

La tutela internacional de los derechos del hombre: entre intervenciones humanitarias y la jurisdicción penal internacional.

DANILO ZOLO

Universidad de Florencia

El objetivo de mi intervención es debatir tres certezas dogmáticas que caracterizan buena parte de la cultura política y jurídica occidental.

1.- Se trata, en primer lugar, de la universalidad de la doctrina de los derechos del hombre y de su anexo universalismo de principios y de valores de la tradición jurídica occidental. Pues se sostiene que, surgiendo en occidente, esta doctrina puede ser extendida y aplicada a todas las culturas y civilizaciones del planeta, en particular, al mundo islámico, a la civilización chino-confucionista, a las culturas autóctonas de África y de América. El mayor teórico de este “globalismo jurídico” de inspiración kantiana es uno de los más acreditados filósofos europeos: Jürgen Habermas.

2.- La segunda certeza dogmática es que al universalismo de los derechos del hombre corresponde el derecho y el deber de toda la comunidad internacional –de facto de las grandes potencias occidentales– de intervenir, con el uso de la fuerza, para impedir que en interior de un Estado se realicen grandes violaciones de los derechos humanos. Se sostiene que, al universalismo de los derechos del hombre, debe, coherentemente, corresponder la universalidad de las “intervenciones humanitarias”, con o sin la autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Las guerras de la OTAN en los Balcanes (la guerra de Bosnia-Herzegovina y la guerra contra Kosovo) han sido, en el curso de los años noventa del siglo pasado, un ejemplo típico de este fundamentalismo humanitario que considera superado el principio westfaliano de la no injerencia en la jurisdicción doméstica-domestic jurisdiction- de un Estado soberano. Ello legitima moral y jurídicamente el uso

de la fuerza militar para la tutela internacional de los derechos del hombre prescindiendo del consenso de las instituciones internacionales. Exponente de relieve de este “militarismo humanitario” es Michael Ignatieff.

3.- La tercera certeza dogmática es que la introducción del derecho penal en el ordenamiento internacional y, por tanto, la constitución de las Cortes penales internacionales, que juzgan a los individuos –no sólo a los Estados– por los más graves crímenes internacionales, ofrece una contribución decisiva a la tutela de los derechos del hombre y a la pacificación de las relaciones entre los pueblos. Esta tesis que surge de los primeros decenios del siglo pasado –que podría ser llamada “globalismo jurídico”– hoy es defendida por un amplísimo número de autores occidentales, R.Falk, A.Giddens, U. Beck, L.Ferrajoli, A.Cassese, totalmente de acuerdo con la enseñanza de H.Kelsen y de su pacifismo jurídico (*peace through law*).

1.- La tesis de la universalidad de la doctrina de los derechos humanos.

Es difícil no percibir la gravedad y la urgencia de los problemas a los que la doctrina del hombre trata de dar respuesta, y no compartir su inspiración moral e intenciones. Es suficiente recordar el hecho de que más de dos mil millones de personas –alrededor de la mitad de la población mundial– hoy sufren por la ausencia o la violación sistemática de los derechos fundamentales, normalmente reconocidos por un Estado de derecho occidental (lo que no significa que estén también tutelados). Las violaciones incluyen una larga serie de atrocidades y violencias: entre otras el genocidio, la tortura, las ejecuciones sumarias, la desaparición, los homicidios políticos, las violencias contra los niños, la esclavitud, las ejecuciones capitales de menores de edad y de discapacitados, el tratamiento inhumano y degradante de los detenidos, pero también, y sobre todo, la pobreza absoluta, el hambre, la guerra de agresión. Alarmante es, en particular, el dato que aparece en los documentos de las Naciones Unidas y que viene anualmente denunciado por las publicaciones de ‘Amnistía Internacional’-Amnesty Internacional-: la violación de los derechos fundamentales es un fenómeno de proporciones crecientes, que afecta a un número elevadísimo de Estados –más de 150, incluidos todos los Estados

occidentales, de un total de 190– y que no parece haberse reducido. Y no me refiero sólo a las iniciativas oficiales, sino también a la intensa actividad de las organizaciones no gubernamentales.

Parece ,pues, que sea más necesario que nunca un compromiso para contener el fenómeno, pero sin la ilusoria pretensión de poder eliminarlo. Es todavía muy dudosa la filosofía de los *Western globalists*, partidarios occidentales de la universalidad de la doctrina de los derechos humanos. A su parecer Occidente tiene hoy la misión de exportar los principios, los valores y las reglas que se han afirmado en Occidente a partir de los siglos XVI y XVII con la llegada del Estado moderno europeo y de su evolución desde el Estado de derecho , al Estado constitucional,y hasta la democracia pluralista contemporánea. Obviamente también la economía de mercado forma parte de estos “valores” a exportar al mundo entero.

La universalidad de los derechos humanos es un tema controvertido ,ante todo, en términos de filosofía del derecho y de teoría de las relaciones internacionales. La polémica no concierne al significado que la doctrina de los derechos del hombre ha tenido a lo largo de la historia política y jurídica occidental. Está fuera de discusión que esta doctrina es uno de los legados más relevantes de la gran tradición europea del liberalismo y de la democracia. El problema, sin embargo, es otro. Atañe ,por una parte, a la relación entre la antropología individualista que está debajo de esta doctrina y, por otra, a la extensa gama de civilizaciones y culturas cuyos valores son muy diversos de los europeos.

Desde este punto de vista es emblemática la polémica, que ha tenido como epicentro Singapur, Malasia o China y que ha dado lugar a la “Declaración de Bangkok” de 1993, sobre la oposición de los *Asian values* a la tendencia de Occidente de imponer a culturas orientales sus valores ético-políticos junto a la ciencia, la tecnología, la industria y la burocracia occidentales (1). Hoy las clases dirigentes de un número creciente de países del sudeste asiático están empeñadas en rescatar su propia identidad política y cultural como símbolo de valores tales como el orden, la armonía social, el respeto a la autoridad, la familia. Desde esta perspectiva , Occidente está siendo considerado como el lugar dónde los valores comunitarios sucumben bajo la presión de un liberalismo desenfrenado que afirma derechos pero no

reconoce deberes. Además la doctrina de los derechos del hombre viene acusada de fundarse en una filosofía individualista y liberal en contraposición al *ethos* comunitario y antiformalista de las tradiciones asiáticas, así como del de las antiguas culturas africanas y americanas.

Desde este punto de vista es muy significativa también la polémica que ha irrumpido en el curso de la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los derechos del hombre, que ha tenido lugar en Viena en junio de 1993. En aquella sede oficial, por primera vez desde el fin del bipolarismo, se han enfrentado dos concepciones de los derechos del hombre profundamente incompatibles entre sí. Por una parte estaba la tesis, sostenida por los países occidentales, de la universalidad e indivisibilidad de los derechos fundamentales, con el implícito reenvío a una idea de la homogeneidad cultural y moral de la “sociedad civil global” (*global city society*). De la otra estaba la posición de gran parte de los países de la América latina y de los países asiáticos, con Cuba y China en primera fila. Estos países colocaban en el centro de la temática de los derechos humanos “los derechos colectivos”, en particular el tema del desarrollo económico-social, es decir, la lucha contra la pobreza y el endeudamiento de los países del Tercer Mundo. Y denunciaban la ideología del “intervencionismo humanitario” como una nueva forma de hegemonía de los países occidentales, que intentaban sacar provecho del fin del equilibrio bipolar para imponer al resto del mundo sus valores, su sistema político y su supremacía económica. Estas tesis polémicas habían estado ya en la base de la “*Banjul Charter on Human and People’s Rights*”, aprobada en 1981 por la Organización de la Unidad Africana, en ella los derechos económico-sociales, concebidos como derechos colectivos de los pueblos, han tenido una clara preponderancia con respecto a los derechos civiles y políticos de los individuos (2).

Por tanto está claro que la universalidad de los derechos del hombre no puede ser dada por cierta. Únicamente podría ser sostenida desde la base de una “construcción” filosófica que argumentase ,de manera aplastante, la inherencia de los derechos del hombre a la naturaleza (o a la racionalidad) humana como tal, independientemente del particular contexto cultural que ha caracterizado su nacimiento en Europa. Jürgen Habermas ha negado ,precisamente, que la doctrina de los derechos del hombre, no obstante fruto

de la racionalidad occidental, pueda ser propuesta a todos los hombres sin correr el riesgo del imperialismo cultural. Para Habermas la teoría de los derechos fundamentales corresponde a un núcleo de intuiciones morales que es común a las grandes religiones universalistas del planeta. Presentándose “acorde a la sustancia normativa de las grandes doctrinas proféticas y de las interpretaciones metafísicas afirmadas en la historia universal”.(3).

Según Habermas se puede, sin rodeos, hablar de universalidad pragmática de la teoría de los derechos del hombre. Consistiría ella en el hecho de que sus standard normativos responden a una exigencia que todas las culturas hoy admiten: la de responder a los desafíos de la modernidad y de la creciente complejidad social que genera. En este sentido, el derecho moderno occidental, con sus normas coercitivas pero también garantes de la libertad individual, sería un aparato normativo técnicamente universal y no la expresión de una particular tradición cultural.

Paradójicamente, ha sido el propio Kelsen, no obstante sus convicciones cosmopolitas, quien sostuvo que la doctrina de los derechos del hombre está ligada a una filosofía europea muy controvertida: la concepción teológico-metafísica del iusnaturalismo que pretende definir las cualidades morales de los seres humanos deduciéndolas de la naturaleza objetiva de las cosas o de su intrínseca racionalidad (4). Norberto Bobbio ha añadido que esta filosofía está caracterizada por una doble forma de racionalismo ético. Por un lado, presume que existen “fundamentos absolutos” de proposiciones normativas –es la clásica falacia naturalista criticada por Hume– y ,por otro, hace depender la obligatoriedad de los derechos de su supuesto fundamento. En realidad los derechos del hombre, sobre todo entendidos en la acepción amplísima que ha prevalecido en el léxico internacional, no pueden jactarse de ningún fundamento absoluto y unitario; al menos en función de las antinomias que contraponen entre sí las diversas categorías de los derechos incluidos en los heterogéneos e imprecisos catálogos de los documentos internacionales (5). Los derechos de adquisición (la propiedad privada, por ejemplo) se oponen a los derechos de consumo, los derechos de libertad son notablemente incompatibles con los derechos económico-sociales y con las demandas de la seguridad pública, los derechos individuales se enfrentan (están en tensión) a

los derechos colectivos, inclusive al derecho de autodeterminación de los pueblos.

En realidad, como cualquier otro derecho, los “derechos del hombre” no tienen fundamento sino en los sucesos históricos de los que han surgido y en las aspiraciones de las fuerzas políticas y sociales que, generalmente en el curso de duros conflictos, han combatido por su conquista y afirmación. Y estos sucesos son exclusivamente europeos o, todo lo más, occidentales. No puede, por tanto, sorprender que la concepción de los derechos humanos del hombre que ha logrado prevalecer en la formulación de la *Declaración Universal* sea una concepción esencialmente occidental, y esté, efectivamente, impregnada de la filosofía política del individualismo, del liberalismo y del formalismo jurídico, no obstante algunos compromisos impuestos por los países socialistas y latino-americanos. Y ésto vale en gran medida también para los sucesivos documentos –los únicos dotados de disposiciones normativas– como el “Pacto sobre los derechos civiles y políticos” y el “Pacto sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, ambos aprobados en 1966, y que, sin embargo, han contrariado principalmente a los países del Tercer Mundo, presentes en el seno de las Naciones Unidas, y recientemente liberados de la dominación colonial (6).

El carácter universal de los “derechos del hombre” es, por tanto, un postulado dogmático no sólo sin confirmación en el terreno teórico, sino que también ha sido contestado históricamente por aquellas culturas diferentes de la occidental. La contestación ha asumido, sobre todo, la forma de la resistencia, a la que Hedley Bull ha dado el nombre de *revolt against the West*, contra la ideología occidental de la “intervención humanitaria”: una ideología en perfecta continuidad con la tradición misionera y colonizadora de las potencias occidentales que se remonta, como mínimo, a principios del s.XIX, al tiempo de las intervenciones armadas de los europeos en el Imperio Otomano y en Siria –y a la de los norteamericanos en Cuba– para apoyar minorías en conflicto con los propios gobiernos (7).

En la visión individualista y liberal de Occidente los “derechos del hombre” son prótesis normativas que sirven como tutela de la libertad personal, de los bienes individuales y de la *privacy* contra la interferencia de los otros sujetos, de las instituciones sociales y, sobre todo, de las autoridades políticas. Este

concepto de libertad es totalmente ajeno a la cultura islámica, incluso a la no “integrista”, profundamente caracterizada como está por un sentimiento religioso de pertenencia a la comunidad, con la que el individuo se identifica no reivindicando derechos sino cumpliendo deberes, es decir, siguiendo escrupulosamente reglas colectivas de comportamiento político-religioso (8). Otro tanto puede decirse de la tradición confuciana china, que sobrevivió indemne a la violenta importación de la Europa de verbo marxista; la vida social está constituida según la ética confuciana, por relaciones jerárquicas y, de cualquier forma, fuertemente asimétricas que se fundan sobre vínculos recíprocos de mutua colaboración y obligación, no sobre derechos y deberes paritarios y contrapuestos. Como es sabido la misma noción de “derecho” es extraña a la semántica de la lengua china hasta el punto que, como ha recordado Chung-Shu Lo, para representar la idea de derecho, en sentido subjetivo, los primeros traductores de obras políticas occidentales debieron acuñar, hacia finales del siglo pasado, un nuevo lema, *chuan-li*, que significa literalmente “poder e interés”. En la tradición confuciano-menciana no es la idea de derecho individual la dominante sino que la existente, en su lugar, es la de “relación social fundamental” (soberano-súbdito, padres-hijos, marido-mujer, primogénito-segundo hijo, amigo-amigo).

El mismo comportamiento de conflicto entre las partes de una controversia judicial es extraño a la cultura confuciana (9). A la desesperada competencia entre individuos en el intento de “obtener la razón” y de ganar la causa, prevaleciendo sobre el adversario –comportamiento característico del formalismo jurídico occidental–, la finalidad del “procedimiento” en la tradición confuciana es la conciliación a través de prácticas de compromiso y de mediación. F.Jullien ha sostenido sin rodeos que en la cultura china, entre las exigencias de la moral y el imperativo del poder, no existe una mediación del derecho que esté basada sobre reglas generales y abstractas y siga procedimientos burocráticos preestablecidos (10). La solución transaccional de las controversias se funda sobre la personalización de cada caso singular, no sobre su despersonalización formalista.

Rebus sic stantibus es, por tanto, muy alto el riesgo que el proyecto universalista, implícito en la doctrina y en la política occidental de los derechos del hombre, realiza de facto –y así es percibido– como un aspecto de aquel

proceso del “occidentalización del mundo”, que hoy se extiende a las civilizaciones y las culturas tecnológica y económicamente más débiles privándolas de su identidad y dignidad. Y esta sospecha pesa también sobre las políticas internacionales de “ingerencia humanitaria”, de las que las potencias occidentales, dominadas por los EEUU, han ofrecido pruebas desastrosas: desde Somalia, a Ruanda, a Haití, a Bosnia Herzegovina, a Kosovo.

2.-La universalidad de la guerra humanitaria.

Desde los años sesenta del siglo pasado, varias instituciones internacionales habían sostenido el principio de la “intervención humanitaria” como derecho a la intervención de la comunidad internacional dentro de las fronteras de un Estado para verificar una eventual violación de los derechos del hombre y para llevar auxilio a las poblaciones maltratadas. En los EEUU, en el periodo de la presidencia Carter, el argumento de la defensa de los derechos del hombre había sido, oficialmente, propuesto como un motivo jurídicamente legítimo de interferencia en los asuntos internos de un Estado. (11). Pero es en los años noventa del siglo XX dónde la perspectiva de la ingerencia humanitaria ha llegado a ser el elemento clave de la estrategia estadounidense del *new world order*, y ha progresado en sus crecientes pretensiones de legitimidad ética y jurídica.

La propuesta teórica subliminal al intervencionismo humanitario es que la tutela internacional de los derechos del hombre debe ser considerada un principio de carácter prioritario respecto a la soberanía de los Estados y al objetivo mismo de la tutela de la paz y del orden mundial. La “soberanía externa” de un Estado –así como su “soberanía interna”, ejercida en relación a los propios ciudadanos– no puede ser considerada una prerrogativa absoluta e ilimitada, tanto más en el contexto de una sociedad planetaria en la que los procesos de integración global la hacen cada vez más conexas y cargadas de interdependencias funcionales. Cuando un gobierno viola los derechos fundamentales de sus ciudadanos o comete crímenes contra la humanidad, la comunidad internacional tiene la obligación y el derecho de intervenir: la considerada *collective international responsibility to protect*. El mantenimiento

del orden internacional exige que un nivel mínimo de respeto de los derechos del hombre sea impuesto, eventualmente por el uso de la fuerza, a todos los Estados del planeta. Y sanciones severas deben ser, por tanto, previstas contra los Estados, que son responsables de persecuciones de las minorías religiosas, raciales o étnicas, de crímenes de guerra, de asesinatos o violaciones en masa, de verdaderos y auténticos genocidios.

En la escena de las propuestas estratégicas del *new world order* y a la luz de la doctrina de los derechos del hombre, la praxis del *humanitarian interventionism* se afirma rápidamente en el curso del último decenio del siglo por obra de las potencias occidentales y por impulso, sobre todo, de EEUU y de Gran Bretaña. Esta estrategia trata de confirmarse en la fase inmediatamente sucesiva a la Guerra del Golfo de 1991, gracias al activismo del gobierno estadounidense y del británico, que, con el tácito consenso de las Naciones Unidas, se empeñan en “intervenciones humanitarias”, tanto en el Irak septentrional como en el meridional.

Sucesivamente, en el trienio 1992-94, la política de los intervenciones humanitarias se ha impuesto mas allá de cualquier referencia normativa, incluida la Carta de las Naciones Unidas. La intervención de los EE.UU. y alguna otra potencia en Somalia, inicialmente motivada por la necesidad de garantizar la llegada de ayudas alimenticias y sanitarias, se ha transformado rápidamente en un sangriento conflicto militar y cuyos objetivos se alejan, cada vez más, de las finalidades institucionales de las Naciones Unidas, llegando posiblemente, a coincidir con los intereses de algunas potentes compañías petrolíferas. Por otro lado, inciertas y trágicamente controvertidas han sido, durante mucho tiempo, las perspectivas de una análoga intervención “humanitaria” en los territorios de la ex -Yugoslavia. Al final, la tarea de intervención es de hecho asumida por las fuerzas de la Nato (OTAN), como si esta organización, hija de la guerra fría, fuese ya una expresión militar de las Naciones Unidas y no una estructura política militar formalmente organizada para la defensa de intereses occidentales mas o menos legítimos.

La guerra de Kosovo de 1999 ha consagrado definitivamente la praxis del intervencionismo humanitario, asumiendo, de manera aun más explícita, la justificación humanitaria como “justa causa” de una guerra de agresión. En este caso, se ha considerado que el uso de la fuerza internacional por motivos

humanitarios sería legítimo no solamente en oposición al principio de no injerencia en la *domestic jurisdiction* de un Estado Soberano, sino también en contra de la Carta de las NN.UU, en contra de los principios del estatuto y de la sentencia del Tribunal de Nuremberg, más allá del derecho internacional público. (12).

La propuesta teórica que está en la base de la doctrina del intervencionismo humanitario, como mencioné, es la de que la tutela de los derechos del hombre debe ser considerada un principio del ordenamiento internacional de carácter prioritario respecto de la soberanía de los Estados. Tanto en el terreno institucional, como en el propiamente jurídico, se trata de sustituir el fin del mantenimiento de la paz, que es el punto central de la Carta de las NN.UU, por el objetivo “humanitario” de la defensa de los derechos del hombre. Pero mientras la finalidad del mantenimiento de la paz y del orden internacional es totalmente compatible con el principio específico de la soberanía de los Estados Nacionales, la finalidad humanitaria tiende, por el contrario, a negar radicalmente la soberanía de los Estados en nombre de una concepción universalista –cosmopolita– del derecho y de las instituciones internacionales. La ideología humanitaria, si se toma mínimamente en serio, exige que el ordenamiento internacional vigente, hoy centrado sobre el particularismo de las relaciones intergubernativas, se transforme en un *global humanitarian regime*. Implica, como objetivo final, una especie de *civitas maxima* políticamente unificada y que, como propone kantianamente Jürgen Habermas, sea dirigida por un derecho cosmopolita “(*Weltbürgerrecht*) que atribuya la subjetividad del derecho internacional a todos los individuos humanos y nunca más a los Estados o solamente a los Estados (13).

Ésta es, exactamente, la tesis mantenida en las *Tanner Lectures* de Michael Ignatieff, en las que dedica muchas páginas al tema de la tutela coercitiva de los derechos del hombre con referencia, en particular, al uso de la fuerza militar con fines humanitarios. Para Ignatieff, es suficientemente obvio que cuando un Estado (no occidental) pone en peligro la vida de sus ciudadanos violando sus derechos fundamentales, su soberanía no puede ser respetada (por las potencias occidentales). La llamada “comunidad internacional” tendría el deber de intervenir aplicando sanciones, y, en los casos más graves, usando el instrumento militar: “cuando es necesario

enfrentarse a personajes como Hitler, Stalin, Saddam Hussein o Pol Pot –escribe categóricamente Ignatieff– ninguna solución diplomática pacífica es posible” (15). La guerra, por tanto, –incluso la “guerra humanitaria” decidida ilegalmente por la OTAN contra la República federal yugoslava–, sería una guerra legítima, éticamente no censurable, porque tiene como motivación la tutela de los derechos del hombre. Es, por definición, una “guerra justa” porque no tiene una finalidad de conquista territorial, ni de una definitiva supresión de la soberanía de un Estado. Los países occidentales comprometidos en intervenciones humanitarias en un determinado país –sostiene Ignatieff, olvidando las bases militares que los EEUU han construido en los países “socorridos” por razones humanitarias, empezando por Kosovo –han usado siempre la fuerza de las armas para llevar paz, democracia y estabilidad y, después, se han retirado rápidamente (16).

Sorprende que Ignatieff no considere dedicar ni una sola línea al tema de la compatibilidad del uso de las armas de exterminio con la finalidad de protección de los derechos fundamentales de los individuos humanos. Y, por el contrario, es necesario preguntarse si la guerra moderna, con sus instrumentos de destrucción de masas puede ser usada coherentemente por instituciones internacionales –o de alianzas militares como la OTAN– que se atribuyen el deber de proteger valores universales como los derechos del hombre. Nos encontramos aquí delante de una evidente aporía: sostener que todos los individuos son sujetos del ordenamiento internacional y son, por tanto, titulares de derechos inviolables e inalienables significa atribuirles, ante todo, el derecho a la vida, reconocido por el artículo 3 de la *Declaración universal de los derechos del hombre*, de 1948. En segundo lugar, significa reconocerles, como obliga todavía la *Declaración universal*, los derechos fundamentales del *habeas corpus*: nadie puede ser sometido a tratamientos hostiles que impliquen una lesión de su identidad física, de su libertad, de sus relaciones afectivas y de sus bienes, sino como consecuencia de la comprobación de que sus comportamientos son conscientemente contrarios a la ley penal. Y esta verificación exige que sean adoptados los procedimientos judiciales “en un justo y público debate, delante de un tribunal independiente e imparcial”.

La legitimación de la “guerra humanitaria” equivale a una contradictoria negación de todos estos principios. En el caso de la guerra de Kosovo, por

ejemplo, la pena de muerte ha sido aplicada de hecho a millares de ciudadanos yugoslavos, prescindiendo de cualquier investigación sobre sus responsabilidades personales. Ignatieff ni siquiera analiza el problema de si, en nombre de la (pretendida) tutela de los derechos fundamentales de algunos individuos, sea lícito sacrificar la vida, la integridad física, los bienes, los afectos, los valores de (millares de) personas inocentes, como ha sucedido, en particular, en la guerra de Kosovo. Ni se pregunta cual pueda ser la autoridad neutral e imparcial –la autoridad universal, como universales ellos pretenden que sean los derechos del hombre– investida de autoridad moral, antes incluso que política, que decida el sacrificio de personas inocentes.

Ignatieff olvida, por fin, –y es un olvido imperdonable en un teórico fervoroso de la “libertad negativa”– que la guerra moderna es la más radical negación de los derechos de los individuos, comenzando por el derecho a la vida. La guerra moderna, regida por armas de destrucción de masas cada vez más sofisticadas y mortales, es una realidad incompatible con las categorías de la ética y del derecho. Ella tiene, por su propia naturaleza, la función de destruir –sin proporciones, sin discriminación y sin medida– la vida, los bienes, los derechos de las personas, prescindiendo de una consideración sobre sus comportamientos responsables. Ella es, sustancialmente, la ejecución de una pena capital colectiva sobre la base de una presunción de responsabilidad penal de todos los ciudadanos de un Estado. Desde el punto de vista de sus consecuencias la guerra moderna no es, por tanto, fácilmente distinguible del terrorismo. Y está claro que estos argumentos son aún más incisivos si vienen contrapuestos a los partidarios de la universalidad de los derechos del hombre.

Paradójicamente, la única preocupación de Ignatieff es que el uso” humanitario “de la guerra sea oportuno, eficaz, coherente y no tardío y parcial, como –ellos sostienen– ha sucedido en Ruanda, en Bosnia y en Kosovo. Es necesario, por tanto, que el uso humanitario de la fuerza militar no esté condicionado por los intereses político-estratégicos de las grandes potencias, que ni siquiera esté subordinado a la tutela de la paz internacional. Por este motivo es necesario, según su punto de vista, que las Naciones Unidas, sean reformadas, de manera que el Consejo de Seguridad sea autorizado para usar sistemáticamente la fuerza con fines humanitarios, y no sólo para la tutela de la paz y el orden internacional. De esta forma, la coincidencia entre la

universalidad de los derechos y la universalidad de las intervenciones armadas para su protección ,refundaría como totalmente legítimas, e igualmente victoriosas, las “guerras humanitarias”.Se evitaría así que “coaliciones de voluntarios”, conducidos por los EEUU fuesen moralmente obligados a utilizar la fuerza sin tener en cuenta la autoridad de las Naciones Unidas, lo que acaba desacreditándola.

El universalismo ético-jurídico de Ignatieff tiende, como todo universalismo, hacia la intolerancia, la agresividad, la negación de la diversidad cultural y de la complejidad del mundo. Es una tendencia análoga al “fundamentalismo humanitario” que hoy sostiene las estrategias hegemónicas de los EEUU y de sus aliados europeos, y que provoca en todo el mundo la réplica sangrienta del *global terrorism*, incluido el terrorismo suicida. Nada es más dogmático (y trágicamente ingenuo) que la apología de la guerra de agresión, conducida por las potencias occidentales, en nombre de los derechos del hombre.

No existen dudas de que actualmente sea necesaria una tutela internacional –y no sólo nacional– de los derechos subjetivos, aunque sea ilusorio pensar que sea posible construir una especie de Estado cosmopolita, que trascienda las estructuras de los Estados nacionales. El problema es hacer compatibles las intervenciones transnacionales para la tutela de los derechos subjetivos con la diversidad de las culturas, con la identidad y la dignidad de los pueblos, con la integridad de las estructuras jurídico-políticas de las que se han dotado libremente. En esta perspectiva, no puede ser más que firmemente rechazada la ambición de algunas potencias o alianzas militares como la OTAN, de erigirse en patente violación del derecho internacional, en gendarmes universales de los derechos del hombre. Y merece ser denunciada como una auténtica impostura el recurso que hacen a la motivación humanitaria para justificar, tanto sus guerras de agresión, como la creación de tribunales penales internacionales *ad hoc*, actuantes bajo su estricta dependencia.

3.- La jurisdicción penal internacional.

En la última década del siglo pasado, la comunidad internacional ha dado vida a varias formas de jurisdicción penal internacional con la intención de favorecer procesos de pacificación y de transición política en situaciones caracterizadas por una dilatada violación de los derechos del hombre y por conflictos armados entre grupos étnico- religiosos. De esta forma ha sido relanzada, después de cerca de cuarenta años, una experiencia que con los tribunales de Nuremberg y de Tokio, al final de la segunda guerra mundial, había dado resultados tan llamativos ,como discutidos y controvertidos.

Esta tendencia a usar los Tribunales Penales Internacionales no se ha limitado, solamente, a la institución de dos tribunales *ad hoc* –para la ex-Yugoslavia y para Ruanda– y en la institución del Tribunal Penal Internacional (ICC), con una competencia universal y permanente. Paralelamente al nacimiento de estos tribunales,se ha asistido a la proliferación de instancias jurisdiccionales “mixtas”- en Camboya, en Sierra Leona, en Kosovo, en Timor-Este- en las que los tribunales están compuestos conjuntamente por jueces internacionales y nacionales y ,en los que juntamente con el derecho penal internacional,son aplicados ,también, los ordenamientos penales internos.(17)

Más allá de todo ésto,tanto en los casos de la creación de tribunales internacionales *ad hoc*,como en los casos de jurisdicción “mixta” –en Sierra Leona por ejemplo–, han sido experimentados, por iniciativa y con el apoyo de los gobiernos nacionales, procedimientos de resolución de conflictos alternativos o complementarios respecto al proceso penal. Particularmente conocida y estudiada es la experiencia de pacificación no judicial de las *Truth and Reconciliation Commissions de África del Sur* (18), como también aquella de la justicia Gacaca en Ruanda (19).

Para la mayoría de los observadores, entre ellos Jürgen Habermas, Ulrich Beck, Michael Ignatieff, Antonio Cassese, el rápido e imponente desarrollo de la justicia penal internacional es un fenómeno altamente positivo. Es una señal de que el ordenamiento internacional se está adaptando con rapidez, a un escenario siempre más “global”, en el que declinan las soberanías estatales, se multiplican los nuevos sujetos del ordenamiento y está en vías de superación el principio grociano y westfaliano de la exclusión de los individuos como sujetos de derecho internacional. En esta coyuntura, la justicia penal internacional se presenta como una réplica pertinente a la difusión, después del fin de la guerra

fría, de fenómenos de conflictividad étnica, de nacionalismo virulento y de fundamentalismo religioso que comportan grandes y graves violaciones de los derechos humanos.

Respecto a los tribunales nacionales, se sostiene que los tribunales penales internacionales pueden garantizar, de manera más eficaz la represión de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad. Esto sucede, porque los tribunales internos son muy poco partidarios de perseguir crímenes que no presenten conexiones relevantes, territoriales o nacionales con el estado al cual pertenecen. Además de ésto, los tribunales internacionales serían técnicamente bastante más competentes que los internos en probar e interpretar el derecho internacional, en juzgar los crímenes, desde un punto de vista imparcial y universal, y en garantizar standard (patrones) judiciales uniformes.

Además, los procesos internacionales, gozando de una visibilidad muy superior en los medios de comunicación de masas, expresarían con mayor eficacia la voluntad de la comunidad internacional de castigar a los sujetos responsables de graves crímenes internacionales y atribuirían más claramente a las penas infligidas una función de pública reprobación de los condenados.

Tales valoraciones optimistas suscitan, por mi parte, muchas perplejidades. El estatuto normativo de la justicia penal internacional permanece incierto y confuso. Lo es, particularmente, bajo el perfil de la filosofía de la pena y de la ejecución penal que inspira a fiscales y jueces en el desempeño de sus funciones acusatorias y punitivas. ¿Qué finalidad debe tener la sanción penal internacional? ¿Debe ser un castigo ejemplar capaz de un fuerte efecto pedagógico? ¿Debe, como cualquier otra forma de venganza, tener un significado retributivo? ¿O, por el contrario, debe ser infligida en conformidad con la peligrosidad social del reo en el contexto de las estructuras políticas, económicas y sociales, dentro de las que se ha formado su personalidad? ¿El reo debe ser socialmente aislado y estigmatizado, o, por el contrario, la pena carcelaria debe contemplar la resocialización y la “reeducación” del condenado? .

Y todavía se puede preguntar si el tribunal internacional debe juzgar según un ideal código internacional, válido para todos los hombres, usando criterios de rígida aplicación literal de las normas en nombre del “gobierno de la

ley". O bien, si ,por el contrario, debe reconocerse el valor del "gobierno de los hombres", no olvidando que el problema más delicado de cada jurisdicción es la "justicia del caso singular" y, así cual sea en efecto, el "juicio de equidad" que adecua la sentencia penal a la peculiaridad de cada comportamiento desviado individual. En este segundo caso, es evidente, que la pena y su expiación deben estar en estrecha relación con el ambiente social y la cultura específica en el seno de los que el comportamiento considerado desviado se ha verificado.

Se trata de cuestiones, en ningún modo marginales, si es verdad que la definición de la cualidad de la sanción penal es central para la determinación del sentido y de las finalidades de una jurisdicción penal (20). La insuficiencia de una reflexión teórica sobre el tema crucial del significado y de la cualidad de la pena corre el riesgo de tener como consecuencia una elaboración incoherente de los "principios generales" del derecho penal internacional (21). Y esta insuficiencia puede generar a su vez, incertidumbre y confusión tanto en la interpretación de las normas, como en el amplio fenómeno de producción jurisdiccional del derecho sustantivo y procedimental que hoy caracteriza a la justicia penal internacional (22). El éxito final puede ser la emanación de sentencias incoherentes e incongruentes respecto a los fines de la jurisdicción. Ralph Henham (23) ha denunciado con fuerza sobre la base de un cuidadoso análisis de las motivaciones de las sentencias de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, la oscuridad conceptual y la confusión (*obfuscation and confusion*) de las finalidades atribuidas por los jueces a las sanciones que ellos dictan (24).

Esta carencia de reflexión teórica es aún más preocupante porque los jueces penales internacionales actúan más allá y fuera de los contextos sociales, culturales y económicos dentro de los cuales han vivido los sujetos sometidos a su juicio. A menudo, ignoran totalmente el ordenamiento jurídico, la historia y la cultura –además de la lengua– de los países de los que vienen sus imputados. Ellos tienden a "descontextualizar" el comportamiento desviado (25) y a sancionarlo sin dar ninguna importancia tanto a sus raíces sociales, como al ambiente social destinado a acoger al condenado después de la expiación de la pena.

A pesar de esto, a partir de la experiencia del tribunal de Nuremberg, se ha ido afirmando en la cultura jurídica occidental una visión simplificada de la relación entre el ejercicio internacional del poder judicial, tutela de los derechos del hombre y procesos de pacificación. Esto ha sucedido en nombre de un optimismo penal que ha aplicado al ámbito internacional modelos de justicia punitiva y penitenciaria mecánicamente deducidos de la experiencia nacional de los países occidentales, no obstante los numerosos interrogantes, que en relación a tales modelos la reflexión penológica y criminológica occidental ha suscitado en el curso del siglo XX (26). Hay quien ha hablado, quizá no sin razón, de fetichismo y etnocentrismo penal y penitenciario, y ha rechazado la idea de que la reacción judicial a la violación de los derechos y a la explosión de conflictos pueda ser considerada como “el paradigma exclusivo de la reacción social” (27).

Para los tribunales penales internacionales *ad hoc* “hacer justicia” debería significar también, sino sobre todo, cooperar a la pacificación de las poblaciones implicadas en las atrocidades y las devastaciones de la guerra. En este sentido, son numerosas las declaraciones de los presidentes de los dos tribunales, los discursos de acusación de los fiscales generales y las motivaciones de las sentencias que se refieren a las resoluciones del Consejo de Seguridad para reafirmar la estrecha conexión entre represión penal y proceso de pacificación. Se sostiene que acabar con la impunidad de los responsables de graves violaciones de derechos humanitarios a través de condenas “ejemplares” y “retributivas”, significa favorecer la reconciliación nacional y el retorno de la paz. Es preciso subrayar que “poner fin a la impunidad”, “ejemplaridad y retribución de las condenas”, “reconciliación nacional” son expresiones recurrentes en estos documentos (28). Presidentes, fiscales y jueces parecen asumir como un axioma autoevidente que una punición ejemplar de los crímenes cometidos por los exponentes de una o de ambas partes en conflicto pueda ofrecer una contribución decisiva a la pacificación.

La ejemplaridad de las sanciones, en particular, ha sido exaltada como una importante característica de la justicia penal internacional. La ejemplaridad de las condenas es entendida como una de las pruebas de la superior imparcialidad, y austeridad moral de la instancia judicial. De la ejemplaridad se

deduce también la eficacia pedagógica de las sentencias de condena. Cherif Bassiouni, por ejemplo, ha sostenido que el deber de las jurisdicciones penales internacionales es “aplicar una justicia ejemplar y retributiva” para “reforzar los valores sociales y la rectitud individual, educar a las generaciones presentes y futuras, desalentar y prevenir otros crímenes” (29). De hecho el Tribunal de la Haya ha infligido sanciones ejemplares tanto por su severidad aflictiva (han sido aplicadas condenas, muchas veces, próximas a las 50 años, además de la pena de cadena perpetua), como por la solemne formalidad de los procedimientos(de los rituales), como por el relieve y espectacularidad de la comunicación mediática .

Obviamente, contra este tipo de estrategias y de retórica penológica se podría observar que la ejemplaridad es un atributo de la condena penal, característico de los sistemas premodernos. En ellos, en lugar de la igualdad de los sujetos delante de la ley penal, valía el criterio paternalista-pedagógico – pensemos en el tema foucaultiano del “esplendor del suplicio”– de la ejecución (pública) de la condena como manifestación de poder y reforzamiento de los sentimientos populares de dependencia jerárquica (30). Y se podría evocar ,también,la literatura que en la segunda mitad del siglo pasado ha representado el proceso penal como un ritual de degradación del imputado, como una ceremonia colectiva de estigmatización simbólica de su figura, usada como instrumento de confirmación de los prejuicios religiosos y morales compartidos por la mayoría del grupo social (31). Tales elementos no deberían tener nada que ver con procesos de reconciliación social fundado sobre la deconstrucción colectiva de los acontecimientos históricos del conflicto, sobre el compromiso(pacto) político y sobre el proyecto constitucional como “rituales de pacificación” dialógicos y racionales, aspirantes a la reconstrucción de la identidad cultural y política de un país entero.

En cuanto a la eficacia pedagógica-disuasiva de la “ejemplaridad” de una condena penal internacional es suficiente recordar,como un precedente significativo ,el hecho de que la opinión pública japonesa ha percibido el proceso de Tokio como una parodia judicial para satisfacer el deseo de venganza de los EEUU respecto del ataque de Pearl Harbor. Quizá pocos recuerdan que, a partir de 1978, a los siete ciudadanos japoneses ajusticiados

por el Tribunal de Tokio se les tributa en el templo de Yasukum los honores reservados a los mártires de la patria japonesa.

Herbert Henham ha defendido la tesis de que las sentencias de condena emitidas, hasta el momento, por los tribunales internacionales *ad hoc* se inspiran en el paradigma de la función retributiva de la pena (32). Y a este propósito es oportuno observar que el modelo retributivo de la pena es uno de los más antiguos, puesto que se remonta a la tradición bíblica y ha sido elaborado en su forma más característica por la teoría católica medieval. Este tipo de justicia punitiva y penalista considera los comportamientos desviados como violaciones de un orden objetivo. Punir y expiar significa restaurar el equilibrio ontológico ofendido por el comportamiento inmoral o ilegal. El sufrimiento impuesto al desviado posee, al mismo tiempo, tanto un valor penitenciario –con efectos de redención y purificación subjetiva– como un valor de indemnización.

La ciencia penal moderna, a partir de la segunda mitad del siglo S.XVIII, se ha liberado gradualmente de este arquetipo penal y penitenciario y abrazó una idea secularizada de la sanción penal. Se ha afirmado el paradigma laico de la defensa social y de la resocialización del reo. La sanción penal tiene la función de neutralizar la peligrosidad del sujeto desviado y de reintroducirlo en el grupo después de haberlo “reeducado” para la disciplina social y haberlo vuelto inofensivo. Por el contrario, el carácter puramente retributivo de la pena internacional excluye la finalidad de la reinserción social, contradice la idea de las medidas alternativas a la cárcel, rechaza la propia noción de flexibilidad de la ejecución penal y no prevé ninguna actividad de resocialización del detenido. La sanción – sea la pena de muerte, la cadena perpetua o el encarcelamiento por tiempo determinado – posee un valor exclusivamente penal afflictivo. Cuando no aplica la sanción capital, absolutiza la cárcel como lugar de custodia y de aflicción y la descontextualiza en cuanto instrumento de exclusión y de aislamiento del reo, de su irreversible y ejemplar estigmatización (33).

La jurisdicción penal internacional no parece por tanto conseguir desarrollar aquella función de “justicia de transición” para la que ha sido formalmente institucionalizada. En determinadas circunstancias – ello se ha visto tanto en Yugoslavia como en Ruanda – la justicia punitiva de los tribunales internacionales *ad hoc*, inspirada en los criterios de ejemplaridad y

de retribución de las penas, puede directamente tener efectos opuestos a aquellos auspiciados. Este tipo de sanciones puede reforzar simbólicamente los sentimientos de hostilidad, estimular tendencias vengativas y de exclusión en lugar de erradicar el crimen, porque no demanda a las partes antagónicas ir hacia formas de composición y de mediación que se dirijan a la reconstrucción del tejido social y de la solidaridad civil. En lugar de favorecer una reelaboración interactiva de los lutos y de los sufrimientos súbitos, estas intervenciones punitivas pueden conducir a una difusa y obsesiva búsqueda de reparaciones, de resarcimientos y de castigo ejemplare.

Dicho todo ésto, no sería sin embargo correcto negar en absoluto, que el ejercicio de la justicia penal como conclusión de una guerra civil, como ha sostenido Otto Kirchheimer, pueda desarrollar una función de limitación (y de autolimitación) del poder político, como alternativa tanto a la amnistía general – en muchos casos impracticable – como a las depuraciones sumarias, a la supresión física de los adversarios, a la venganza generalizada y a la reanudación de las hostilidades (34). Y personalmente no pretendo absolutizar los rituales de pacificación no judicial o recomendar, moralmente y retóricamente, la virtud del perdón. En realidad, no existen, en mi opinión, unos instrumentos que puedan ser privilegiados en absoluto frente a la exclusión de otros, y que sirvan para aplicar en todos los casos posibles.

Mi opinión, inspirada en una aproximación pluriculturalista y anticosmopolita, es que no existen modelos válidos universalmente y que la respuesta penal internacional no puede ser asumida absolutamente como modelo exclusivo, ni siquiera en la forma del Tribunal Penal Internacional de reciente constitución. Cada país debe ser dejado en libertad para seguir su propia vocación hacia la paz y la democracia conforme a su universo de valores, su historia, sus condiciones políticas y económicas, sus tradiciones normativas y penales. El punto decisivo es que lo pueda realizar en plena autonomía política, sin tener que depender de la voluntad de las grandes potencias que hegemonizan el planeta y que han hegemonizado ampliamente también los *Tribunales ad hoc*: en particular el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ha actuado bajo la estricta dependencia de las autoridades políticas y militares de la OTAN, es decir, en la práctica, de los EEUU. Y de absoluta autonomía y soberanía deben gozar las autoridades

jurídicas del país. Un espacio adecuado debería ser atribuido a los rituales de pacificación no judicial o semijudicial, enraizados en las tradiciones autóctonas. En este sentido, también los órganos de la jurisdicción penal internacional deberían alcanzar el más alto nivel posible de contextualización y de inserción cultural y normativa en el proceso de transición, en lugar de juzgar desde lo alto de un tribunal supremo de moralidad y de legalidad – situada inevitablemente en Europa del Norte o en América del Norte – desde el que hacer caer sobre los comunes mortales sus veredictos inapelables.

Notas bibliográficas.

¹ Sobre el tema ver M.C. Davis (a cargo de), *Human Rights and Chinese Values. Legal, Philosophical and Political Perspectives*, Columbia University Press, New York 1995; W.T. de Bary, T. Weiming (a cargo de), *Confucianism and Human Rights*, Columbia University Press, New York 1998, E. Vitale, 'Valori asiatici' e diritti umani, "Teoria politica", 15 (1999), 2-3, pp. 313-24.

² Cfr. H. Bull, *The Revolt Against the West*, in H. Bull, A. Watson (a cargo de), *The Expansion of International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 217-28; H. Bull, *The Concept of Justice in International Relations*, The Hagey Lectures, Waterloo (Ont.), University of Waterloo, 1984.

³ Cfr. J. Habermas, *Vergangenheit als Zukunft*, Pendo Verlag, 1990, trad. it. *Dopo l'utopia*, Venezia, Marsilio, 1992, p. 20.

⁴ Cfr. H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, Stevens & Sons, 1950, pp. 40-1. Kelsen recuerda que la delegación brasileña "no veía ninguna razón para que la Declaración de los Derechos Humanos tuviese que venir introducida por postulados filosóficos prestados por antiguas teorías de derecho natural" (ivi, p. 40, nota 4). También Benedetto Croce expresa esta opinión: cfr. B. Croce, *I diritti dell'uomo e il momento storico presente*, in M. Gandhi, E.H. Carr, et al., *Autour de la nouvelle déclaration universelle des droits de l'homme*, coordinado por la UNESCO, trad. it. *Dei diritti dell'uomo*, Milano, Comunità, 1952, pp. 133-5.

⁵ Para una relación cfr. R.J. Vincent, *Human Rights and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, pp. 11-12.

⁶ Cfr. A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 26-33, 36-40; A.D. Renteln, *International Human Rights. Universalism versus Relativism*, Newbury Park (Cal.), Sage Publications, 1990, pp. 30 ss.; H. Bull, 'Human Rights and World Politics', in R. Pettman (a cargo de), *Moral Claims in World Affairs*, London, Croom Helm, 1978, p. 81; J. Galtung, *Human Rights in Another Key*, Cambridge, Polity Press, 1994, pp. 1-25.

⁷ Cfr. H. Bull, *Human Rights and World Politics*, in R. Pettman (a cargo de), *Moral Claims in World Affairs*, London, Croom Helm, 1978, pp. 83-4.

⁸ Sobre el problema de los derechos del hombre en el mundo islámico ver B.

Tibi, *Die Krise des modernen Islams*, Frankfurt a.M, Suhrkamp, 1991.

⁹ Cfr. L. Scillitani, *Tra l'Occidente e la Cina: una via antropologica ai diritti dell'uomo*, in A. Catania, L. Lombardi Vallauri (a cargo de), *Concezioni del diritto e diritti umani. Confronti Oriente-Occidente*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 385-94.

¹⁰ Cfr. F. Jullien, *Un usage philosophique de la Cine*, "Le debat", octubre 1996, p. 191; ver también: R. Panikkar, *La notion des droits de l'homme est-elle un concept occidental?*, "Diogenes", (1982), 120; D. Davidson, *Asian Values and Human Rights. A Confucian Communitarian Perspective*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1998; C. Taylor, *Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights*, in J.R. Bauer, D.A. Bell (a cura di), *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; D.A. Bell, *East meets West: Human Rights and Democracy in East Asia*, Princeton, Princeton University Press, 2000.

¹¹ Cfr. N. Albala, *Limites du droit d'ingérence*, "Manière de voir", 45 (1999), pp. 82-3.

¹² Me permito reenviar a mi *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Torino, Einaudi, 2000, en particular al capítulo tercero, pp. 80-123.

¹³ Cfr. J. Habermas, *Kants Idee des ewigen Friedens -- aus dem historischen Abstand von 200 Jahren*, "Kritische Justiz", 28 (1995), pp. 293-319, ora in J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1996; J. Habermas, *Bestialität und Humanität. Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral*, "Die Zeit", 18 (1999), trad. it. in AA.VV., *L'ultima crociata?*, Roma, Libri di Reset, 1999, pp. 74-87.

¹⁴ Ahora publicadas en M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, Princeton University Press, 2001.

¹⁵ Cfr. M. Ignatieff, *op. cit.*, p. 42.

¹⁶ Cfr. M. Ignatieff, *op. cit.*, pp. 38-9.

¹⁷ En Sierra Leona a la actividad de un tribunal penal normal se ha sumado la obra de una "Comisión para la verdad y la reconciliación". Estrictamente judiciales son los mecanismos mixtos adoptados en Camboya (por la represión de los crímenes cometidos por los Khmers rojos). Lo mismo ocurre en Kosovo y en Timor Este. En este último caso, la estructura del Tribunal está sustancialmente modelada sobre el sistema nacional indonesio, pero el Tribunal está obligado a aplicar el derecho penal internacional. Sobre estos temas ver: A. Lollini, *Le processus de judiciarisation de la résolution des conflits: les alternatives*, in E. Fronza, S. Manacorda (a cura di), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc*, Milano, Dalloz-Giuffrè, 2003; A. Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituyente della Commissione sudafricana verità e reconciliazione*, Bologna, il Mulino, 2005, en particular las pp. 161-233.

¹⁸ Sobre el tema ver la experiencia de la *Truth and Reconciliation Commission* ver: A.M. Gentili, A. Lollini, *L'esperienza delle Commissioni per la verità e la reconciliazione: il caso sudafricano in una prospettiva giuridico-politica*, in G.

Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio (a cura di), *Crimini internazionali fra diritto e giustizia*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 163-215.

¹⁹ Sobre el tema ver la cuidadosa investigación de J. Franceschini, *Aspetti sociologici e normativi della giustizia penale in Ruanda dopo il genocidio del 1994*, Università degli Studi di Firenze, dissertazione di laurea, 2004; ver también A. Lollini, *L'istituzione delle giurisdizioni Gacaca: giustizia post-genocidio e processo costituente in Ruanda*, "Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo", 2 (2004).

²⁰ Cfr. E. Fronza, J. Tricot, *Fonction symbolique et droit pénal international: une analyse du discours des tribunaux pénaux internationaux*, in E. Fronza, S. Manacorda (a cargo de), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc*, Milano, Dalloz-Giuffrè, 2003, p. 299. Ver también S. Manacorda, *Les peines dans la pratique du Tribunal pénal international pour l'ex-Yugoslavie: l'affaiblissement des principes et la quête de contrepoids*, *ivi*; J.C. Nemitz, *Sentencing in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, in H. Fisher, C. Kress, S.R. Lüder (a cargo de), *International and national prosecution of crimes under international law: currents developments*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001. La respuesta a tales interrogantes no está ciertamente favorecida por las normas emanadas o por las relaciones emitidas por el secretario general de las Naciones Unidas. Los estatutos de los tribunales *ad hoc* – como el resto del estatuto del Tribunal Penal Internacional – se limita a repetir la misma receta genérica: "la pena será determinada teniendo en cuenta elementos tales como la gravedad del crimen y la situación personal del condenado"; cfr. el art. 24 del Estatuto del International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia y el art. 78 del Estatuto de la International Criminal Court.

²¹ Sobre el proceso de formación de los 'principios generales' del derecho penal internacional ver M. Virgilio, *Verso i principi generali del diritto criminale internazionale*, in G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio (a cargo de), *Crimini internazionali fra diritto e giustizia*, *cit.*, pp. 41-67; F. Raimondo, *General principles of law as a source of international criminal law. An appraisal of the ICTY and ICTR jurisprudence*, intervento al seminario *Le fonti del diritto internazionale penale: l'esperienza dei Tribunali penali internazionali*, presso l'Istituto di Applicazione Forense 'E. Redenti', Università di Bologna, 12 marzo 2004.

²² Sobre los delicados problemas conexos a la interpretación de las normas penales internacionales ver :E. Fronza, *I crimini di diritto internazionale nell'interpretazione della giurisprudenza internazionale: il caso Akayesu*, in G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio (a cargo de), *Crimini internazionali fra diritto e giustizia*, *cit.*, pp. 69-97. Sobre el papel normativo de los jueces penales internacionales ver A. Lollini, *L'expansion interne et externe du rôle du juge dans le processus de création du droit international pénal*, in M. Delmas-Marty, E. Fronza, E. Lambert-Abdelgawad (a cargo de), *Le fonti del diritto internazionale penale*, Bologna, 2004 (publicación en curso).

²³ Ver R. Henham, *The Philosophical Foundations of International Sentencing*, "Journal of International Criminal Justice", 1 (2003), 1, pp. 64-85.

²⁴ Cfr. R. Henham, *The Philosophical Foundations of International Sentencing*, *cit.*, p. 69 ss.

²⁵ Cfr. R. Henham, *The Philosophical Foundations of International Sentencing*, cit., p. 74 y ss.

²⁶ Sobre el tema ver la reciente contribución de E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino, Giappichelli, 2004; me permito reenviar a mi obra *Filosofia della pena e istituzioni penitenziarie*, "Iride", 14 (2001), 32, pp. 47-58.

²⁷ Cfr. Y. Cartuyvels, *Le droit pénal et l'Etat: des frontières "naturelles" en question*, in M. Henzelin, R. Roth (a cura di), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, Lgdj-Georgéd.-Bruylant, 2002, p. 27.

²⁸ Cfr. E. Fronza, J. Tricot, *Fonction symbolique et droit pénal international: une analyse du discours des tribunaux pénaux internationaux*, cit., pp. 300-3.

²⁹ Cfr. C. Bassiouni, *Etude historique: 1919-1998*, "Nouvelles Etudes Pénales", (1999), p. 2.

³⁰ Ver M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

³¹ Ver H. Garfinkel, *Studies in Ethnomethodology*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice-Hall, 1967; J. Heritage, *Garfinkel and Ethnomethodology*, Cambridge, Polity Press, 1984.

³² R. Henham, *The Philosophical Foundations of International Sentencing*, cit., pp. 66-9,

³³ De esta manera acaban siendo exaltados los aspectos de la cárcel más criticados por la penología y por la sociología penitenciaria contemporánea, desde Michel Foucault a David Garland, a Dario Melossi; ver: M. Foucault, *op. cit.*, passim; D. Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1990; D. Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Clarendon, 2001; D. Melossi, *The State of Social Control*, Cambridge, Polity Press, 1990; D. Melossi, *Stato, controllo sociale, devianza*, Milano, Mondadori, 2002.

³⁴ Cfr. O. Kirchheimer, *Politische Justiz*, Frankfurt a.M., Europäische Verlagsanstalt, 1981, pp. 607-8.