

De Nuremberg a La Haya: Los crímenes de derechos humanos ante la justi- cia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar Inter- nacional de Nuremberg

Rainer Huhle*

RESUMEN

Este ensayo fue escrito a manera de introducción para el libro *Von Nürnberg nach Den Haag*, que reunía los aportes a la conferencia internacional del mismo nombre, que se organizó en la ciudad de Nuremberg con ocasión del 50 aniversario del Tribunal de Nuremberg. La memoria de los sucesos históricos fundacionales para el mundo de postguerra después de 1945 ya no puede limitarse a la reflexión sobre la guerra, el fascismo y su derrota, y los proyectos concebidos para un nuevo orden mundial en consecuencia de esos hechos. Debe incluir cada vez más una visión de la época de la postguerra misma: las rupturas y continuidades que se han dado, las lecciones aprendidas y no aprendidas, en un contexto en persistente cambio. No es de olvidar que la memoria misma de esos años que marcaron un hito tan decisivo en la historia del siglo XX, se ha hecho también historia. Las maneras de hacer memoria son no sólo diversas y controvertidas, son también hechos históricos de valor propio, muy dicentes de las vivencias de una época.

Palabras clave: Tribunal de Nuremberg, Derecho Internacional Humanitario, derechos humanos, crímenes.

SUMMARY

This essay was written as an introduction to *Von Nürnberg nach Haag*, a book that assembled the contributions to the international conference organized in the city of Nuremberg to commemorate the 50th anniversary of the Nuremberg Trial. The consequences of the historical events that followed the Second World War can no longer be limited to a reflection on the war, on the defeat of fascism, and on the projects conceived for a new world order after the war. More and more they should discuss the postwar world: the ruptures and continuities that resulted, the lessons learned and not learned, in the context of persistent change. It must not be forgotten that the memory of those years that set such a decisive landmark in the Twentieth Century, has now become history.

Keywords: Nuremberg Trial, International Human Rights, Crimes.

FECHA DE RECEPCIÓN: 05/06/2005

FECHA DE APROBACIÓN: 12/06/2005

Quienes buscan leyes de impunidad, van a ser tan responsables como los que apretaron el gatillo en el pasado.

—Sola Sierra, ex-presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, Chile

Este ensayo fue escrito a manera de introducción para el libro *Von Nürnberg nach Den Haag*, el cual reúne los aportes a la conferencia internacional del mismo nombre, que organizamos en la ciudad de Nuremberg con ocasión del 50 aniversario del Tribunal de Nuremberg¹. La memoria de los sucesos históricos fundacionales para el mundo de postguerra después de 1945 ya no puede limitarse a la reflexión sobre la guerra, el fascismo y su derrota, y los proyectos concebidos para un nuevo orden mundial como consecuencia de esos hechos. Debe incluir cada vez más una visión de la época de la postguerra misma: las rupturas y continuidades que se han dado, las lecciones aprendidas y no aprendidas, en un contexto en persistente cambio. No es de olvidar que la memoria misma de esos años que marcaron un hito tan decisivo en la historia del siglo xx se ha hecho también historia. Las maneras de hacer memoria son no sólo diversas y controvertidas, son también hechos históricos con valor propio, muy dicentes de las vivencias de una época.

En ese sentido hemos preferido para el presente artículo, en acuerdo con los editores de la revista, dejar intacta la mayor parte del ensayo de 1995, que fue un documento que reflejó un momento histórico preciso, con las dos cortes penales *ad hoc* de la ex Yugoslavia y de Ruanda, recién establecidas, y una corte penal permanente apenas visible en el horizonte; además, introdujimos algunos comentarios actuales sobre los desarrollos fácticos acerca de la lucha contra la impunidad de crímenes de lesa humanidad, así como apreciaciones en la materia realizadas hace diez años por un grupo selecto de expertos.

De Nuremberg a La Haya se refirió, en 1995, por supuesto no a la Corte Penal Internacional sino al Tribunal Criminal Internacional, para juzgar los crímenes cometidos en el contexto de las guerras en la ex Yugoslavia (ICTY). El profesor de derecho internacional Christian Tomuschat, miembro durante muchos años de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, y por lo tanto participante en la eterna labor de ese organismo para redactar un código de

derecho penal internacional, presentó la ponencia de apertura del congreso en la histórica sala 600 del Palacio de Justicia de Nuremberg donde se habían desarrollado las sesiones del Tribunal Militar Internacional (TMI). Tomuschat expuso sus reflexiones acerca de la larga y, en muchos aspectos, decepcionante historia del derecho penal internacional después de los primeros pasos fuertes dados en Nuremberg en una tónica bastante escéptica. Recalcó que desde Nuremberg “normalmente ningún Estado que no participa de manera directa en un conflicto se hace cargo de tomar medidas judiciales [contra los responsables de crímenes cometidos en el conflicto]”. Señaló los altos gastos económicos y políticos que significa para la ONU “inmiscuirse en los problemas del pasado” de un país e ilustró con ejemplos las dificultades administrativas, logísticas y financieras del ICTY, que en ese momento no había proferido ninguna sentencia. Subrayó que el éxito del TMI de Nuremberg estaba garantizado ante todo por el poder militar que le permitió ejercer la autoridad necesaria, la cual no tendría una corte internacional independiente. Terminó advirtiendo que el derecho penal puede ser solamente un elemento en la solución del problema de los crímenes de lesa humanidad y que las medidas políticas serían tal vez más importantes. En el debate insinuó que no veía la posibilidad de que se concretara pronto una corte penal permanente y universal para esos crímenes.

Tres años más tarde, en la ciudad de Roma, se llegó, con muchas dificultades y algunas concesiones lamentables, pero al final con un consenso amplio y una idea de independencia de la corte en cierto grado intacta, al famoso Estatuto de Roma. Quien lee la historia de las negociaciones entre las delegaciones reunidas en Roma², se da cuenta de que el escepticismo de Tomuschat estaba enteramente fundado. Había muchos momentos en que la causa estaba a punto de morir, pero finalmente se impuso la voluntad de una mayoría de Estados de realizar, medio siglo después del Tribunal de Nuremberg, esa promesa dada al mundo en 1945 y 1946 de que los criterios que regían ese Tribunal impuesto por cuatro potencias serían las de una justicia universal en el futuro.

Pero veamos primero cómo nació ese conjunto de normas que formaron el estatuto del Tribunal de Nuremberg y que después iban a formar

¹ Nürnberger Menschenrechtszentrum (ed.), *Von Nürnberg nach Den Haag*, Hamburgo, 1996.

² Lee Roy (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, La Haya, 1999.

los “Principios de Nuremberg” aprobados por las Naciones Unidas.

I. DEL CRIMEN DE GUERRA AL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD, O EL PARTO DIFÍCIL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Cincuenta años después del Tribunal Militar Internacional contra los principales criminales nazis en Nuremberg, en todo el mundo se habla nuevamente de ese proceso histórico. Sin embargo, ¿en qué exactamente queda el significado histórico de este gigantesco proceso?, ¿que reflejaron los libros de historia como *El proceso de Nuremberg*?

Las respuestas a estas preguntas dependerán en buena parte del aspecto del proceso en que uno ponga el énfasis. Tenemos que distinguir por lo menos tres aspectos, que además se pueden correlacionar con tres distintas etapas del proceso:

1. *El por qué del proceso, su razón de ser y su legitimidad.*

En forma escrita, estos aspectos quedaron establecidos en dos documentos básicos: el Acuerdo de Londres (agosto 1945) y el Estatuto del Tribunal, aprobado en la misma Conferencia de Londres, documentan la fase preparatoria del Tribunal.

2. *El cómo.*

El desarrollo del proceso mismo, incluyendo sus normas procesales y toda la argumentación político-jurídica, que comenzó el 20 de noviembre de 1945 y terminó el 1 de octubre de 1946 con la sentencia.

3. *La finalidad concreta del proceso.*

La sentencia condenatoria contra los veinticuatro más altos representantes del régimen nazi, que puso un término simbólico a ese nefasto régimen y, en el caso de las doce sentencias de muerte, también un término real a la vida de aquellos representantes.

En la percepción pública, parece que el significado histórico del proceso de Nuremberg está relacionado, más que todo, con el último de estos puntos: el cierre definitivo –real y simbólico– de una etapa histórica. En esta perspectiva, el juicio era para los nazis la continuación de la derrota militar en el escenario de la justicia.

Para nosotros hoy en día, sin embargo, este aspecto es el menos interesante. Como factor histórico, el nazismo ya estaba eliminado antes del juicio. El significado del proceso de Nuremberg para nosotros no queda tanto en su función de cierre de una época, sino en la apertura de una nueva época, una época de un nuevo derecho

humanitario internacional, una nueva vigencia de los principios universales de los derechos humanos. Es casi un lugar común hablar de Nuremberg en este sentido, pero muchas veces esto se hace sin conocer lo que realmente se hizo y se debatió en Nuremberg.

Si el Tribunal de Nuremberg realmente abrió camino para una nueva etapa del derecho internacional, para un derecho internacional humanitario, es una pregunta importante. El hecho de que durante casi 50 años el Tribunal no ha tenido una continuación institucional, debería llamar la atención y ser motivo de dudas.

En qué medida el Tribunal de Nuremberg, ese evento singular, realmente pudo crear precedentes para el desarrollo del derecho, depende no sólo de la historia política del mundo después de la guerra, sino también de sus propias bases jurídicas:

- De las normas sobre las que se constituyó el Tribunal.
- De la definición de los crímenes que declaraba dentro de su jurisdicción.

Ambos elementos quedaron fuertemente impregnados por la situación específica que existía en el momento de la victoria sobre el sistema nazi. Es evidente este condicionamiento histórico en el caso de la constitución del Tribunal, el cual quedó restringido a los representantes de los cuatro poderes principales de la alianza político-militar que había ganado la guerra. Obviamente, esto no pudo trazar el camino para un orden institucional de la justicia en el mundo después de la guerra. Anotemos que esta deficiencia fue criticada ya en la época. Pero las propuestas de crear el TMI de Nuremberg como un juzgado internacional de la naciente ONU, que datan incluso de 1943, resultaban prematuras.

Mucho más satisfactorias parecen las reglas procesales aplicadas en Nuremberg. Pero éstas no tienen tanta relevancia en el contexto de este análisis. Lo que interesa más, desde la perspectiva del futuro de entonces, es la cuestión de la jurisdicción material del Tribunal Militar Internacional. ¿Cuáles eran los delitos que el Tribunal consideraba dentro de su competencia para juzgar? La respuesta se encuentra en el Estatuto ya referido, particularmente en los famosos incisos a), b) y c) del artículo 6 de ese histórico documento. En ellos se hace referencia a las tres siguientes categorías de crímenes de derecho internacional:

a) Crímenes contra la paz (en la terminología clásica: faltas al *ius ad bellum*). Los jueces tenían que pronunciarse si los acusados habían llevado a

cabo una guerra prohibida por el derecho internacional. Esta cuestión de la “guerra de agresión” ni en Nuremberg ni en el medio siglo posterior ha sido solucionada a satisfacción de los juristas y políticos.

b) Crímenes de guerra (en la terminología clásica: faltas al *ius in bello*), es decir, las faltas contra las reglas de conducta de la guerra, reglas ya bastante elaboradas en la época.

c) Crímenes contra la humanidad. Desde una perspectiva *ex post*, de hoy, la definición que dio el estatuto de estos crímenes contra la humanidad parece sencilla y razonable; se entendía por ellos: “asesinato, exterminio, esclavización, deportación u otras acciones inhumanas, cometidas contra una población civil antes de, o durante la guerra, y la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos”. En otras palabras, se describieron aquí –con la ausencia ostentosa de la tortura– aquellos crímenes que actualmente solemos llamar los “crímenes de lesa humanidad” o las graves violaciones de derechos humanos, y que en los 50 años desde el proceso de Nuremberg han sido definidos y prescritos en numerosos tratados y convenciones internacionales.

En los tiempos del proceso de Nuremberg, sin embargo, las cosas no eran tan sencillas. En primer lugar, hay que destacar que la expresión *derechos humanos* no se usa en el Estatuto, y una revisión de los demás documentos del proceso (llenen veinte tomos gruesos en letra pequeña) tampoco arrojará ese concepto tan importante para nosotros. Eso es así no obstante la presencia en el Tribunal de juristas provenientes de tres de los países que más méritos tienen en la historia del concepto de los derechos humanos: Inglaterra, Estados Unidos y Francia.

La ausencia del término *derechos humanos* en Nuremberg nos indica que este concepto, en la época, no había ingresado todavía al ámbito del

derecho internacional ni del derecho penal. Era exclusivo todavía del reino de la filosofía del derecho o a lo mejor del derecho constitucional.

Pero también con la expresión empleada, “crímenes contra la humanidad”, hubo muchas dificultades, como lo demuestran, entre otras muchas cosas, las curiosas dificultades de traducción³.

Imaginémonos una acusación en 1945 por violaciones de derechos humanos; habría sido sumamente problemática, técnicamente imposible. Simplemente no existía el derecho en que se podía fundamentar. Ante la singular atrocidad de los crímenes nazis, los jueces quizás pudieron crear el derecho adecuado para condenar a los criminales nazis bajo el concepto de “violación de derechos humanos”. Habrían atentado, sin embargo, de manera aparatosa, contra el principio de la no retroactividad de las leyes, del *nullum crimen sine lege*. Se ha argumentado que éste también era el caso para los “crímenes contra la humanidad”, y la lectura de los documentos de Nuremberg hace ver claramente que los mismos jueces y fiscales del Tribunal estaban muy conscientes del problema y que buscaron desarrollar distintas estrategias para evitarlo. Hasta en el mismo artículo del Estatuto que trata de los “crímenes contra la humanidad” se nota cierta inseguridad, cierta vacilación ante lo novedoso del concepto, cuando, en una vuelta sorpresiva, el referido inciso c) concluye la enumeración de los delitos que son “crímenes contra la humanidad” con la calificación de que estos crímenes serían “cometidos en la ejecución de un crimen o en conexión con un crimen que queda en la competencia del Tribunal, independientemente si el acto contravenía el derecho del país en que fue cometido”.

Lo raro de esta condicionalidad es que justamente el artículo 6 del estatuto es el que define las competencias, o la jurisdicción material del

³ Los términos *humanity*, *humanité* y *humanidad* tienen por los menos dos significados muy distinguibles: uno que se refiere al género humano como entidad y otro que apunta a un comportamiento supuestamente característico del ser humano, el humanismo, lo humanitario, etc. En otros idiomas, como el alemán, los dos conceptos semánticos corresponden a dos palabras diferentes, lo que obliga a los traductores a tomar una decisión. Sin embargo, en la edición oficial de los documentos del Tribunal Internacional de Nuremberg, en distintos lugares se usan ambos términos (*Verbrechen gegen die Menschheit* y *Verbrechen gegen die Menschlichkeit*) sin discriminación. Erróneamente, el término que ha quedado de uso en alemán es el de *Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, es decir, crimen contra lo humanitario, lo que Hannah Arendt con razón criticó como absolutamente inadecuado al verdadero carácter y tamaño del holocausto (Arendt Hannah, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, Nueva York y Londres, 1963). Recuérdese, por lo demás, que la expresión “crímenes contra la humanidad” tampoco tenía una tradición larga o elaborada en la historia del derecho internacional. Surge por primera vez en el contexto de los esfuerzos –frustrados– después de la Primera Guerra Mundial por sancionar el genocidio del pueblo armenio cometido por el gobierno turco (Bassiouni Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, Boston y Londres, 1992, pp. 165 ss).

Tribunal. La referencia a la competencia del Tribunal en el inciso 6 c) resulta así una autoreferencia. En términos de la lógica no tiene sentido. Su sentido se revela más bien como expresión, tal vez inconsciente, de la contradicción entre el deseo de los autores del Estatuto de crear un nuevo sistema referencial para este tipo de crímenes jamás vividos en la historia de la humanidad, y su deseo de dar este paso sin abandonar el terreno seguro del derecho positivo. Y este terreno, el único que tenía una base en el derecho positivo, era el derecho de guerra.

Es sumamente instructiva, en este contexto, la lectura de los debates en las sesiones del Tribunal, porque se puede notar cómo los fiscales y jueces, como excelentes juristas que eran, buscaban “agarrarse” de este concepto, considerado salvador, siempre que se trataba de los puntos de referencia no para una condena moral sino jurídicamente sólida. No hay que olvidar tampoco que, pocos días antes de los Acuerdos de Londres, los jefes de gobierno de los Aliados reunidos en Potsdam hablaron de la necesidad de juzgar solamente a los “principales criminales de guerra nazis”, y que el nombre oficial del proceso de Nuremberg era “Juicio contra los principales criminales de guerra ante el Tribunal Militar Internacional”. Otro ejemplo muy revelador de la inseguridad conceptual existente en Nuremberg en cuanto a los “crímenes contra la humanidad” lo ofrece el escrito de la acusación, en el cual también se insiste en confundir crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La misma sentencia resume todos los crímenes contra la humanidad bajo el concepto de *crimen de guerra*. Si bien los jueces constatan que muchos de los crímenes nazis, especialmente la persecución de los judíos y otras personas civiles, se habían cometido antes de la guerra, para la condena los tomaron en cuenta solamente en la medida en que se pudo establecer un nexo entre estos crímenes y la preparación o ejecución de la guerra. Excluye *expressis verbis* la posibilidad de que se trataba de “crímenes contra la humanidad” si no se daba este nexo⁴.

En esta perspectiva, el inciso c) del artículo 6 del estatuto del Tribunal, y también el capítulo titulado “Crímenes contra la humanidad” en el alegato hubieran sido simplemente superfluos. Y de hecho, el Tribunal en su sentencia hizo

esfuerzos casi acrobáticos de subsumir todos los crímenes nazis a la categoría de crímenes de guerra. El ejemplo más apropiado para demostrar lo absurdo a que se llegó para inflar la idea de los crímenes de guerra, era la sentencia contra Julius Streicher, quien fue condenado a la pena de muerte. Streicher, profesor de un colegio de Nuremberg, se hizo grande con la subida de los nazis, convirtiéndose en uno de los propagandistas más repulsivos del régimen, con un antisemitismo vociferante que hasta causó disgusto a algunos nazis. No participó, sin embargo, en la guerra, ya que probablemente era indispensable con su ardua labor de propaganda antisemita. No se conocía muerte de alguna persona provocada por sus propias manos, mucho menos en un contexto de guerra. Su crimen era la permanente incitación al exterminio de los judíos, antes y durante la guerra, pero sin una relación inmediata con las acciones de la guerra. La sentencia tuvo que basarse, en este caso ejemplar, en el crimen contra la humanidad. Se hizo así, pero no sin agregar, en la última frase, que Streicher también participó, con su propaganda, en la preparación de la guerra.

Es cierto, entonces, lo que ya anotó el juez francés en el Tribunal, Donnedieu de Vabres, cuando dijo: “el concepto de los crímenes contra la humanidad, que el Estatuto había dejado entrar por una puerta pequeña, se diluyó a través de la sentencia”⁵.

Es cierto también, por otro lado, lo que más tarde observó Hannah Arendt: la idea de los “crímenes contra la humanidad” poco entraba en la fundamentación de la sentencia, pero sí tuvo peso en la extensión de la pena. Sin querer decirlo en su argumentación jurídica, los jueces expresaron, por la condena a muerte para Streicher, lo que realmente significaba esta permanente incitación al genocidio: un crimen contra la humanidad.

Para el resultado, la condena de los altos responsables nazis, es decir, la cuenta final con el régimen nazi en el placer simbólico después de su derrota militar, todo este problema de los crímenes de guerra o contra la humanidad es de poca importancia. Pero desde la perspectiva del desarrollo del derecho de derechos humanos es lo que realmente interesa en el proceso de Nuremberg. Porque una condena basada exclusiva-

⁴ Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg, N° 14, tomo I, noviembre 1945-1 de octubre 1946, Nuremberg, 1947, p. 285.

⁵ Citado por Arendt Hannah en *Eichmann in Jerusalem, ob. cit.*

mente en el derecho de guerra no habría sido un avance, en términos de jurisdicción material, en relación con el status anterior.

Para el derecho de guerra, por ejemplo, no interesaba lo que los nazis hacían con los propios ciudadanos alemanes –y los judíos en Alemania eran ciudadanos alemanes–. De hecho, el futuro fiscal supremo por parte de Estados Unidos en Nuremberg, Robert Jackson, decía en los debates anteriores al proceso: “El trato que el gobierno alemán da a sus propios ciudadanos, [...] no nos tiene que importar a nosotros más que lo que nuestros asuntos tocan a cualquier otro gobierno”⁶.

Pero el mismo Jackson, en su discurso de apertura en Nuremberg, dijo exactamente lo contrario: “El trato que un gobierno da a su propio pueblo normalmente no se considera como asunto que concierne a otros gobiernos o la comunidad internacional de los Estados. El maltrato, sin embargo, de alemanes por alemanes durante el nazismo traspasó, como se sabe ahora, en cuanto al número y a las modalidades de crueldad, todo lo que la civilización moderna puede tolerar. Los demás pueblos, si callaran, participarían de estos crímenes, porque el silencio sería consentimiento”⁷.

Sólo distan pocos meses entre estas dos frases, pero en la historia de los derechos humanos los separa toda una época, en la cual nació el derecho internacional de derechos humanos. Aquí, y sólo aquí, queda el avance que significa el proceso de Nuremberg. Tímidamente, pero sí de manera notable, se abrió paso a la idea de que hay derechos universales del hombre que ningún gobierno puede pisotear libremente, sea en tiempos de guerra o de paz, sea en contra de sus propios ciudadanos o los de otra nación. Lo que se pudo observar en Nuremberg fue el penoso proceso del nacimiento de una nueva idea del derecho, a partir de las cáscaras del derecho de guerra. Todavía, hay que decirlo, asistimos a este proceso de nacimiento. Es tiempo de completarlo, puesto que las herramientas del derecho internacional de las cuales disponemos hoy son mucho más eficaces que en los tiempos de Nuremberg. Porque los recelos con que los jueces de Nuremberg aplicaron la categoría de crímenes contra la humanidad se nutrían de motivos nobles, hay que repetirlo. No quisieron aplicar normas que para los acusados tal vez no

eran reconocibles, no quisieron violar el principio del *nullum crimen sine lege*. Sus dudas y vacilaciones en la aplicación del concepto revolucionario de “crímenes contra la humanidad” los honra. Estas ambigüedades definían el reto que el proceso de Nuremberg significaba para la postguerra: definir claramente los crímenes contra la humanidad, ponerlas en relación con el concepto de derechos humanos y crear las condiciones en el derecho penal para que los criminales de derechos humanos pudiesen ser juzgados sobre un fundamento jurídico preciso.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DE CRÍMENES DE DERECHOS HUMANOS. EL PROBLEMA DE LA IMPUNIDAD

Este legado de Nuremberg se puede precisar en tres elementos. Se trataba de:

1. Definir los “crímenes contra la humanidad” con independencia de situaciones de guerra.
2. Extender el principio de la responsabilidad individual, fundamental para el derecho penal, al ámbito de los “crímenes de lesa humanidad”, incluyendo el principio de la obligación de la persecución penal.
3. Crear las instancias adecuadas para sancionar en el ámbito internacional, de manera independiente y legalmente válida, estos crímenes, en caso de que los sistemas nacionales fallaran con esta obligación. Lógicamente, una jurisdicción penal internacional sería parte de estas provisiones, por lo menos como última ratio.

Veamos cómo la comunidad internacional asumió estas tres tareas.

En el campo de la definición jurídica los avances se dieron con rapidez. Ya en los procesos contra grupos de responsables nazis que las autoridades americanas llevaron a cabo en la misma ciudad de Nuremberg, una vez terminado el proceso principal, se precisó que había “principios generales de derecho” que “perteneían a los códigos de todas las naciones civilizadas”, aplicables también para los responsables nazis. Mediante su resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas saludó la sentencia del Tribunal de Nuremberg y los principios inherentes en ella. La Comisión de Derecho Internacional los codificó el 29 de julio de 1950 como los “Principios de Nuremberg”, fundamentales hasta hoy en la lucha contra la impunidad. A estos primeros pasos se unían

⁶ Citado por Merkel Reinhard, *Das Recht des Nürnberger Prozesses*, ob. cit., p. 81.

⁷ Der Prozeß gegen..., ob. cit., tomo II, p. 150.

varios instrumentos internacionales más, de manera que ya no cabe duda hoy de que en teoría los crímenes de lesa humanidad son castigables. Los jueces de La Haya no tienen por qué probar que una masacre contra una etnia diferente es parte de la guerra. El crimen del genocidio y otras atrocidades, incluso la tortura y la violación sexual masiva con fines políticos, son castigables según el derecho internacional. Pero no sólo castigables: el principio de legalidad del derecho penal en el plano nacional se tradujo también en el internacional en el principio de la persecución obligatoria de estos crímenes, el cual quedó explícitamente establecido desde la Convención contra el Genocidio. La responsabilidad personal y la obligación de perseguir (y castigar) son dos lados de la misma moneda.

III. JURISDICCIÓN PENAL NACIONAL E INTERNACIONAL

Mucho menos claro es, lamentablemente, quiénes son los portadores de esta obligación. En principio, hay tres instancias posibles para cumplir con la obligación de sancionar los crímenes contra los derechos humanos.

1. La justicia de los Estados nacionales

Obviamente, cada Estado es responsable por el respeto de los derechos humanos en su territorio, y en caso de violaciones a estos derechos, del castigo a los culpables. Dado que las violaciones de derechos humanos, en el sentido estricto del concepto, son cometidos por los agentes del Estado mismo, la ineficacia del Estado nacional en la persecución de estos crímenes tiene carácter sistemático. Los mismos Estados violadores serían los responsables del castigo. Abundan muchos ejemplos de que esto no funciona.

En un Estado con una clara separación de poderes, por otro lado, sí es posible –y no faltan los ejemplos– que la justicia castigue, por ejemplo, a agentes del Ejecutivo. Cuando se generalizan las

violaciones de derechos humanos, sin embargo, normalmente el sistema judicial tampoco escapa a los mecanismos de presión que llevan a la impunidad.

Y no siempre el sistema judicial cede a las presiones del Ejecutivo. En la Alemania de los años anteriores a la toma de poder por los nazis, el sistema judicial estaba ya impregnado por la ideología nazi, al punto que los jueces y fiscales se podían considerar un baluarte del nuevo Estado sin que éste hubiera precisado de mucha presión. En las primeras semanas del nuevo régimen, en 1933, en la revista de la Asociación Alemana de Jueces se publicó un juramento macabro que rezaba: “Juramos por el Dios eterno, juramos por el espíritu de nuestros muertos, juramos por todas las víctimas de una justicia antinacional, juramos por el alma del pueblo alemán que seguiremos a nuestro Führer (líder) en su camino como juristas alemanes, hasta el fin de nuestros días”⁸.

Sin duda, un sometimiento tan aparatoso del poder judicial a la ideología del poder es la excepción. Pero incluso cuando los jueces mantienen más independencia, las circunstancias de un régimen dictatorial pocas veces permiten que el poder judicial actúe firmemente contra los abusos del poder. No es circunstancial el hecho de que la impunidad de los crímenes de derechos humanos sea un fenómeno global, reconocido como síntoma y causa a la vez de la repetición de violaciones de derechos humanos. También son muy conocidos los mecanismos principales de esta situación de impunidad: las amnistías e indultos en el área legal, los fueros privativos en el área de la administración de justicia, la corrupción, la falta de mecanismos de control administrativo y popular en lo que concierne a la sociedad⁹.

En este contexto, hay que valorar el principio de la “complementariedad” de la Corte Penal Internacional con las jurisdicciones penales na-

⁸ *Richter-Zeitung Deutsche*, 1933, pp. 265, 272, citado en: Bundesminister der Justiz (comp.), *Im Namen des Deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus*, Colonia, 1989, p. 89.

⁹ De la amplia literatura sobre causas y mecanismos de la impunidad de los crímenes de derechos humanos señalamos los resultados del tribunal ético realizado sobre ese tema, *Tribunal Permanente de los Pueblos: Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad en América Latina 1989-1991*, Bogotá, 1991; desde la perspectiva del derecho internacional, un estudio temprano de la impunidad es: Roht-Arriaza Naomi (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford y Nueva York, 1995; del actual encargado especial del secretario general de Naciones Unidas para el tema de la impunidad, Orentlicher Diane F., “Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation”, en Henkin Louis y Hargrove John (eds.), *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, Studies in Transnational Legal Policies, N° 26; un resumen de los debates sobre impunidad en América Latina: Huhle Rainer, “Demokratisierung mit Menschenrechtsverbrechen? Die Debatte um die Sanktion von Menschenrechtsverbrechen in den lateinamerikanischen Demokratien”, en Nolte Detlef (ed.), *Lateinamerika im Umbruch?*, Hamburgo, 1991, pp. 75-108; Ambos Kai, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur “impunidad” in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, Friburgo, 1996; Nolte Detlef (ed.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*, Hamburgo, 1996.

cionales destacado en el preámbulo y el artículo 1 del Estatuto de la CPI. Este principio, a veces criticado por limitar las facultades de la CPI, al contrario es un incentivo para que los sistemas de justicia nacionales ajusten su jurisprudencia a los estándares internacionales.

2. La justicia de otros Estados (derecho penal universal).

Ante el incumplimiento de los Estados nacionales en sancionar los crímenes cometidos en el ámbito de su jurisdicción por sus propios agentes, existe la posibilidad de que otros Estados asuman esta tarea. Conforme a los principios del “derecho penal universal”, cada Estado tiene jurisdicción en determinados casos, incluidos gran parte de los crímenes de lesa humanidad. Algunos tratados internacionales proveen incluso una obligación de los Estados miembros de perseguir los actos que contravienen lo convenido en estos tratados. Los más conocidos son sin duda los casos de las convenciones de Ginebra y últimamente la Convención Contra la Tortura. La idea, muy antigua, subyacente a este principio de justicia universal es la figura del *hostis humani generis*, del enemigo común de la humanidad que, por lo tanto, permitía e incluso obligaba a todos los Estados a perseguirlo, como en el caso de la piratería. No obstante, hasta los años noventa del siglo xx este principio casi no se aplicaba en materias propias de la defensa de los derechos humanos. La excepción fue la justicia de Estados Unidos, basándose en la “Alien Tort Act” norteamericana de 1789, pero allí también los casos que la literatura conoce son muy contados. Hay que destacar, pese a lo dicho, la vigencia, desde 1992, del “Torture Victim Protection Act” en Estados Unidos, que permite a las víctimas de tortura interponer

queja contra un torturador de cualquier nacionalidad que se encuentre en el territorio de Estados Unidos¹⁰.

En 1995 resumí las posibilidades de la “justicia universal” en los siguientes términos, que a la luz de los diez años pasados desde entonces ilustran bien los asombrosos cambios que se han dado en la materia, para bien y para mal:

Estados Unidos, por otra parte, es también el ejemplo para ilustrar el peligro de abuso de este instrumento, cuando una nación poderosa se toma el derecho de decidir ella misma su jurisdicción sobre ciudadanos de otros países que supuestamente violan las leyes de Estados Unidos. Si bien el derecho penal universal tiene raíces antiguas en la historia del derecho, en la práctica de la protección de los derechos humanos hasta ahora no se ha demostrado su eficiencia. No es de descartar, sin embargo, la posibilidad de que la relevancia de este principio crezca en el contexto de la tercera de las tres instancias aquí consideradas, las cortes penales internacionales.

El peligro del abuso de la jurisdicción “universal” de un país potente obviamente se ha potenciado de manera inesperada. La captura de “enemigos” en todo el mundo por medios ilegales o por lo menos muy cuestionables, su traslado al territorio de Guantánamo y confinamiento permanente sin ninguna garantía judicial son trasgresiones de normas básicas del derecho internacional inimaginables en 1995. Por otro lado, 1995 fue también el año en que se conocieron las terribles confesiones del ex capitán de corbeta de la armada argentina Francisco Scilingo que, contrario a sus expectativas, dieron inicio a un

[27]

¹⁰ El caso más conocido de enjuiciamiento a un ciudadano extranjero perseguido en Estados Unidos por un crimen de derechos humanos cometido contra una persona que no tiene la ciudadanía norteamericana es el del torturador paraguayo Peña Irala, denunciado por los familiares de otro ciudadano paraguayo, el señor Filartiga. Amplia discusión de este caso y de otros pocos que existen en Estados Unidos ofrecen: Lillich Richard, “Damages for Gross Violations of International Human Rights Awarded by US Courts”, en *Human Rights Quarterly*, N° 15 (2), mayo 1993, pp. 207-229; del mismo autor: “Damages for Gross Violations of International Human Rights. US Courts’ Cases and a Proposed International Convention for the Redress of Human Rights Violations”, en *Torture*, vol. 6 N° 3, 1996, pp. 56-57; Hoffman Paul L., “Enforcing International Human Rights Law in the United States”, en Henkin Louis y Hargrove John (eds.), “Human Rights: An Agenda for the Next Century”, en *Studies in Transnational Legal Policies*, N° 26, Washington, 1994, pp. 477-511. Otras fuentes para ese caso importante: Rigaux François, “Impunité, crimes contre l’humanité et juridiction universelle”, en Ligue Internationale pour les Droits et la Libération des Peuples (ed.), *Impunity, Impunidad, Impunité*, Ginebra, 1993, pp.71-83 (78 s); Cescatti Lorenza, *Dal Tribunale Penale Militare di Norimberga al Tribunale Penale Internazionale per i crimini commessi nella Ex-Jugoslavia nell’ottica dei Diritti Umani*, Tesi di specializzazione della Università Padua, Scuola di Specializzazione in istituzioni e tecniche di tutela dei diritti umani, 1993, p. 57; Scharf Michael P., “Swapping Amnesty for Peace: Was There a Duty to Prosecute International Crimes in Haiti?”, en *Texas International Law Journal*, vol. 31:1, 1996, pp.1-41 (38). El también importante caso del ex general de policía argentino Suárez-Mason es discutido por Gibney Mark, *The Odyssey of General Suarez-Mason and the Implementation of Human Rights*, ensayo para el xv Congreso Mundial de la “International Political Science Association” en Buenos Aires, 1991.

proceso contra él en España, a su detención y finalmente su condena en ese país, en 2005, con base en la jurisdicción universal española¹¹. En los siguientes años se iniciaron solamente en España más de 100 procesos por crímenes cometidos por ciudadanos extranjeros, en el extranjero, y contra extranjeros, siendo el más famoso el juicio contra Pinochet. Éste, si bien no logró llevar al ex dictador ante un tribunal español, radicó como ningún otro la jurisdicción universal como mecanismo legítimo y legal, e indirectamente llevó a la justicia chilena a cambiar de rumbo en la definición de la situación legal de Pinochet y otros responsables de crímenes de lesa humanidad. Bélgica fue otro país que avanzó mucho en la aplicación del principio de la jurisdicción universal, iniciando juicios contra violadores de dictaduras africanas, entre otros. Pero Bélgica fue también el país donde la jurisdicción universal llegó a ser frenada bruscamente por tocar los límites de la carga política de estos procesos, que ya no parecieron soportables a los legisladores del país (caso Sharon y otros). En Alemania, donde en el contexto de la adopción del sistema legal al Estatuto de Roma se promulgó, en 2002, un código penal de derecho internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*), hasta la fecha ningún juicio llegó a pasar la etapa de preliminares. Una denuncia penal contra Donald Rumsfeld por responsabilidades que no son consideradas por la justicia estadounidense, no fue admitida por la Fiscalía alemana.

Las experiencias con la jurisdicción penal universal se han multiplicado desde 1995 de manera sorprendente, desmintiendo el escepticismo formulado hace diez años con base en las experiencias anteriores. Los problemas y ambigüedades del instrumento también se han visto con mayor claridad, pero el principio como tal se ha afirmado y ha producido sin duda efectos sanos. Quedaría pendiente diseñar un marco normativo coherente para el desarrollo de esas jurisdicciones universales en el ámbito nacional. Lo interesante en este auge de la aplicación de principios de derecho internacional por cortes nacionales es que se dio paralelamente al desarrollo de otra jurisdicción con la misma finalidad, la de las cortes penales internacionales. Las que podrían parecer, a primera vista, tendencias opuestas o competidoras, en realidad se han mostrado complementarias y mutuamente alentadoras.

3. Las cortes penales internacionales.

Como muchas veces se ha dicho, en todos los años que pasaron entre el final del proceso de Nuremberg (1 de octubre de 1946) y el comienzo de los trabajos de la Corte Penal Internacional para los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia, en 1993, no hubo ni un ejemplo más de una Corte Penal Internacional para criminales de derechos humanos que hubiera cumplido con la promesa de Nuremberg de una nueva era en el derecho penal internacional. Incluso los demás criminales nazis que no salieron impunes fueron condenados por cortes nacionales de distintos Estados, o, en el caso alemán durante los primeros años de gobierno militar, por cortes de los Aliados. La idea de que en Nuremberg se había originado en una Corte Penal Internacional que correspondería al carácter, reconocido también como internacional, del crimen contra la humanidad, empezó poco a poco a desvanecerse.

El proceso contra Adolf Eichmann, 1961

El ejemplo más dramático que permite hacer visible este cambio de actitud fue el proceso que era, sin la menor duda, entre todos los procesos contra criminales nazis en el mundo, el más resonado y más importante: el juicio que se abrió el 11 de abril de 1961, quince años después de Nuremberg, en Jerusalén contra Adolf Eichmann, uno de los organizadores más destacados del exterminio de los judíos europeos. Lo notable de este proceso, por cierto, no es lo que internacionalmente ha despertado más interés, el secuestro de Eichmann en Argentina para ser procesado en Israel. Ante la magnitud del crimen en cuestión y la falta de justicia en el lugar donde se había instalado, la cuestión de la legalidad de este procedimiento es de poca relevancia. Pero el proceso de Jerusalén puso al descubierto con suma claridad el estado todavía insatisfactorio del tratamiento judicial de estos crímenes en el mundo.

La lectura del escrito de acusación contra Eichmann da la impresión de que en realidad se llevaron dos procesos paralelos contra la misma persona. Casi todos los actos criminales que se le inculpan aparecen dos veces: primero como “crímenes contra el pueblo judío”, y en seguida como “crímenes contra la humanidad”. ¿Qué querían demostrar los fiscales israelíes con esta duplicación de la acusación? Consideraban como la garantía de su jurisdicción territorial los crímenes de Eichmann contra los judíos como

¹¹ Recogidas por Horacio Verbitsky en su libro *El vuelo*, Buenos Aires, 1995.

tales, como miembros de un pueblo específico que después se había constituido en pueblo con un Estado y territorio propios y que por lo tanto ejercía con pleno derecho la jurisdicción sobre Eichmann. Por otro lado, no pudieron dejar de lado el aspecto general del crimen, su calidad de genocidio, porque el exterminio de los judíos fue llevado a cabo por motivos de discriminación racial, nacional, religiosa y política. La corte nacional de Israel, no obstante, no quiso, por varios motivos, basar la sentencia exclusivamente en la calificación de los crímenes de Eichmann como crímenes contra la humanidad.

Si bien esto se explica dentro del proceso histórico del Estado de Israel, la insuficiencia de este procedimiento desde el punto de vista de los derechos humanos universales fue destacada ya en su momento por varios observadores del proceso. El entonces presidente del Consejo Mundial de Judíos, Nahum Goldmann, por ejemplo, pidió al gobierno de Israel instalar una corte internacional, compuesta por jueces de varios países, para el juicio de Eichmann. En el mismo sentido se pronunció el filósofo alemán Karl Jaspers cuando declaró: “El crimen cometido contra los judíos es a la vez un crimen contra la humanidad. La sentencia en este caso sólo la puede dictaminar una instancia que represente a la humanidad entera”¹².

Con esto, Jaspers de ninguna manera intentó cuestionar la competencia de la corte de Jerusalén. Lo que veía era, por contrario, la pérdida de una oportunidad única de hacer ver a toda la humanidad el carácter singular de los crímenes nazis, que amenazaban no sólo a uno o varios pueblos sino que, por su intención desenmascarada de exterminio de una parte de la humanidad, abrió la posibilidad del exterminio de la humanidad como tal.

Jaspers propuso que Israel tuviera pendiente la sentencia en el caso Eichmann hasta que el mundo, por una instancia adecuada, asumiera su obligación de procesar a este perpetrador ejemplar de crímenes contra la humanidad. Hannah Arendt precisó el punto de vista de Jaspers con su comentario de que el verdadero horror del crimen de Eichmann y de los demás criminales nazis no era la mera cantidad de muertos que habían producido. Pidió el juicio de ellos por la humanidad entera porque habían atentado contra las normas básicas de la convivencia humana¹³.

Creo que aquí estamos llegando a la esencia de lo que significa la idea de los derechos humanos y de su protección: como bien dice la expresión castellana –que no existe en otros idiomas de la misma manera– se trata de crímenes “de lesa humanidad”. Si no se les sancionan, está en riesgo la vida humana como tal.

En ese sentido podríamos denominar el proceso contra Eichmann, siguiendo a Jaspers y Arendt, como un tribunal internacional fallido. En el proceso histórico contra Eichmann en Jerusalén la utopía de una corte internacional, mejor dicho, de una corte de la humanidad, apareció en la que sería la última vez en mucho tiempo. Las condiciones específicas de la situación en Israel y las circunstancias generales de la Guerra Fría no permitieron que se dieran pasos en dirección de esta utopía de la época, a pesar de que la misma visión estaba prevista concretamente en varios tratados internacionales, como en la Convención contra el Genocidio. No obstante, parece que la idea de una corte internacional para sancionar los crímenes de lesa humanidad nunca desapareció por completo de la conciencia humana. No se explicaría, si fuera así, que durante las terribles masacres en la ex Yugoslavia fue posible, en un lapso tan breve, instalar una Corte Internacional por parte de la ONU para juzgar los crímenes cometidos en el territorio de lo que era Yugoslavia. En todos los años anteriores la labor paciente en comisiones y subcomisiones, las firmas de convenios y tratados, los viajes de visitadores y delegaciones para salvaguardar los derechos humanos habían mostrado que la protección de los derechos humanos en última instancia requería, como la protección de todos los demás derechos, de una instancia de justicia. No se puede elaborar un sistema internacional de protección de derechos humanos con tratados y convenios cada vez más explícitos, y dejar todo el edificio sin el techo de la instancia judicial.

ICTY e ICTR

En esta perspectiva, la creación de la Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY), y poco después de una corte similar para Ruanda, parece un paso inevitable, importante, si bien todavía muy imperfecto. Antes que todo, el paso se dio por la puerta falsa: la creación de las cortes por medio de una resolución del Consejo de Seguridad, en vez de hacerlo por un tratado interna-

[29]

¹² Jaspers Karl, “Entrevista de François Bondy”, en *Der Monat*, N° 152, mayo 1961, p. 16.

¹³ Arendt Hannah, *Eichmann in Jerusalem, ob. cit.*

cional, era tan insólito como el marco legal de las cortes dentro del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas que trata no de la justicia sino de las medidas para mantener la paz. Sorprende que la gran mayoría de expertos en derecho internacional aceptara estos procedimientos, quizás porque no había una alternativa práctica, y seguramente porque el Estatuto de la Corte le garantiza la plena independencia, también en relación con su organismo creador, el Consejo de Seguridad.

A pesar de todo esto, durante mucho tiempo prevalecía en la opinión pública mundial un escepticismo grande frente a estas cortes *ad-hoc*. El espacio de maniobra de ellas sin policía judicial parecía muy reducido. Su relación con el Consejo de Seguridad seguía siendo motivo de sospecha de que solamente se había creado otro instrumento más de las grandes potencias que dominan el Consejo de Seguridad, para garantizar sus intereses políticos en los conflictos de los Balcanes y en África. Las sospechas se nutrían aún más con la actitud ambigua de las Naciones Unidas y de la OTAN en Yugoslavia, cuando sus tropas se negaban a cumplir con su rol policial a favor de las órdenes de la Corte Penal Internacional. ¿Sería la Corte sólo un instrumento represivo más dentro del diseño sospechoso de un “nuevo orden mundial” al servicio de los poderes hegemónicos del Norte?¹⁴

Pasados los tres años de existencia, en 1995, el balance del trabajo de la corte para la ex Yugoslavia superaba las expectativas más optimistas, gracias en buena parte a la labor firme y tenaz del primer procurador de la Corte, Richard Goldstone. Goldstone, anteriormente juez de la Corte Suprema de Sudáfrica, supo usar hábilmente los poderes que le dio el Estatuto de la ICTY¹⁵. Estos estatutos, que hacen referencia expresa a los principios de justicia formulados en Nuremberg, y a los demás instrumentos de derecho internacional creados en las décadas siguientes, resultaron un buen fundamento no sólo para la labor de la corte *ad-hoc* sino también para una futura corte penal permanente.

Bajo la conducción de Richard Goldstone y de sus sucesores la Corte ganó prestigio, y son pocas

las voces que ahora le reprocharían parcialidad o manipulación por intereses políticos. Fue su criterio independiente lo que le permitió atravesar, más o menos a salvo, por los momentos de crisis, primero cuando en los acuerdos de Dayton la cooperación con la Corte fuera impuesta a las partes del conflicto –sin que esto significara un apoyo incondicional a la labor de la Corte por los poderes de la OTAN–; y más tarde, cuando se abortó la investigación de la fiscal Del Ponte sobre las violaciones al DIH cometidas por las fuerzas de la misma OTAN durante la guerra de Kosovo. Pese a que la ICTY fue creada por el Consejo de Seguridad como instrumento para un determinado fin político, los jueces y fiscales de la Corte sabían, por regla general, mantenerla al margen de los juegos políticos, convirtiendo su apego a la estricta normatividad jurídica, o sea a lo apolítico, en un factor político que pronto se tuviera que tomar en cuenta en la solución del conflicto, gustara o no a los diplomáticos. Por primera vez en medio siglo, la justicia había regresado al escenario de crímenes contra la humanidad.

Aun así, con un balance mejor de lo que se podía esperar, el paso que se ha dado en La Haya con la ICTY y su órgano paralelo, el Tribunal Criminal Internacional para la guerra de Ruanda (ICTR), quedaba chico ante las exigencias y esperanzas generadas por el Tribunal Internacional Militar en Nuremberg. En 1995 lo único que se vislumbraba de una Corte Penal Internacional permanente y universal eran las versiones cada vez un poco más avanzadas de un borrador de estatuto de una Corte Penal Internacional permanente, presentadas por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Por lo que se conocía de estos borradores, las competencias de una posible corte internacional iban a ser menores que las competencias que se dieron a las cortes *ad-hoc* para Yugoslavia y Ruanda. Estimábamos en la conferencia: “Grande es todavía el temor de los gobiernos del mundo ante una justicia internacional independiente. Y lo que nosotros admiramos como conducta independiente en la corte para la ex Yugoslavia, para muchos gobier-

¹⁴ Como ejemplo de una voz bien articulada desde el sur: “Globocop? Time to Watch the Watchers”, en *Third World Resurgence*, N° 52, 1994, pp. 39-42. El autor, copresidente del Pacific Asia Resource Center, recuerda que el mismo gobierno de Estados Unidos que después propulsaría la creación de la Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia, durante décadas se negó a firmar la Convención contra el Genocidio de 1948, justamente por temores relacionados con la creación de una Corte Penal Internacional, prevista por esa Convención.

¹⁵ Su ponencia en la conferencia de Nuremberg de 1995 fue publicada en español. Goldstone Richard, “Cincuenta años después de Nuremberg: Un nuevo Tribunal Penal Internacional para criminales que atentan contra los derechos humanos”, en *Memoria*, N° 8, 1996, pp. 4-11 (también en: www.menschenrechte.org).

nos simplemente es un peligro que no quieren fomentar.”

La Corte Penal Internacional

Sin embargo, como hemos visto, el clamor por una Corte Penal Internacional independiente, con jurisdicción material para los crímenes de guerra y de lesa humanidad conforme a los principios de Nuremberg, nunca había desaparecido por completo del debate. En principio, había dos caminos para realizar una corte: institucionalizarla como órgano de las Naciones Unidas, o mediante un convenio. Lo primero, sin duda la solución de máxima autoridad para la corte, significaba modificar la Carta de Naciones Unidas, tarea utópica entonces como hoy porque requiere dos tercios de los votos en la Asamblea General más la aprobación de todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Las resistencias de no pocos Estados y el amplio escepticismo que se vio también en la conferencia de Nuremberg, sin embargo, no desanimó a una gran coalición de ONG de derechos humanos nacionales e internacionales de seguir abogando por la corte. Aun así fue grande la sorpresa cuando en diciembre de 1996 una mayoría de los Estados decidió, en la Asamblea General de diciembre de 1996, convocar una Conferencia de Estados para mediados de 1998 en Roma, con el fin de “establecer una Corte Penal Internacional”. La decisión para muchos era temeraria y hasta contraproducente en vista de los riesgos inherentes de un fracaso de dicha conferencia, considerando el poco tiempo de preparación que quedaba y la visible falta de consenso.

La sorpresa se manifestó mayor cuando la convocatoria fue atendida por nada menos que 162 gobiernos, además de muchas organizaciones intergubernamentales, ONG y organismos de la ONU. No cabe aquí volver a contar los pormenores de la conferencia de Roma¹⁶, pero los participantes coinciden en que las negociaciones estuvieron marcadas desde el comienzo por la divergencia de visiones de un amplio grupo de países con opiniones afines (*like-minded countries*) que abogaban por una corte fuerte e independiente, y un grupo menor pero que incluía a poderes

grandes como Estados Unidos, Rusia, China e India, que no querían que se tocara el principio de soberanía de los Estados, dejando a la corte sin poder real. Lo interesante en los debates de Roma fue ver que la idea de una instancia judicial mundial, independiente y efectiva, había ganado muchos adeptos no sólo en Europa y América Latina sino también entre los pequeños países del “Tercer Mundo”. La idea de una justicia universal se había ya universalizado. Como bien lo decía el gobierno colombiano al presentarlo a los pocos días de adoptarse en 1998, “el estatuto de la Corte Penal Internacional expedido el 17 de julio de este año [1998] en Roma, puede verse entonces como un paso definitivo en el proceso de cosmopolitización y universalización de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, que confiere amplios mecanismos coercitivos para hacer efectivas las prohibiciones que hasta ahora se habían generosamente desarrollado, pero que carecían de la posibilidad real de hacerse cumplir y, por tanto, de impedir que sus autores quedaran en la impunidad¹⁷.”

Firmaron el estatuto en la misma Roma 120 Estados, una cifra que pocos habían esperado al comienzo de la conferencia. Una de las concesiones a los opositores del estatuto había sido el número bastante alto (60) de ratificaciones necesarias para su entrada en vigencia. Nuevamente se dio la sorpresa de que esta cifra se logró a los dos años de la aprobación del estatuto, de manera que entró en vigencia el 1 de julio de 2000. En junio de 2005 eran 139 los Estados signatarios del estatuto, y 99 Estados, es decir, más de la mitad de los miembros de la ONU, lo habían ratificado, y esperaban a México como el Estado 100 en ratificarlo.

Mientras tanto, la corte se había constituido, el presidente y los jueces habían sido elegidos, el fiscal había sido nombrado y había iniciado sus primeras investigaciones. La CPI se ha convertido en un tema debatido en todo el mundo, mucho más allá de los círculos de abogados y defensores de derechos humanos. Lo muestran no sólo la prensa de muchos países sino también su entrada, por la puerta grande, a las pantallas de Hollywood en la película de suspense *The Interpreter*.

En contraste con estos avances tan importan-

¹⁶ Lee Roy (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, La Haya 1999; Weschler Lawrence, “Exceptional Cases in Rome: The United States and the Struggle for an ICC”, en Sewall Sarah B. y Kaysen Carl (eds.), *The United States and the International Criminal Court*, Lenham, 2000, pp. 85-111.

¹⁷ Presidencia de la República, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, 1998, p. 8. El gobierno colombiano firmó, como la mayoría de los Estados latinoamericanos, el Estatuto de Roma.

tes como inesperados, el gobierno de Estados Unidos, que había impulsado las cortes *ad-hoc* de la ex Yugoslavia y de Ruanda, y que había pertenecido al grupo de países que convocaron la Conferencia de Roma, en la conferencia misma comenzó a dar marcha atrás. Presionado por una fracción militante del Congreso, Clinton dispuso que la delegación de Estados Unidos no aprobaría el estatuto. La línea dura cobró mucho más fuerza con el nuevo gobierno de George W. Bush quien retiró, en un paso inédito, la firma que Clinton por motivos tácticos había dado en el último día de su gobierno.

Mucho se ha debatido sobre los verdaderos motivos de la posición norteamericana. Se ha tratado en muchos escritos de convencer a los legisladores y funcionarios del gobierno de Estados Unidos de que se equivocan en su temor hacia la CPI, que el caso de que un funcionario estadounidense pueda ser llevado a la corte es irreal, y que su lectura del estatuto es errónea. Pero la posición del gobierno y el Congreso de ese país no se debe a un error de interpretación sino a una opción clara: no se acepta ni siquiera la más remota y teórica posibilidad de que un ciudadano estadounidense pueda ser juzgado por un tribunal que no sea nacional. En una conferencia en septiembre de 2002 en el Aspen Institute en Berlín, el entonces viceministro de Defensa y hoy designado embajador ante las Naciones Unidas, James Bolton, expuso con autoridad y claridad la posición de su gobierno: “For a number of reasons, the United States decided that the ICC had unacceptable consequences for our national sovereignty. Specifically, the ICC is an organization whose precepts go against fundamental American notions of sovereignty, checks and balances, and national independence. It is an agreement that is harmful to the national interests of the United States, and harmful to our presence abroad”¹⁸.

Lo que los promotores de la corte defendieron como requisito imprescindible de una justicia despolitizada –la facultad del fiscal de actuar con independencia–, es para Estados Unidos una de las principales piedras en el camino: “Indeed,

the supposed ‘independence’ of the Prosecutor and the Court from ‘political’ pressures (such as the Security Council) is more a source of concern than an element of protection. [...] True political accountability is almost totally absent from the ICC”¹⁹. “Responsabilidad política” equivalente a un control por organismos si no de Estados, por lo menos controlables por ellos. Frente a la independencia judicial, esta es una disyuntiva determinante en la disputa alrededor de la CPI entre Estados Unidos y los países que soportan la corte, y todos los demás organismos de derechos humanos.

Las medidas diplomáticas y legales tomadas desde la aprobación del Estatuto de Roma demuestran que Estados Unidos busca imponer sus criterios frente a la corte, incluso cuando el costo político es incalculable. Las medidas más agresivas son la imposición de convenios bilaterales, de no extradición (bilateral immunity agreements, BIA) con –hasta mediados de 2005, según fuentes americanas– unos 100 gobiernos, sean ellos partes del estatuto o no. Según la ley interna que rige estos convenios, sólo gobiernos que firman tales acuerdos pueden recibir ayuda militar (con algunas excepciones para limitar el daño político). En los casos en que un gobierno parte del estatuto firma un convenio de esta naturaleza, como fue el caso por ejemplo de Colombia, viola el estatuto. De los 99 gobiernos que ratificaron el Estatuto de Roma, unos 30 habrían firmado un convenio de no extradición con Estados Unidos. Todavía no queda claro cómo las partes que constituyen la CPI, representadas en la “Asamblea de Estados”, resolverán esta contradicción.

En el campo interno, Estados Unidos se ha servido de una legislación llamada “Ley protectora de los soldados americanos” (American Servicemen Protection Act, ASPA), que prohíbe a las autoridades estadounidenses cualquier forma de cooperación con la CPI, y condiciona la participación de Estados Unidos en misiones internacionales con la garantía formal de no extradición bajo ninguna circunstancia, e incluso delega al presidente el poder de tomar “todas las medidas

¹⁸ Sewall Sarah B. y Kaysen Carl (eds.), *ob. cit.* Bolton John R., *Under Secretary for Arms Control and International Security*, Remarks at the Aspen Institute Berlin, Alemania, 16 de septiembre, 2002. La traducción de la cita al español es: “Por varias razones, Estados Unidos decidió que la CPI es una organización cuyos preceptos van en contra de las nociones norteamericanas fundamentales de soberanía, pesos y contrapesos e independencia nacional. Este es un acuerdo que resulta perjudicial para los intereses nacionales de Estados Unidos y en detrimento de nuestra presencia en el extranjero”.

¹⁹ La traducción de la cita al español es: “Sin duda, la supuesta ‘independencia’ del Procurador y de la Corte de presiones políticas (como las del Consejo de Seguridad) es más una fuente de preocupación que un elemento de protección [...] La verdadera responsabilidad política está casi completamente ausente de la CPI”.

necesarias” para lograr la libertad de un funcionario estadounidense en caso de que se encuentre en poder de la corte. Esta última previsión le ha merecido al ASPA en Holanda el sobrenombre de “Bomb-The-Hague-Act”.

Obviamente esta política extremadamente agresiva contra la CPI está en contradicción chocante con las tesis norteamericanas de 1945. Todos los miembros del Tribunal de Nuremberg que están vivos se han pronunciado en términos críticos sobre la política de Estados Unidos hacia la CPI. El ex fiscal de Nuremberg y especialista en derecho internacional Benjamín Ferencz llegó incluso a La Haya para izar frente a la corte, a título personal, la bandera de rayas y estrellas que no estaba presente de manera oficial. En su breve discurso rescató los principios desarrollados en Nuremberg, con participación prominente de Estados Unidos, de una justicia internacional basada en la ley, imparcial e independiente. “La ley no es una calle de dirección única”, exclamó, exhortando a su gobierno a ser coherente con su actitud en Nuremberg. “Como los alemanes tenían que aprender durante la época nazi –continuó– la doctrina ‘My country right of wrong’ (el derecho de mi país a equivocarse) es una receta para llegar al desastre”.

A pesar de toda la animadversión de Estados Unidos y otros países, como China o Rusia, que se escudan bajo la arremetida estadounidense sin pronunciarse en términos tan agresivos, la Corte Penal Internacional ya es un hecho. Ha dado sus primeros pasos reales que revelan que ni para unos ni para otros es perfectamente previsible el rumbo que va a tomar este experimento novedoso en la historia de la humanidad. Los casos de Uganda, Colombia y Darfur, de acciones que provienen o implican a la corte, ilustran el potencial pero también los problemas inherentes al organismo.

El caso de Uganda

En julio de 2003 el recién nombrado fiscal, el argentino Luis Moreno Ocampo, quien había tenido a su cargo en Argentina la acusación en el proceso a la Junta Militar, abrió investigación contra el líder del Lord’s Resistance Army, un grupo rebelde conocido por su extrema crueldad. Lo hizo a pedido del presidente de Uganda, conforme con el estatuto que provee los pedidos de gobiernos partes del estatuto como uno de los caminos regulares para iniciar una investigación.

Casi dos años más tarde, voceros del mismo gobierno de Uganda propusieron al fiscal aban-

donar la investigación porque el gobierno estaba en negociaciones prometedoras con el Lord’s Resistance Army, que no deberían ser obstaculizadas por una investigación penal por parte de la corte. Obviamente, este procedimiento pone a la corte frente a un dilema profundo: si acepta la propuesta se presta a ser peón en juegos políticos que ella no controla, se deja politizar sin quererlo y sienta un precedente que puede desgastar su capital más importante: su buena fama de regirse por la ley y nada más. Si no cumple con el pedido se gana la imagen de ser insensible a las exigencias de la paz, de perseguir un legalismo inflexible e irracional, y posiblemente pierde el apoyo de gobiernos en situaciones similares. El fiscal parece haber optado por una reacción muy prudente, insistiendo en el reglamento y buscando una salida al ofrecer suspender la investigación: le dejaría abierta la posibilidad de retomarla en el momento que le parezca oportuno.

Evidentemente, el caso se sitúa en un debate mucho más profundo y discutido no solamente en Uganda acerca del rol de la justicia en procesos de paz. El pragmatismo de las teorías sobre resolución de conflictos, con su premisa de que todas las partes en conflicto tienen igual derecho y tienen que salir con las caras limpias de la negociación, choca con el principio de la filosofía de los derechos humanos, que enfatiza en la probable perpetuación de crímenes no sancionados y ve en la independencia del sistema judicial una garantía, si no para todo conflicto actual, por lo menos para conflictos futuros. En el caso concreto, organizaciones de derechos humanos ya han pedido al fiscal no ceder a presiones políticas sino resguardar el principio de independencia de la vía jurídica. Ardua tarea de enorme responsabilidad para el fiscal al sentar un precedente conciliando estas exigencias no necesariamente tan contradictorias.

El caso de Colombia

Paralelamente a sus conversaciones con los enviados de Uganda, el fiscal, valiéndose de los artículos 15 y 53 del estatuto, se puso a redactar una carta al embajador colombiano ante la CPI, en la cual advierte al representante de Colombia que “en virtud de la ratificación del Estatuto de Roma por el Estado Colombia, la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción sobre los crímenes definidos en el Estatuto de Roma que hayan sido cometidos en Colombia o por nacionales colombianos a partir del primero de noviembre de 2002”. Agrega que no sólo tiene la facultad

[33]

sino la obligación de informarse sobre denuncias que le llegaron acerca de crímenes de lesa humanidad, despejando de paso un malentendido cultivado en Colombia acerca de los alcances de la invocación por parte de Colombia del artículo 124 al ratificar el Estatuto, el cual extiende por siete años la impunidad en materia de crímenes de guerra, pero no así para los crímenes de lesa humanidad y genocidio. Además de mostrarse preocupado por los persistentes patrones de hechos que podrían ser crímenes según el Estatuto de Roma, la Fiscalía también pidió información “de los tantos anteproyectos de ley que han sido discutidos recientemente y se refieren a la creación de medidas para investigar y castigar a los líderes de grupos ilegales que hayan cometido crímenes graves”, agregando que “tales iniciativas son claramente de gran interés para la Fiscalía”.

La carta no sólo tiene interés e importancia desde la perspectiva de Colombia, respecto a la cual señala con bastante claridad los límites de proyectos (de impunidad) en discusión en el contexto con los “procesos de desmovilización” de los grupos paramilitares. No parece casualidad la coincidencia de la carta a Colombia con el procedimiento hacia Uganda. Con la carta, confidencial pero ya en manos de los medios de comunicación, el fiscal deja claro que examina cada caso de acuerdo con su propia lógica y que desde el caso de Uganda no se puede sospechar que esté inclinado a favorecer la impunidad. A la vez la carta abre un campo de acción para la corte, que se sitúa por debajo de las medidas de investigación propia. Pedir de manera oficial información sobre determinados asuntos para examinar la posibilidad o necesidad de iniciar una investigación, bien podría ser un mecanismo de cierta eficacia para advertir a un gobierno que corre “peligro” de una investigación formal.

El caso de Darfur

Las masacres continuas en la región de Darfur en Sudán occidental han enfrentado una vez más a la “comunidad internacional” y en particular a la ONU con una situación de crímenes masivos de lesa humanidad (sin entrar en el debate de si se trata de genocidio, irrelevante en la opinión de este autor) y el reto de tomar medidas para terminar las agresiones. Una de las propuestas ha sido, desde los primeros momentos, referir el caso a la CPI. Como Sudán no es parte del Estatuto de Roma, la corte no puede actuar, como en el caso de Colombia, por su propia autoridad. El único camino previsto en el estatuto para que la

corte actúe en casos que se desarrollan en países fuera de su jurisdicción territorial, es mediante una resolución del Consejo de Seguridad. Es el mismo mecanismo que se usaba en la creación del ICTY y del ICTR, y de hecho Estados Unidos propuso la creación de un nuevo tribunal *ad-hoc* para Darfur. Ante la existencia de la CPI, la propuesta fue entendida y rechazada por una mayoría de Estados que veían en ella, más que una solución para Darfur, un intento de debilitar y desautorizar la CPI. Finalmente, Estados Unidos cedió, absteniéndose –junto con China, Brasil y Algeria– en el voto de la resolución 1593 mediante la cual el Consejo de Seguridad decidió a fines de marzo de 2005 referir la situación de Darfur al fiscal de la CPI, valiéndose de sus facultades expresadas en el capítulo VII de la carta, es decir, por el mismo mecanismo con que había creado el ICTY y el ICTR.

El lenguaje de la resolución muestra las marcas de la complicada negociación que la había hecho posible. Repite, como concesión a Estados Unidos, la exención de una posible persecución de todos los participantes en operaciones internacionales en Sudán. Hace varias referencias al Estatuto de Roma, concesión esta vez de Estados Unidos, pero evita citar el artículo 13 que es el que faculta el Consejo de Seguridad para tomar medidas como la de remitir la situación de Darfur a la corte. En vez de ello, invoca el artículo 16, como advertencia velada, que permite al Consejo de Seguridad suspender una investigación del fiscal.

Sin embargo, lo importante para el futuro de la CPI es el hecho de que, apenas iniciada la labor de la Fiscalía, se recibe un primer caso vía el Consejo de Seguridad, un mecanismo que no se consideraba en la regla de los procedimientos de la corte sino más bien la excepción. La resolución obliga al gobierno de Sudán, que no forma parte del Estatuto de Roma, a cooperar plenamente con la CPI. El principio de adhesión voluntaria a la Corte mediante la ratificación del estatuto, que es el que distingue a la CPI de las cortes *ad-hoc* desde Nuremberg hasta ICTR, se ve desde la fase inicial complementado por la coerción. De esta manera, la corte se viste de más autoridad y ve reforzado su vínculo con el ente más poderoso de las Naciones Unidas. Los gobiernos del mundo han de aprender que la no adhesión a la corte no los exime automáticamente de la posibilidad de tener que rendir cuentas ante ella.

Pero el precio de este incremento de “garras” es el sabor a politización, a ser un instrumento de

[34]

las grandes potencias que determinan las decisiones del Consejo de Seguridad, más aún cuando al mismo tiempo que Sudán se ve obligado a cooperar con la CPI, Estados Unidos y otros “cooperantes” vuelven a insistir en su propia inmunidad.

Los tres casos discutidos que se han producido en 2005, al poco tiempo de iniciarse de verdad la labor de la corte, marcan puntos de importancia estratégica en el desarrollo de la institucionalidad de la CPI. Son retos complejos para la corte, cuya solución determinará si se podrá ganar en la práctica el reconocimiento y la legitimidad que grandes sectores en todo el mundo le han prestado desde el comienzo.

IV. DERECHO PENAL Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL PROBLEMA DE LA FUNCIÓN SOCIAL Y POLÍTICA DEL CASTIGO EN EL CONTEXTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Venganza, derecho y rehabilitación

“La justicia es un derecho humano”. Con estas palabras, el alto comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, José Ayala Lasso, comenzó su discurso en una conferencia celebrada en 1995, en conmemoración de los 50 años del proceso de Nuremberg²⁰. El fiscal de La Haya, Richard Goldstone, precisó: “La justicia no es solamente una cuestión del castigo de criminales de guerra y de derechos humanos. Es también una cuestión del reconocimiento de los sufrimientos de las víctimas. Y para los afectados, en muchos casos, este reconocimiento es una parte esencial de su proceso de rehabilitación”²¹. Estas palabras de dos altos funcionarios del sistema de protección de derechos humanos de la ONU van al núcleo del debate sobre la impunidad de crímenes de derechos humanos que adelantan, desde hace muchos años, ante todo organizaciones no gubernamentales en el área de derechos humanos. Todavía no son frecuentes palabras tan claras por parte de funcionarios de la ONU.

Cuando pedimos castigo para los perpetradores de crímenes de derechos humanos, con frecuencia se nos pregunta si no somos capaces de perdonar y de reconciliarnos. Tenemos que defendernos contra la sospecha de que buscamos

en realidad venganza, un discurso que también tiene precedentes en los debates en torno al proceso de Nuremberg. Frente a este discurso antivenganza que nos pide prescindir de la venganza mientras nos niega el derecho, hay que poner en claro algunos hechos elementales de la historia de la humanidad, y del derecho en particular. Es cierto que la práctica de la venganza pertenece a un estado primitivo de la historia de la humanidad, cuando el ejercicio de la venganza era probablemente el único medio para lograr la restitución de un equilibrio social entre clanes, roto por un acto que ponía en peligro la convivencia, como lo es un asesinato. Resultó, a lo largo de la historia, y con un desarrollo cada vez más diferenciado de las sociedades, que este recurso de la venganza se volvió dañino para ambas partes, tanto para el perpetrador con su grupo familiar como para la víctima y los suyos. Surgieron instancias mediadoras que se convirtieron en un sistema separado de las partes interesadas, y finalmente, en las sociedades altamente diferenciadas, surgió el complejo sistema judicial como lo conocemos.

La justicia como subsistema de la sociedad reemplazaba al ejercicio privado de la venganza. Pero no nos equivoquemos sobre la subsistencia de profundos sentimientos en la conciencia y subconciencia popular sobre la relación entre el dolor sufrido y el castigo como recurso para borrar ese dolor²².

La ambigüedad semántica de la palabra *pena*, que se mantiene en los otros idiomas latinos, y que amalgama los conceptos de *dolor* y de *castigo*, nos debe advertir sobre esta estructura compleja y profunda del pensar humano. La idea cristiana del sufrimiento de Cristo como sufrimiento representativo necesario para la salvación de toda la humanidad, o también la imaginación medieval del purgatorio, son expresiones de este mito en nuestra cultura. Existen otros equivalentes en otras culturas del mundo. Cuando la justicia no cumple con su tarea de restituir la parte dañada en su derecho legítimo, el regreso a la venganza como una expresión primitiva de la necesidad de purgar el dolor injusto por la pena justa recobra fuerza y queda como posibilidad y peligro.

[35]

²⁰ Ayala Lasso José, “La justicia es un derecho humano”, en *Memoria*, N° 8, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, 1996, pp. 22-23 (también en: www.menschenrechte.org).

²¹ Goldstone Richard, “Cincuenta años después de Nuremberg: un nuevo Tribunal Penal Internacional para criminales que atentan contra los derechos humanos”, en *Memoria*, N° 8, 1996, pp. 4-11 (también en: www.menschenrechte.org).

²² Panikkar Raimon lo llama el “mito de la pena”. Panikkar Raimon, *Myth, Faith and Hermeneutics*, Nueva York, Ramsay, Toronto, 1979.

En un sistema de derecho, la venganza no sólo es dañina sino también ilegítima²³. La sociedad no la va a tolerar. Otra situación se da cuando el derecho, de manera generalizada y obvia, falla en su función y se niega a hacer justicia a las víctimas de graves violaciones. ¿Quién denegaría, en estos casos, a las víctimas la legitimidad de la venganza como último recurso? A pesar de esto, los casos en que las víctimas realmente ejercen un acto de venganza contra sus victimarios son prácticamente nulas²⁴. Los pocos ejemplos que se conocen tienen normalmente más el carácter de una demostración pública que de un acto personal de venganza²⁵.

En realidad, nadie ha interiorizado mejor el tabú de la venganza pronunciado por la civilización moderna que aquellos que más razones tendrían para transgredirlo: las víctimas del terrorismo de Estado. El problema real de las víctimas no es, como dan testimonio muchos estudios psicológicos, la inclinación a la venganza, sino todo lo contrario, la supresión demasiado rígida del deseo inconsciente de venganza, que es una reacción definitivamente humana en términos antropológicos. El psicoterapeuta David Becker, quien durante muchos años ha atendido a víctimas de tortura y de otras atrocidades en Chile, en su libro, acertadamente titulado *Sin odio no hay reconciliación*, relata el sueño de un paciente torturado. En su sueño, el paciente había cambiado de rol y debió dar la orden de torturar a su propio torturador. Ni siquiera en el sueño pudo hacerlo,

se despertó vomitando²⁶. Lo más frecuente es que las víctimas viertan sus sentimientos de agresión no contra sus victimarios sino contra sí mismos y los suyos. La renuncia prematura al deseo de venganza, ante la falta de justicia, es el verdadero problema que tiene la venganza.

La salida del trauma sufrido por la vía de la autodestrucción era muy frecuente también entre las víctimas del nazismo-fascismo en Europa. Baste recordar la vida y las reflexiones de Primo Levi, el escritor judío-italiano que sobrevivió a Auschwitz, y que décadas después se suicidó. En uno de sus libros, que reflejan la experiencia extrema del campo de concentración, describe la destrucción humana que crea el “gran pecado”, como llama a los crímenes nazis. Incluso después de terminado el régimen nazi, este crimen se perpetúa de mil maneras, escribe Levi, “contra la voluntad de todos, como deseo de venganza, como transigencia moral, como denegación de la realidad, como fatiga y resignación”²⁷. Para Levi, todas estas reacciones quedaban en el mismo plan que la venganza, y en realidad eran mucho más frecuentes. La resignación y la negación son solamente formas invertidas o perversas de venganza, otras reacciones insanas ante el crimen que no es alcanzado por la justicia.

La justicia es en realidad el remedio que mejor puede sanar las torsiones psíquicas que miles y millones de víctimas han sufrido. Ella es, como lo dijo Richard Goldstone y lo saben los terapeutas clínicos, la medicina que requieren los

[36]

²³ No faltan los ejemplos que demuestran la sensibilidad popular frente a este nexo entre la disposición de suprimir el deseo de venganza y la existencia de un sistema judicial operante y eficaz. Pero si el funcionamiento del sistema judicial se aleja demasiado de lo que la opinión popular percibe como “la justicia”, rápidamente se pueden abrir abismos de desconfianza que nos remiten a la persistencia del deseo de venganza y de la disposición de reivindicar el derecho a “hacer justicia” por parte de la población misma. Recordemos que en Bélgica, durante algunos meses de 1996, la aparente falla de la administración judicial en investigar cabalmente un escándalo de abuso sexual de menores llevó a la manifestación pública más concurrida de la historia del país. El auge de prácticas de linchamiento en muchos países, también de América Latina como Guatemala o Perú, entre otros, también se puede entender como reacción, retroceso, frente a la falta de procurar justicia de los sistemas judiciales.

²⁴ El médico argentino Jorge Bergés, tristemente conocido por su participación activa en actos de tortura, secuestro y desaparición de menores (ver su retrato en la “Galería de represores” que publicó el mensuario *Madres de Plaza de Mayo* en junio de 1995), sufrió un atentado en abril de 1986. Lo que en un primer momento fue considerado un acto de venganza por la impunidad de la que goza este médico criminal, después aparecía como un ajuste de cuentas entre distintas facciones de represores. El atentado no fue esclarecido ante la justicia.

²⁵ Tal el caso de dos de los atentados más espectaculares entre las dos guerras mundiales, el del oficial ucraniano Simon Petljura, abaleado por el judío Schalom Schwartzbard, y el del militar turco Taalat Bey, asesinado por el armenio Tindelian. Ambas víctimas eran responsables de matanzas genocidas contra los pueblos judío y armenios respectivamente, y habían quedado sin castigo. El autor del atentado de Petljura, Simon Schwartzbard, reveló con bastante precisión los nexos entre falta de justicia, venganza y memoria pública discutidos aquí, cuando declarara que “La sangre del asesino Petljura recordará los sufrimientos del pueblo judío, desamparado y abandonado”. Arendt Hannah, *Eichmann in Jerusalem...*, ob. cit.

²⁶ Becker David, *Ohne Haß keine Versöhnung. Das Trauma der Verfolgten*, Friburgo, 1992, p. 249.

²⁷ Levi Primo, *Die Atempause* (original: *La tregua*, 1962), Munich, 1988, p. 13 s.

pisoteados y humillados por atropellos contra su dignidad humana en todo el mundo²⁸. Aquí reside el sentido profundamente humano del clamor por la justicia y de la lucha contra la impunidad.

Castigo y disuasión

Si el castigo sirve para disuadir a posibles criminales, es un interrogante sin solución desde los inicios de la jurisprudencia. Las respuestas siempre han sido muy contrarias, y lo serán también en el futuro, porque dependen tanto, o tal vez más, de la filosofía de la naturaleza humana y de la visión de una sociedad que uno tiene, que de datos empíricos. Para el pionero de la moderna filosofía del derecho, el italiano Cesare Beccaria, en su libro *Dei delitti i delle pene* (1764), el castigo era necesario para que los hombres “sientan” la obligación de “no volver al estado primitivo de guerra permanente” y resistan a “aquel principio universal de la disolución, que domina en todo el mundo físico y moral”, una vez que la humanidad haya alcanzado el estado de las leyes, que para Beccaria eran “las condiciones que se impusieron hombres independientes y aislados para convivir en sociedad”²⁹.

Se notará aquí una filosofía del hombre bastante pesimista, la visión hobbesiana del “homo homini lupus”, es decir, que el hombre es lobo para los otros hombres. Desde una antropología más optimista, se puede llegar a conclusiones bien distintas, pero no nos corresponde dirimir aquí este asunto. Lo cierto es que en el ámbito de la “macrocriminalidad” de los grandes crímenes de Estado contra la humanidad, la base empírica para decidir sobre el éxito de la disuasión por el castigo, no existen, simplemente porque casi no hay ejemplos del castigo a criminales contra la humanidad.

Pero el efecto disuasivo no es el único que es necesario discutir en el contexto de la problemática del castigo. Hay otros efectos probablemente más importantes. En un sistema político en que el poder judicial tiene la última palabra, la justicia tiene también la función de mantener intacto y vigente un sistema de valores. Si la justicia falla sistemáticamente contra los valores básicos de la sociedad, éstos quedan irreconocibles, primero para los perpetradores, que pierden su mala conciencia, y después para las víctimas, que pierden su fe.

En un Estado moderno de derecho, hasta ahora, y pese a muchos deseos de tener otros mecanismos tal vez más humanos, el castigo judicial es el recurso más válido que tiene la sociedad para declarar lo que considera justo e injusto. Mientras esto sea así, la condena judicial con su castigo correspondiente o también la falta de condena, tienen un valor de orientación imprescindible. Un crimen sin castigo tarde o temprano perderá su carácter de crimen. Si analizamos bien los pocos testimonios disponibles de perpetradores de graves violaciones de derechos humanos bajo sistemas de terrorismo de Estado, en América Latina o en otras partes del mundo –por ejemplo en la Alemania nazi–, podemos observar la importancia de esta función orientadora de la justicia y de la pena³⁰. Para mí resulta mucho más importante, desde el punto de vista de la prevención, que el efecto disuasivo.

Verdad y justicia

Encontrar la verdad es una función esencial, pero obviamente no la única del sistema judicial. Los jueces no son profetas ni sabios superiores. Sus sentencias son llamadas también “veredictos”, pero la fuerza de la verdad que dicen no radica en una calidad superior de la razón o del criterio de los jueces, ni siquiera se basa necesariamente en la veracidad objetiva de los veredictos judiciales, si bien es cierto que un número elevado de faltas contra la veracidad le quita credibilidad a los juzgados. En última instancia la fuerza de la verdad pronunciada por un juez queda en las consecuencias que ese veredicto tiene sobre los afectados: el acusado y el acusador. La investigación judicial de la verdad normalmente está relacionada con la necesidad de dictaminar una sentencia. Esta es su finalidad y su razón de ser. Ante las cortes, la búsqueda de la verdad se da necesariamente en el marco de la búsqueda de la justicia. En este hecho sencillo queda lo conflictivo y hasta explosivo de la búsqueda de la verdad en los regímenes represivos, e incluso en los regímenes de transición. Con frecuencia se ha podido observar que un gobierno, ante la presión interna e internacional, está dispuesto a admitir que se busque la verdad de lo ocurrido. Pocas veces, en cambio, aceptan las consecuencias de la verdad encontrada, el clamor por la justicia. Se

[37]

²⁸ Rojas Paz, “Crímenes de lesa humanidad e impunidad. La mirada médica psiquiátrica”, en Codepu (ed.), *Persona, Estado, poder. Estudios sobre salud mental*, volumen II, Santiago, 1996, pp. 197-222.

²⁹ Cesare Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen* (original: *Dei delitti i delle pene*, 1764), Frankfurt 1988, p. 58.

³⁰ Con suma claridad en las confesiones del capitán de corbeta de la armada argentina, Francisco Scilingo, recogidas por Horacio Verbitsky en su libro *El vuelo*, Buenos Aires, 1995.

encuentran mil pretextos para evitar que los culpables aparezcan ante la justicia, y si no se puede evitar, no faltan los mecanismos para que salgan impunes.

Como una fórmula mágica, ante este dilema (para los gobiernos, no para las víctimas) surgieron, con distintos apelativos, las “comisiones de verdad”, primero en casi toda América Latina³¹, y después con bastante ímpetu también en Sudáfrica. La intención de estas comisiones es siempre la misma: compuestas por personalidades de alto prestigio moral, las comisiones de la verdad deben pronunciarse para recomponer el orden moral de la sociedad. Se establece un hito de distancia con el pasado, y se espera que este acto simbólico satisfaga los reclamos de las víctimas. En los casos en que esto ha funcionado bien, de hecho se ha producido un momento de rehabilitación moral y público para las víctimas. Sin embargo, para ellas y para la sociedad entera queda un problema sin resolver en las comisiones de verdad: la separación de verdad y justicia.

Sin menospreciar el valor de algunas de estas comisiones, no se puede dejar de lado tampoco su efecto contrario a la rehabilitación. Si la verdad queda establecida, y si esta verdad es una verdad terrible, una verdad de crímenes atroces, de culpas enormes, la falta de justicia queda aún más visible y más sentida. Si a pesar de ser pública la culpa, los culpables pueden seguir como si nada hubiera pasado (según la famosa expresión de los represores argentinos), la continuación del poder y del potencial represivo queda tanto más evidente y amenazador. Si la verdad es sólo para la historia, hace sentir aún más el dolor de la injusticia. En el largo plazo las normas morales, por su parte, no pueden ser protegidas solamente por la indignación pública. Perderán su fuerza normativa en la medida en que no son también aplicadas por medio de la sanción judicial. A diferencia de muchos recursos materiales, el recurso simbólico de la justicia no se gasta con el uso. Al contrario, sólo con el uso permanente recupera su fuerza y vigencia.

En este sentido, el problema del castigo, el perdón y la reconciliación de ninguna manera es un problema privado entre víctimas y victimarios. Lo que se ha violado no solamente es el alma y el

cuerpo de la víctima, son los derechos de todos nosotros que se violan en un individuo violado. “El delincuente es llevado a la corte penal no porque ha dañado a determinadas personas, como en el caso de la justicia civil, sino porque su delito pone en peligro la comunidad como entidad entera” anotó Hannah Arendt en relación con el proceso de Nuremberg.

Si esto es así incluso para un criminal “común”, más lo es para el caso de crímenes cometidos por agentes del Estado, en nombre de la sociedad entera. Tan nefasto parecía a Hannah Arendt la agresión del terrorismo de Estado nazi contra la humanidad, que no vaciló en decir que “es necesario acusar estos crímenes ante la justicia, incluso si la parte dañada –las víctimas– está dispuesta a perdonar y olvidar”. Porque el daño simbólico a la norma de los valores, no pertenece a una relación particular entre víctimas y victimarios, es asunto de toda la sociedad. En el caso de los crímenes de Estado, este asunto es más grave aún. El crimen cometido en nombre de la sociedad sólo puede ser sancionado por la instancia que la sociedad ha creado para tal fin: la justicia. La usurpación de la justicia por el régimen represivo sólo puede ser reparada por la misma justicia. Los que luchamos por los derechos humanos sabemos de la paradoja que queda escondida aquí: perseguidos, calumniados o amenazados por las instancias del Estado volvemos con más terquedad y obstinación a dirigirnos a ese mismo Estado para reclamar justicia. Lo que a veces parece un acto desesperado en realidad es la única esperanza que tenemos: que del Estado real del presente se desenvuelva el Estado de derecho, en el que todos compartamos derechos y deberes ciudadanos, responsabilidades y responsabilidad.

A un lector alemán que buscó escamotear la culpa de los criminales nazis tras el sistema generalizado e impersonal de injusticia que significaba el nazifascismo, Primo Levi contestaba que incluso en medio de la barbarie inconcebible del campo de exterminación de Auschwitz le quedaba clara la “necesidad de responder personalmente cada uno por su culpa y sus errores, porque si no se extinguiría la huella de la civilización de la faz de la tierra, tal como sucedió en el imperio del nazismo”³².

³¹ La obra más completa sobre las comisiones de la verdad sigue siendo: Hayner Priscilla, *Unspeakable Truths. Facing the Challenge of Truth Commissions*, Nueva York, Londres, 2001; también: Cuya Esteban, “Las comisiones de verdad en América Latina”, en *Memoria*, N° 7, 1995, pp. 5-19 y *Memoria*, N° 8, 1996, pp. 24-39 (también en: www.menschenrechte.org).

³² Levi Primo, *Die Untergangenen und die Geretteten* (orig.: *I sommersi e i salvati*, 1986), Munich, 1990, p. 182.