes jurídicos en búsqueda de la prevención



Para Radbruch uno de los iniciadores de las discusiones sobre el sustento filosófico del DPI, el juez debe “preguntarse por lo que es jurídico, pero nunca si es también justo”. A propósito del holocausto nazi establece que la justicia puede declarar el derecho, puesto que sus prerequisites son legalidad, búsqueda de la justicia y seguridad jurídica.

47

de ataques intolerables. Así, vincula derecho penal, bienes jurídicos y seguridad jurídica.

El derecho penal provee, pues, a la seguridad jurídica, aspirando a que no se reproduzcan las acciones lesivas de bienes jurídicos que tipifica. La coerción penal apunta a evitarlas, a prevenirlas. En este sentido el derecho penal tiene una clara vocación ética, que participa y corona la general función formadora del ciudadano que compete al derecho.⁸

8. Advierte: “En otras palabras, entendemos que *el Derecho Penal tiene la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la tutela de bienes jurídicos, previniendo la repetición o realización de conductas que los afectan en forma intolerable, lo que, ineludiblemente, implica una aspiración ético-social*” (Zaffaroni, 1998, p. 50). [Cursivas añadidas].

Por otra parte, desarrollando los principios centrales del garantismo penal,⁹ Ferrajoli (1995) construye su concepción de legitimación jurídica de las prohibiciones y las penas. Solo el efecto lesivo puede justificarlas, por lo que se impone la tolerancia jurídica de actitudes o comportamientos no lesivos para terceros. Así, vincula bien jurídico lesionado y fines del derecho penal, revisando su justificación desde los beneficios que pretende. Para ello, extracta restricciones que emergen del principio de lesividad: (i) una cuantitativa: los delitos de bagatela no justifican el proceso penal ni la pena; (ii) una cualitativa: solo constituyen bienes jurídicos, aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas; y (iii) una estructural: debe cumplirse el requisito de lesividad concreta.

Por tanto, es preciso revisar el concepto material de bien jurídico protegido como elemento que reconoce la conexión entre derecho y justicia, y entre la teoría del Estado y la teoría penal. Ello permitirá discernir las diferencias y conexiones entre el derecho penal y el DPI, y sostener o infirmar la posibilidad de procesamientos garantistas en la Corte Penal Internacional (CPI).

Acertadamente, Muñoz Conde prologando a Hormazábal (1992), señala que el bien jurídico constituye una base empírica, una fórmula de vin-

culación con la realidad y un concepto normativo, un “proceso constitutivo en el que necesariamente son reelaborados y, a veces, manipulados y pervertidos en sus elementos esenciales”. Postura al parecer respaldada por Zaffaroni (1998), para quien la selección que hace el Estado de los bienes jurídicos responde a distintas ideologías. La conexión con la realidad impide observar a estos autores como exponentes de un positivismo dogmático.

Así, indagando por el bien jurídico internacional, la visión de Hormazábal (1992) permite: “reconoce[r] al hombre frente al poder como sujeto y no como objeto”, lo cual podría asimilarse a una aplicación del principio de dignidad kantiano, en el entorno de una política penal al servicio de las necesidades de ciudadanas y ciudadanos en un Estado social y democrático de derecho. Este autor postula su teoría material del bien jurídico partiendo de dos premisas: (i) la relación entre la historia del concepto de bien jurídico y las teorías legitimadoras del poder, y (ii) el concepto material de bien jurídico se refiere a un fundamento racional del sistema penal a partir del objeto jurídico concreto. Pero este objeto no puede aislarse del sistema de gobierno, en particular, de la democracia, pues el bien jurídico se materializa por las instancias políticas.¹⁰

9. Esto es, de los principios de lesividad, materialidad y de responsabilidad personal.

10. La teoría material reconoce que la determinación del bien jurídico corresponde a la base social que comunica “su decisión a las instancias políticas” que la materializa (Hormazábal, 1992, pp. 142 y 143). Una política penal de exclusiva protección de este tipo de bienes debería proponer una democracia en ejercicio. Dicha afirmación parece corresponder con el reconocimiento histórico del concepto de bien jurídico en Hormazábal y con una discusión de su formulación en una trascendencia democrática, precisamente al establecerse la vinculación entre derecho y teoría política.

Estas posturas podrían acusarse desde quienes estiman que es la sociedad, de manera llana, quien define el contenido de bien jurídico. Sin embargo, tal posición dista de la del autor, pues reconoce la sociedad como un “sistema concreto de relaciones sociales”, de donde viene su crítica al funcionalismo: “Es inadmisibles, en consecuencia, como lo pretende el funcionalismo, la postergación y el sometimiento de las personas y de las cosas a esas normas y reglas de conducta” (Hormazábal, 1992, p. 145). Entonces, el bien jurídico resulta un constructo que puede presentar una concepción tanto hegemónica como contrahegemónica.

Al contrario, el concepto de bien jurídico en Kant (1998) no obedece a una consideración política (postura hegemónica), entre otros, pues la pena judicial se impone si se ha delinquido. Esto se desprende de su comprensión de la dignidad, pero principalmente de su concepción de la ley penal como imperativo categórico, lo que no puede confundirse con un descrédito de Kant por el bien jurídico, pues como señala Cortina (2008) en *Metafísica* el bien jurídico y el bien moral parten de la reflexión práctica.

Además, la noción material de bien jurídico no es estática. Al contrario, solo comprende a los objetos originados en una sociedad democrática, y que tengan protección penal. Por ello se limitan por la lógica de última ratio en “los ataques más graves” (Hormazábal, 1992, p. 144). A partir de ello, Hormazábal resalta que otras ramas del derecho pueden dar una protección más amplia desde otras perspectivas, como el derecho internacional “en tanto que derechos humanos” (1992, p. 144), que resultan objetos

diferentes, pero “homologables con el bien jurídico” (p. 144).

De estos reconocimientos emerge el concepto material de bien jurídico con tres notas principales: (a) Como producto social surge de un sistema concreto de relaciones sociales en un período determinado. Es consecuencia de la superestructura jurídico penal, y parte de la superestructura social y política. (b) Constituye relaciones sociales concretas, que nacen de la relación social democrática como una superación del proceso dialéctico de su interior. Por tanto, es una síntesis normativa y social. (c) La escogencia que el Estado hace de los objetos a ser protegidos implica una decisión política “condicionada por la naturaleza de su estructura, su presentación ideológica y su naturaleza democrática” (Hormazábal, 1992, pp. 152 y 153). En un Estado social y democrático de derecho esta determinación considera individuos y la colectividad, y debe presentarse en función del sistema democrático de relaciones sociales, como red de vínculos entre personas en condiciones de libertad y dignidad.

Desde otra arista, retornando a Kant, se puede colegir que la paz es un anhelo en virtud del cual, principalmente en *Paz perpetua*, desarrolla un programa en procura de su alcance y mantenimiento frente a la base de estado de guerra. Ahora, puede considerarse que amén del respeto kantiano de la ley en sí misma, también señalaría la protección de unos bienes jurídicos internacionales, y particularmente el relativo a la paz mundial, discusiones que pueden aterrizar en un análisis material del bien jurídico protegido.

Aun cuando la obediencia de la ley se impone en Kant por la existencia de ella misma, rechazando el derecho a la resistencia de los pueblos,¹¹ su búsqueda por el acatamiento del derecho en cuanto ley procura prevenir lo que Zaffaroni consideraría ataques intolerables a través de la tutela de bienes jurídicos protegidos. Por ello, debe reconocerse que la filosofía kantiana, como lo expresa Werle (2011, p. 85), ha sido central en la configuración del injusto penal internacional, pues este se edifica “en toda lesión substancial de la libertad en las relaciones interpersonales, a través de la cual se niega la validez del derecho”. En segundo lugar, si el *ius cogens* constituye un imperativo categórico, se colige con Muñoz Conde que el bien jurídico (recogido entre otros en este *ius cogens*) es una fórmula de vinculación con la realidad, si bien no alcanza en Kant a constituirse en un bien jurídico que coloque al ser humano como sujeto frente al poder. En un tercer orden, la concepción de bien jurídico internacional señala la trascendencia de la paz mundial tanto en el derecho interno como en el estatal.¹²

Adicionalmente, en el pensamiento del autor alemán el derecho natural, y como parte de él el imperativo categórico del *ius cogens*, constituye un criterio racional del derecho positivo. Por ello, bienes jurídicos internacionales como la paz (que entiende como un anhelo que moviliza el derecho), podrían integrar el derecho natural. Kant suministra la fórmula: a través de principios *a priori* de la razón y estableciéndose en el dere-

cho positivo, que debe reflejar, según su filosofía, el derecho natural. El derecho natural, como lo sintetiza Cortina (2008, p. XLIII), es criterio racional del segundo y “es menester buscar en la razón el criterio de lo justo y lo injusto, mientras que el derecho positivo dice lo que es derecho”. En otras palabras, la razón filosófica constituye, para Kant, la razón jurídica. Ello también señala la coincidencia, bajo dicho pensamiento, entre elementos del derecho natural y bien jurídico protegido internacional, donde de nuevo el *ius cogens* adquiere un papel relevante.

Se alude así a un tránsito del derecho natural como racional, hacia el derecho positivo entre individuos. Esto, sumado a la vinculación de las lógicas de los individuos en relación con los Estados, revela que en la modernidad la racionalidad impone limitaciones a una genérica libertad de los Estados. Ello se concluye a través de la constatación histórica de dos fenómenos progresivos decididos por los Estados: (i) inicialmente federados, atribuyen una limitación a su soberanía, concentrada en el derecho internacional; (ii) reconocen como Kant, pero de manera tácita, unas demandas conectadas con el derecho natural que se concretan en el *ius cogens* como imperativo categórico, pero que coinciden, por lo menos, con la expresión del derecho racional. Si bien Kant alude a una confederación de Estados libres, la racionalidad puede imponer limitaciones a su libertad, transitando del estado natural al estado con referente racional.

11. Para profundizar en la temática se sugiere el texto de Abarca (2008).

12. Werle resalta que los bienes jurídicos protegidos por el DPI son: paz, seguridad y bienestar de la humanidad. La paz no solo se remitiría a la ausencia de “enfrentamientos militares entre Estados, sino que incluye la situación dentro del propio Estado”.

El *ius cogens* como imperativo categórico

Señala Werle (2011) que el DPI es una parte del derecho internacional. Ello permitiría intuir la existencia de vasos comunicantes entre estos ordenamientos e incluso entre estos y el conocido como sistema de la CPI. Uno de ellos, también resaltado por Werle, es que el DPI recibe sus fuentes del derecho internacional.

El *ius cogens* se define, convencionalmente, a partir del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena), como norma imperativa de derecho internacional general. Esta convención surgió en aplicación de principios ya observados por Kant en *Metafísica y Paz perpetua*.¹³ Así, la noción de la Convención de Viena revela que no todas las reglas del derecho internacional consuetudinario constituyen normas internacionales de carácter imperativo. Asimismo, de esta noción se desprende que a los Estados les está vedado ratificar tratados que ataquen el *ius cogens*; tampoco pueden imponer reserva a los que incorporen normas de dicha naturaleza.¹⁴

La Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁵ ha reiterado los principios de la Carta de la organización de donde emergen los bienes jurídicos internacionales. Además, resalta el contenido y sentido de la sociedad de las naciones en la lectura kantiana, y señala que dichas normas constituyen principios básicos del derecho internacional (*ius cogens*).¹⁶

Asimismo, como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), si bien el *ius cogens* surgió en relación con el derecho convencional internacional, se ha extendido al derecho internacional general incluyendo el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados.¹⁷

Bassiouni (1996) ha resaltado que los crímenes internacionales que se elevan al nivel de *ius cogens* contienen obligaciones inderogables. Las obligaciones legales que surgen de la jerarquía superior de estos crímenes incluyen el deber de enjuiciar o extraditar; la prohibición de aplicar figuras como la prescripción o las inmunidades, inclusive las de jefes de Estado, así como la de la defensa de “la obediencia a órdenes superiores” (p. 62). En este

13. Como los principios de *Pacta sunt servanda*, libre determinación de los pueblos, independencia, libre consentimiento, igualdad de derecho e igualdad soberana entre Estados, entre otros.

14. Ver artículo 64 de la Convención de Viena.

15. Ver la Resolución 2625 (XXV), 24 de octubre de 1970, de la Asamblea General.

16. Constituyen normas imperativas internacionales, entre otras: la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza entre Estados y el arreglo pacífico de sus controversias; la no intervención en los asuntos de jurisdicción interna; la igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos; el cumplimiento de buena fe de las obligaciones entre estos. Seiderman (2001) profundiza en el *ius cogens* bajo una perspectiva de derechos humanos.

17. Determinó criterios para definir una norma como *ius cogens*: (i) que su cumplimiento se predique de todos los Estados, con independencia de que sea parte de un tratado, (ii) que genere efectos con respecto a terceros, incluso particulares, (iii) que constituya un principio fundamental que irradie todo el ordenamiento jurídico (CIDH, 2003).

mismo orden se ha establecido la aplicación universal de las obligaciones de *ius cogens*, independientemente de que se esté en tiempo de paz o de guerra y en “estado de emergencia” (p. 63). Estos atributos, sumados a la idea de jurisdicción universal sobre los autores de los crímenes que atacan el derecho imperativo internacional, señalan la trascendencia de esta figura tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el DPI.

52

Cortina (2008) resalta que Kant no es iusnaturalista si por derecho natural se entiende “un conjunto de principios que puede extraerse del conocimiento de la naturaleza humana”. Bajo dicha conclusión, según este autor, reposan tres ideas fundamentales de la filosofía kantiana: (i) la naturaleza humana no puede conocerse sino empíricamente y dicho conocimiento “carece de normatividad teórica y práctica”; (ii) el estado de naturaleza es una “idea de la razón que, desde la afirmación de la libertad, pretende justificar lógicamente que los hombres sean capaces de derechos” (pp. XLI y XLIV); no obstante, (iii) el estado de naturaleza entre individuos en Kant presenta la existencia provisional (posesión empírica) de algunos derechos, por oposición a la posesión perentoria que emerge de la ley.

De allí puede deducirse, en lógica de derecho internacional moderno, que estos derechos en provisionalidad pueden ser transmitidos al de-

recho positivo, pues para Kant no debe existir contradicción entre la moral y el derecho porque la coacción externa se encuentra limitada por la idea de realización de la autonomía personal. Entonces, esa realización de la autonomía sobre la cual se construye el concepto de coerción puede conectar a su vez los conceptos de *ius cogens* y de bien jurídico internacional, a través de un ejercicio de deducción.

Así, exponiendo la división de una metafísica de las costumbres, Kant (2008) señala que toda legislación convierte la acción en deber, y contiene un móvil que liga subjetivamente con la representación de la ley haciendo del deber, un móvil. Por ello, “la ley que hace de la acción un deber y de ese deber, a la vez, un móvil, es ética” (p. 24). A su vez, la legislación ética “convierte también en deberes acciones internas”, afectando “lo que es deber en general” (p. 24). Además, el principio supremo de la doctrina de la virtud¹⁸ coincide con el principio de dignidad humana y obra como un imperativo categórico “que surge de una deducción que emerge de la razón pura práctica” (p. 249). En Kant también confluyen los conceptos de ley universal del derecho e imperativo categórico. De conformidad, el *ius cogens* emerge como un imperativo categórico,¹⁹ lo que se refuerza al recordar que la paz perpetua constituye el “fin final de la doctrina del derecho, dentro de los límites de la mera razón” (Kant,

18. “Obra según una máxima de fines tales que proponérselos pueda ser para cada uno una ley universal”.

19. Descrito por Kant (2008) en las siguientes condiciones: “enuncia una obligación con respecto a determinadas acciones, es una ley práctico-moral. Con todo, ya que la obligación no sólo implica necesidad práctica [...], sino también coerción, el imperativo pensado es o bien una ley preceptiva o bien una ley prohibitiva, según se represente como deber el cumplimiento o la omisión” (p. 29). Sintetizando: “El principio supremo de la doctrina de las costumbres es, pues: obra según una máxima, que pueda valer a la vez como ley universal. –Cualquier máxima inepta para ello es contraria a la moral” (p. 33).

2008, p. 195). Así, una conexión entre el concepto de *ius cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena y el pensamiento kantiano se sustentaría en el siguiente argumento: “Es la razón práctica quien pronuncia en nosotros su veto irrevocable: no debe haber guerra, porque no es este el modo en que los hombres deben procurarse su derecho” (pp. 195 y 196).

De nuevo trasciende el *ius cogens* en la teoría kantiana: la prohibición de la guerra es un imperativo categórico que se refleja en el estado de naturaleza, trayendo el derecho natural del que emana el fin de la paz, al derecho positivo. El imperativo de la paz es ley universal, una pretensión que se genera tanto en las relaciones entre ciudadanos como entre los Estados.

Los ciudadanos, en Kant, son los miembros de un Estado y, por tanto, tienen atributos inseparables de su esencia: libertad, igualdad civil e independencia civil, y se congregan en una unión civil, de la cual emergen diferentes efectos.²⁰ Así, aclara que las leyes emergen de la voluntad y las máximas lo hacen del arbitrio libre. Entonces, encuentra que la acción conforme a derecho es la que permite la coexistencia de las libertades de arbitrio de cada uno, es una exigencia que emerge de la ética. De allí surge la ley universal de derecho en Kant (2008, p. 40): “Obra exte-

riormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal”.

Desde otra orilla, en términos de Zaffaroni (1998), la afectación al interés público del Estado, que se encuentra tras el daño a los bienes jurídicos, permitiría en Kant afirmar que el bien jurídico traduce al soberano cuáles son los límites que no puede transgredir.

Correlativamente, el jefe supremo del Estado tiene unas facultades que, al emerger de la voluntad unida del pueblo para conformar el Estado, se circunscriben a dicha voluntad (Kant, 2008), por lo que tiene unas limitaciones.²¹ Así, es posible proponer una lectura en clave de *ius cogens* a partir de estas limitaciones. Kant (2008, p. 163) establece que “lo que no puede decidir el pueblo [...] sobre sí mismo y sus componentes, tampoco puede el soberano decidirlo sobre el pueblo”. Orden en el cual, “cualquier daño inmerecido que ocasiones a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo” (p. 167). A partir de ellas se establece la idea del estado liberal, y emergen condiciones para aludir a la consolidación del concepto moderno de *ius cogens*.

En Kant, la razón práctica, que coincide con la ley universal del derecho, exige conciliarse con la “libertad de todos”. Por ello advierte que, por

20. Entre ellos: (i) “el soberano en el Estado tendría ante el súbdito solo derechos y ningún deber (constrictivo)”, (ii) nadie podría oponerse al poder estatal [...] legítimamente, (iii) solo el soberano puede introducir cambios en la constitución y (iv) “cuando yo formulo una ley penal contra mí [como ciudadano], como criminal, es la razón pura jurídico legisladora en mí [...] junto con las demás en una asociación civil” (pp. 150, 151, 153 y 171).

21. Entonces, al soberano se le impide: (i) poseer terreno como dominio, (ii) privar de su cargo a un empleado, (iii) usar el derecho de gracia “más que si el delito se refiere a su persona” y si con ello no coloca en peligro la seguridad de sus súbditos” (p. 174). Estas restricciones germinan de una lógica contractual en el pensamiento de Kant, como lo expresa Cortina (2008, p. LVI).

ejemplo, el principio de igualdad es el patrón del tipo y grado de castigo que aplica la justicia pública. Lo que reitera que la justicia no puede entregarse “por algún precio”. Así, la ley universal del derecho es trasunto del contenido de las posibilidades de decisión por el pueblo.²² Cortina (1998) agrega que el legislador “no está legitimado para obrar arbitrariamente, sino que ha de atender al espíritu de la legislación originaria”. Ello muestra una relación intrínseca entre las ideas de algunos de los derechos en el Estado de naturaleza kantiano, su exteriorización como *ius cogens* y la legislación ordinaria.

En otras palabras, existen cuestiones que el pueblo simplemente estaría llamado a reconocer en el ejercicio del imperativo categórico, a través de la razón práctica. Idea que se enlaza con la teoría material del bien jurídico, que en una de sus facetas entiende que este busca dar fundamento racional al sistema penal. Así, en Kant, afirmar el deber de sellar la unión civil busca “asegurar a cada uno lo que ya le pertenecía en el estado de naturaleza” (Cortina, 2008, p. LIX) y exige, además, un derecho público tanto para un pueblo como para un conjunto de ellos.

En su perspectiva internacional, Kant reconoce la necesidad de que los Estados sacrifiquen el estado natural que define su relacionamiento, a través de leyes públicas coactivas en sus relaciones recíprocas. Para tal efecto, la sociedad cooperativa

que propone bajo el derecho de gentes buscará defenderse mutuamente “de caer en el estado de guerra efectiva” (2008, p. 344). Entonces, si la guerra es una prédica de la libertad natural, la alianza debe cumplir dictados que permitan cumplir sus efectos de romper con dicho estado. Esto es, si el estado de guerra es natural entre Estados y tiende a mantenerse, estas sociedades deben asumir mecanismos que romperán con el sostenimiento del estado de naturaleza.

Kant alude a uno de estos eventos en la naturaleza del enemigo injusto, de donde se advierte que en el terreno de las relaciones entre Estados se invierte el imperativo categórico.²³

En dicho orden, en la búsqueda de la paz perpetua el *ius cogens* como imperativo categórico, como conjunto normativo que busca asegurar el derecho a la paz, además consistiría en Kant en una lógica de relacionamiento de los Estados, que parte de la existencia de bienes jurídicos internacionales, emergente desde el derecho natural como imperativo categórico y transformador del estado natural. El *ius cogens* se establece en relación con los individuos, su legislador y soberano en el orden interno, y entre los Estados en el orden internacional para “contener a todos los pueblos de la tierra” (Kant, 1998, p. 26), y acceder a la paz. De ahí que el *ius cogens* se traduce en un componente del imperativo categórico y como realización de esta obligación de sellamiento de la unión civil.

22. Ver al respecto, Cortina (1998, p. 59).

23. Este enemigo “Es aquel cuya voluntad públicamente expresada [...] denota una máxima según la cual, si se convirtiera en regla universal, no sería posible un estado de paz entre los pueblos y tendría que perpetuarse el estado de naturaleza” (Kant, 2008, p. 189).

El concepto de bien jurídico no responde centrales discusiones en el DPI

Estas concepciones kantianas, como ya se anuncia, no permiten discernir las posibilidades jurisdiccionales de las víctimas de crímenes de Estado en la CPI, discusión que se genera en lógicas fenomenológicas y jurídicas, un tanto diferentes.

Kant concibió un sistema jurídico que consideró necesario para los momentos políticos, sociales y económicos de su época. Además, lo hizo en tal lógica de universalidad, que los escenarios que construyó se han mantenido hasta la actualidad (en términos de derecho penal). Pero nuevos entornos económicos y políticos generaron una nueva lógica: la personalidad internacional del individuo.

Se ha sostenido con acierto que el pensamiento político de Kant se fundó en la Revolución Francesa y la Independencia de los Estados Unidos. No en vano la reivindicación de los derechos individuales es el vértice tanto de estos fenómenos como del pensamiento kantiano (López, 2012). Paradójicamente, varios fenómenos propios del DPI no cabrían en estos contextos para que de allí, en específico, se pueda arribar a conclusiones en materia de la intervención de las víctimas en el sistema de la CPI. Esto por múltiples cuestiones aquí afirmadas: (i) el rechazo de Kant a los fenómenos revolucionarios y su acatamiento absoluto a la ley, sea cual fuere su contenido; (ii) el sustento de la pena judicial como derecho del Estado que emerge del concepto de estados civiles, que se impone en proporción a la maldad interna; (iii) la construcción contemporánea de bien jurídico que no podría concebirse como limitación del derecho penal.

Si bien (como emana de *Metafísica y Paz perpetua*) la paz constituye el centro del derecho, la postura actual para aproximarse a esta es diferente. Se ha intentado concebir el momento presente del DPI a partir de múltiples nociones, desde el escenario de armonización que analiza la tratadista francesa Mireille Delmas-Marty hasta el concepto de globalismo humanitario que fundado en Kelsen (y a partir de allí, en Kant), ha merecido consecuentes críticas por su pretensión de universalización, que implica en realidad un escenario de renovada hegemonía jurídica.

Desde luego, Delmas-Marty, Pieth y Sieber (2009) resaltan las dificultades que ofrece una suerte de convergencia entre universalismo y globalización, pues su tensión se traduce —entre otros— en la resistencia entre una comunidad de valores (universalismo) y un mercado económico abierto. Así, se da lugar a un fenómeno de armonización en sentido amplio, que difiere de la internacionalización en cuanto no se revela una relación horizontal entre sistemas que continuarían siendo autónomos e independientes. Esto es, la armonización en sentido amplio revelaría la superación del estadio federal al que aspiraba Kant en las relaciones entre Estados.

Por su parte, sobre las críticas de lo que se ha conocido como globalismo humanitario, estima Danilo Zolo (2002) que el globalismo jurídico reposa sobre la idea kantiana, iusnaturalista e ilustrada de la unidad moral de la especie humana. Además, se articula por Kelsen en las tesis de “unidad y objetividad del ordenamiento jurídico, la primacía del derecho internacional, el carácter “parcial” de los ordenamientos jurídicos nacionales, y las *but not least*, la necesidad de desalojar

la idea misma de soberanía”. Asimismo la acusa, con razón, de exponer una concepción racionalista y normativista del derecho, que oculta una postura filosófica que soslaya la conexión entre derecho internacional, política internacional y fuerza militar:

Y subestima la compleja interacción entre, por una parte, las estructuras normativas y, por otra, los procesos culturales y económicos. [...] En realidad, nada garantiza que una actividad judicial que aplique sanciones, aún las más severas, contra los individuos responsables de los ilícitos internacionales incida en las dimensiones macroestructurales de la guerra, es decir, que pueda actuar sobre las razones profundas de la agresividad humana, del conflicto y de la violencia armada.

[...] me propongo señalar el prejuicio etnocéntrico (europeo y occidental) de una cultura jurídica que, al tiempo que se genera dentro de un proyecto de unificación del mundo, se muestra particularmente indiferente respecto a tradiciones culturales, políticas y jurídicas distintas de la occidental (pp. 198, 200 y 201).

En realidad, el desarrollo del concepto de globalismo jurídico obedece más a criterios propios de Kelsen, que kantianos. En aquel, la posibilidad de coerción normativa constituye la condición para considerar el derecho penal como ordenamiento jurídico. Por ello, como se ha observado en otros trabajos de Gamboa (2012), resulta consecuente con la afirmación de la faceta hegemónica de la defensa de los derechos humanos. Sobre dicha cuestión, Moya (2009, p. 10) alude al fenómeno

de planetización (Theilard) en los siguientes términos:

En algunas áreas, las huellas de esa globalización demandan un esfuerzo mayor de conciencia, pero no por falta de evidencias, sino más bien porque se mira el resquebrajamiento de creencias tan caras al sentimentalismo jurídico, tenemos que decir, de antaño, como por ejemplo la idea de soberanía, el concepto de territorialidad de las leyes o la jurisdicción nacional, con temor y nostalgia semejantes a las que se experimentan cuando se piensa en la finitud de todo aquello de donde mana nuestra tranquilidad.

Y quizás una de las áreas cuyas expresiones de planetización exige mayormente nuestras conciencias, es precisamente la del Derecho Penal. Reiteramos, no porque no existan, sino por no ser siempre y en todas sus áreas, tan evidentes como en cambio sí lo son en materia económica. Ello se debe a múltiples razones, entre las cuales se advierte una cierta parcelación de los temas del Derecho Penal en perspectiva internacional.

El DPI no puede ser discernido dentro de un proceso de armonización entendida en un sentido amplio, en tanto traspasa órbitas propias del derecho internacional. El DPI, y en particular el señalado a partir del Estatuto de Roma de la CPI, obedecen a raciocinios específicos. No obstante, los conceptos de armonización del derecho penal, los de globalismo jurídico, así como el de DPI, implican trascender de la lógica de territorialidad que definía el derecho penal tradicional.²⁴ La revisión somera de algunos de los tribunales de DPI, subraya la justeza de la consideración de la

24. Arroyo Zapatero señala que la territorialidad del derecho penal moderno se transformó por la internacionalización que, a su vez, obedeció mayoritariamente al fenómeno de las guerras. Citado en Delmas-Marty, Pieth y Sieber, 2009, p. 15.

CPI como un sistema específico del DPI. En dicho orden, se ha sostenido:

En el TPIY se afianzó la territorialidad y se consideró que los crímenes internacionales eran su materia. Finalmente, esta discusión que remite a la de complementariedad, queda zanjada con análisis como los evidenciados en la Resolución 1/03 de la CIDH, esto es: (i) que los crímenes internacionales afectan principalmente al Estado y la población en cuya jurisdicción ocurrieron, pero atañen a la comunidad internacional; lo que sustenta el principio de territorialidad y, (ii) que ello depende de que el Estado tenga voluntad, recursos adecuados y suficientes para el procesamiento de estos crímenes en un escenario de respeto por el debido proceso. Estos argumentos sustentarían después la jurisdicción complementaria de la CPI, por oposición a la jurisdicción concurrente que caracterizó a los Tribunales Ad-Hoc (Gamboa, 2012a).

Así, el sistema de la CPI tiene específicas pretensiones de política penal internacional, a partir de la visión de complementariedad, eje de sus actuaciones. Estas aspiraciones, que emergen de la lógica de complementariedad, impiden considerar que el fundamento de la pena sea en exclusivo la maldad interior junto con la finalidad de imposición por el hecho de que se delinquiró, como en Kant. Al contrario, en el DPI establecido a partir del Estatuto de Roma de la CPI, la responsabilidad penal se genera mediante la selección de algunos hechos e individuos, a partir de tres ideas centrales: (i) comprensión residual: su competencia solo podrá tener lugar, entre otros, si los Estados no quisieron o no pudieron procesar y condenar apropiadamente a los responsables; (ii) el ingreso al conocimiento de la CPI se hace, ante todo, en pretensión de prevención universal; (iii) procesamiento de los más altos responsables.

Como se observa, las tres ideas anteriores son dos ejes que deben revisarse en relación con las posibilidades de las víctimas en el procedimiento de la CPI, entendido en lógica de sistema. Por una parte, discerniendo su esquema de complementariedad en relación con las actuaciones de los Estados y de los individuos. Por otra, revisando una lógica del derecho internacional, que ha tenido una particular y fascinante dimensión en su contemporaneidad: la denominada personalidad jurídica internacional de los individuos.

Conclusiones

Más que aludir a asuntos que en la actualidad podrían coincidir con algunos fundamentos del derecho internacional, Kant postuló un Derecho cosmopolita conectado con una federación de Estados independientes, que tiene como fin último la consecución de la paz, pero que se aproxima a esta como principio jurídico (comunidad pacífica universal) y, de ahí, es constitutiva de uno de los bienes jurídicos internacionales.

Se han evidenciado diversos sustentos sistémicos de derecho penal que pueden alimentar el DPI, incluso a pesar de las diferenciaciones expuestas por Kant sobre la concretización de los anhelos de relaciones entre Estados, que difieren ostensiblemente del ejercicio del derecho penal en el orden interno, esto es, respecto de los individuos.

Como fue advertido con Cortina, en Kant resulta imposible distinguir la legislación sin considerar el móvil moral (respeto a la ley). De ahí que bien puede concluirse que el *ius cogens* se trataría de una expresión del imperativo categórico moderno.

Las discusiones propias del DPI, y con mayor razón del establecido a partir del Estatuto de Roma de la CPI, no pueden observarse sin un análisis en materia de ciencia política, con mayor razón cuando se acusa al llamado globalismo humanitario de ser un novedoso escenario hegemónico, en tiempos de una particular concepción del uso de la fuerza militar.

Referencias

- Abarca, O. (2008). La paradoja kantiana de la resistencia al poder. *Revista de Ciencias Jurídicas* (115).
- Bassiouni, M. (1996). International Crimes: *Ius Cogens* and Obligatio Erga Omnes. *Law & Contemporary Problems* 59(4), 63-74.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A, n.º 18.
- Cortina, A. (1998). El contrato social como ideal del Estado de derecho. El dudoso contractualismo de I. Kant. *Estudios Políticos* (59).
- Cortina, A. (2008). Estudio preliminar. En I. Kant, *La metafísica de las costumbres*. 4 ed. Adela Cortina Orts y Jesús Connil Sancho (trads.). Madrid: Tecnos.
- Delmas-Marty, M., Pieth, M. y Sieber, U. (2009). *Los caminos de la armonización penal*. M. Morales (coord.). Valencia: Tirant Io Blanch.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Valladolid: Ed. Trotta.
- Gamboa, S. (2012). ¿Lucha de soberanías? Dimensiones hegemónica y contrahegemónica de los derechos humanos y Corte Penal Internacional. *Revista Iusta*, 37, 35-62.
- Gamboa, S. (2012a). *Colombia: dos de las excepciones al principio de la cosa juzgada en la Corte Penal Internacional*. [Tesis de maestría]. Universidad Santo Tomás. Bogotá.
- Hormazábal, H. (1992). *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho* (El objeto protegido por la norma penal). Santiago de Chile: Editorial Jurídica Cono Sur.
- Kant, I. (1998). *Sobre la paz perpetua*. 6 ed. J. Abellán (trad.). Madrid: Edit. Tecnos S. A.
- Kant, I. (2008). *La metafísica de las costumbres*. 4 ed. A. Cortina Orts y J. Connil Sancho (trad.). Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (2009). *La paz por medio del Derecho*. 2 ed. Madrid: Trotta.
- López, M. (2012). Los escritos políticos de Immanuel Kant. [En línea]. Consultado: 25 de febrero de 2012. Recuperado de: <http://www.uca.edu.sv/facultad/chn/c1170/mlopez2.html>
- Moya, M. (2009). Fundamentos teórico prácticos para un análisis crítico de las relaciones judiciales internacionales en materia penal con autoridades extranjeras. *Revista Iusta*, (30), 45-66.
- Moya, M. (2012). Kant. El primer sistematizador para el derecho penal. *Derecho Penal Contemporáneo*, (39), 81-102.
- Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución 2625 (XXV), (1970). *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*.
- Radbruch, G. (1959). *Filosofía del Derecho*. 4 ed. J. Medina Echevarría (trad.). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Radbruch, G. (1980). Arbitrariedad legal y dere-

- cho supralegal. En: *El hombre en el derecho*. A. del Campo (trad.). Buenos Aires: De Palma.
- Seiderman, I. (2001). *Hierarchy in International Law. The Human Rights Dimension*. Oxford: Intersentia.
- United Nations. (1969). *Vienna Convention on the Law of Treaties*. Done at Vienna U. N. Doc c A/CONF.39/27, 1155 U.N.T.S. 331, Vienna. Recuperado de: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf
- Werle, G. (2011). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zaffaroni, E. (1998) *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, Vol. I. Buenos Aires: Edit. Ediar.
- Zolo, D. (2002). Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36, 197-218.