

EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: CONSIDERACIONES GENERALES

CLAUDIO GROSSMAN*

AMERICAN UNIVERSITY WASHINGTON COLLEGE OF LAW, ESTADOS UNIDOS
grossman@wcl.american.edu

Me siento muy honrado de compartir este pódium con destacados juristas, y haber tenido la oportunidad de aprender en estos dos días de las interesantes presentaciones efectuadas en la conferencia. Les confieso que para mí tiene un significado especial venir a la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, como ex alumno de esta universidad: un par de paradojas me ocurren cuando vengo aquí.

La primera es que se supone que el tiempo borra todo, pero la paradoja es que a pesar del paso del tiempo, las vivencias que tuve en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, parecen por el contrario acrecentarse. El recuerdo de mis compañeros, profesores, las experiencias compartidas de estudio y reflexión sobre el derecho y sus propósitos son y han sido importantes y formadoras en mi vida, y aquí las veo aún con más nitidez. La otra paradoja es el tema de la distancia. Pasé parte de mi vida profesional primero en Holanda y después en los EE.UU, sin embargo a pesar de la distancia física, siento a esta Escuela de Derecho muy cerca en sus salas de clases y los espacios abiertos que nos invitaban al pensamiento y la acción, muchas veces con la pasión, el compromiso y el optimismo que caracterizaba a nuestra joven generación.

Entrando específicamente al tema que nos convoca, estas paradojas se materializan también de alguna manera en el Tribunal Penal Internacional y en el Derecho Internacional de los DD.HH. Primero, porque el paso del tiempo, lejos de curar las heridas y borrar todas las cosas, no cumple esa función en el caso de crímenes internacionales, ya que estos son imprescriptibles. En la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de la que fui miembro entre 1994-2001, y actualmente en el Comité contra la Tortura, que presido por los dos últimos años, veo a veces dramáticamente esta imprescriptibilidad, tal como la viven las víctimas. Un tiempo atrás recibí la visita de un grupo representando a las “*comfort women*”, las “mujeres de agrado”: más de trescientas mil mujeres esclavizadas sexualmente

* Decano de la Facultad de Derecho de American University Washington College of Law (WCL) y Titular de la cátedra Raymond Geraldson en Derecho Internacional y Humanitario.

por el ejército japonés durante la Segunda Guerra Mundial. En estas personas, algunas de muy avanzada edad, el paso del tiempo no ha borrado las violaciones impunes de las que fueran objeto. Reflejando de alguna manera fenómenos reales, lo que ocurre en la realidad cotidiana, la comunidad internacional creó el principio de imprescriptibilidad de aquellos crímenes que especialmente chocan con nociones o principios elementales de dignidad humana: los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes contra la paz. Con la imprescriptibilidad buscamos que se haga justicia y evitar que consideraciones de oportunidad política le impidan su realización. La imprescriptibilidad declara a los perpetradores de crímenes internacionales (quienes a menudo no demuestran ningún arrepentimiento por sus crímenes) que su presencia impune en la sociedad, lejos de anclar los hechos en un pasado que quieren alejar, acrecienta nuestro rechazo y repugnancia. Como sabemos, nuestro hemisferio no ha estado exento de crímenes internacionales y en numerosas oportunidades el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reiterado su imprescriptibilidad, señalando, además como corolario lógico, que las leyes de amnistía –dirigidas a lograr la impunidad– son incompatibles con los crímenes internacionales. Un caso paradigmático en este sentido es Barrios Altos contra Perú, en que una unidad del ejército peruano asesinó “por equivocación” a quince personas, confundiéndonlas con terroristas de Sendero Luminoso. Ciertamente, Sendero Luminoso es uno de los peores grupos terroristas en el mundo, si es que podemos efectuar categorías en este tema, Pero cuando se autoriza licencia para matar violando el estado de derecho (por ejemplo a personas desarmadas o presas), estas “equivocaciones” ocurren regularmente, además de deteriorar la legitimidad de quienes las ordenan y ejecutan. El Gobierno de Perú de la época, intentó evitar la investigación que reclamaron los familiares de las víctimas, adoptando una ley de amnistía, la que fue declarada incompatible por la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana. Uno de los cargos que planteó el Perú para solicitar exitosamente la extradición del Sr. Fujimori, fue precisamente Barrios Altos.

La distancia con el lugar en que ocurren los crímenes internacionales no nos aleja de ellos. Esto refleja un sentir ético común de que todos somos habitantes de este planeta, sentir común desarrollado por las características de la vida contemporánea, en que es cada vez más difícil identificar asuntos que sean exclusivamente nacionales o exclusivamente internacionales, al extremo que hemos desarrollado nuevos términos –por ejemplo “transnacionales”– para describir la creciente interdependencia de los fenómenos contemporáneos que nos vinculan: la protección del medio ambiente, el comercio, la paz y seguridad, el desarrollo económico, la educación, la protección de la salud, las comunicaciones, y podemos seguir interminablemente completando la lista prácticamente con todo lo que nos rodea. En ese contexto de interdependencia, a conceptos tradicionales del derecho penal como la jurisdicción territorial (solo el Estado donde se cometió un crimen puede juzgarlo) o la jurisdicción basada en la nacionalidad del imputado, se agregan nuevas bases jurisdiccionales como es la jurisdicción universal; si estamos en presencia de un crimen que impacta a todos, el derecho a juzgar no está limitado ni por territorio ni por nacionalidad.

Recientemente, como presidente del Comité contra la Tortura, tuve la oportunidad de presenciar activamente en Senegal la aplicación de principios de jurisdicción universal. El propósito de la misión del Comité fue discutir con las autoridades de Senegal el cumplimiento por ese país con sus obligaciones de acuerdo con la Convención contra la Tortura, específicamente su artículo 4, que establece la obligación de extraditar o juzgar a quienes se les impute ser responsables de torturas. En Senegal se encuentra Hissène Habré, ex dictador de Chad, a quien se imputan innumerables violaciones a los derechos humanos. Senegal no dio curso a la extradición de Habré a Bélgica, por lo que corresponde, aplicando el art. 4 del tratado contra la tortura, su juzgamiento en Senegal. No importa aquí ni dónde se cometieron los crímenes ni la nacionalidad del imputado. De acuerdo a tratados adoptados y ratificados por los Estados, se concreta el carácter transnacional de crímenes que la comunidad internacional ha decidido nos afectan a todos.

La jurisdicción universal supone la aplicación por tribunales nacionales o internacionales de normas internacionales, incluso aunque el derecho nacional del país donde ocurrieron los ilícitos no haya incorporado los crímenes internacionales en su legislación interna. Los Estados desarrollaron progresivamente, como consecuencia de los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial (los holocaustos de personas por motivos raciales, religiosos, políticos, el exterminio de individuos por discapacidades), la Carta Internacional de los Derechos Humanos. A partir de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se adoptaron tanto derechos como órganos y mecanismos de supervisión internacional de distinto tipo, como Comisiones y Cortes de carácter regional y universal, con el propósito de promover y proteger los derechos humanos. Este proceso –aún en desarrollo– incluye técnicas como Informes de cumplimiento por parte de los Estados, seguidas de Observaciones y Recomendaciones; la creación de Relatores y Procedimientos Temáticos o referidos a países e incluso la posibilidad de presentar peticiones en contra de Estados por individuos que consideren que sus derechos humanos han sido violados. Mientras que en el pasado, en general, el derecho constitucional de cada país era la base y límite o “frontera” de una queja, la protección de los derechos actualmente se fundamenta en el derecho internacional, cuando un Estado es *unwilling* o *unable* (no quiere o no puede) asegurar su respeto.

La creación del Tribunal Penal Internacional y el desarrollo de la jurisdicción universal son pasos significativos dirigidos a expandir la protección de los derechos humanos, al permitir que se identifique y responsabilice internacionalmente a los autores materiales e intelectuales que hayan violado derechos. La comunidad internacional no acepta actualmente que la responsabilidad estatal sea una excusa válida para que se escondan detrás de ella quienes dieron órdenes de cometer crímenes internacionales y quienes las ejecutaron. El velo jurídico “Estado” debe levantarse para ver quién se esconde detrás de él. Esta decisión normativa de ir más allá de la abstracción Estado, refleja profundas convicciones filosóficas y prácticas de que hay que combatir la impunidad para dar efectividad al derecho. Cuando se

cometen crímenes, estos crímenes deben ser castigados, y no son simplemente todos responsables en igual medida, como miembros de un Estado, por la comisión de dichos crímenes. Aplicando este principio, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, con recursos limitados prioriza perseguir la responsabilidad de los “líderes”. Ya en el preámbulo del Tratado de Roma se señala que el propósito de la Corte Penal Internacional es hacer justicia frente a crímenes graves donde anteriormente prevaleció la impunidad y que la Corte puede contribuir a que haya responsabilidad por estos crímenes y finalmente con ello a su prevención, ya que el hacer efectivas las responsabilidades penales constituye un elemento disuasivo de gran importancia.

Quienes me precedieron en esta Conferencia, se han referido extensamente al tema de la jurisdicción de la Corte Penal. Quisiera hacer aquí algunas consideraciones generales. La jurisdicción requiere de la presencia de una “situación”, o sea, un conjunto de eventos específicos, en que a juicio de la Corte se está en presencia de crímenes que caen dentro de la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional. Un Estado puede referir o enviar esa situación a la Corte, como ha ocurrido en el caso de Uganda, la República Central Africana, la República Democrática del Congo. La fiscalía del Tribunal ha jugado un rol activo, buscando convencer a los Estados que envíen situaciones a la Corte Penal Internacional como una manera de asegurar la cooperación de los Estados. Un Estado puede, además, referir la situación de otro Estado siempre que esta situación cubra crímenes que impliquen un Estado parte del Estatuto de Roma. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede también referir a la Corte Penal una situación cuando determina que es una amenaza a la paz y seguridad internacional, como ocurrió con Sudán. Finalmente el Estatuto de Roma establece un mecanismo innovativo para posibilitar la investigación de crímenes internacionales sin intervención estatal. En efecto, el Estatuto da la posibilidad al fiscal de actuar, por iniciativa propia, aunque esta competencia, ya analizada por mis colegas en esta Conferencia, no es absoluta, ya que el Tribunal decide en definitiva si procederá con el examen de una situación. La competencia del Tribunal se extiende a crímenes cometidos después del 1 de julio de 2003. Recientemente, se agregó por la Asamblea de los Estados parte el crimen de agresión, cuya definición había quedado pendiente, bajo la condición de que las dos terceras partes de los Estados parte así lo acepten y a partir del año 2017. Con todo, el acuerdo aún condicional, es un logro importante considerando los obstáculos políticos que habían impedido avanzar en este tema. Por último debe recordarse que por aplicación del principio de complementariedad, el Tribunal debe verificar si se está en presencia de un Estado que, como se señaló anteriormente, no quiso o no pudo investigar adecuadamente crímenes internacionales.

En el análisis de las facultades del Tribunal debe tenerse en cuenta que los tribunales internacionales no ejercen supervisión simplemente midiendo conductas de acuerdo a un estándar, tal como se hace por un sastre cuando mide la cantidad de tela que va en un traje. La supervisión tiene un aspecto creador inevitable por la naturaleza del lenguaje. La Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados confirma esto al establecer como principio

guía de interpretación la centralidad del texto de un tratado, pero atendiendo a su objeto y propósito, a cuya claridad contribuye la práctica coetánea y posterior de las partes en el mismo. Los trabajos preliminares solo se consultan si la aplicación del método interpretativo anterior lleva a conclusiones manifiestamente absurdas.

En el contexto de la inevitabilidad de la interpretación, debe agregarse de que se trata de un Tribunal de reciente formación; el fiscal, por ejemplo, ha debido desarrollar creadoramente algunos conceptos; como por ejemplo su iniciativa de persuadir a Estados a que presenten situaciones ante el Tribunal o sus decisiones de abstenerse de actuar si no se trata de situaciones en que, a pesar de su gravedad, no se está en presencia de una política de Estado dirigida a cometer crímenes internacionales. El espacio de “interpretación creadora” por parte de este y otros Tribunales tiene como contrapartida su responsabilidad en el ejercicio adecuado de sus funciones, según los Estados, la profesión legal, el público en general. La práctica y proyección internacional del Tribunal lleva a identificar numerosos desafíos.

Hasta el momento el Tribunal solo conoce de situaciones sobre África. Este hecho no puede atribuirse a una política deliberada discriminatoria del fiscal ya que las situaciones de que conoce le han sido referidas por el Consejo de Seguridad o por los mismos Estados. Con todo, si no se dan condiciones para abarcar otras áreas geográficas, aumentaran las voces críticas que busquen cuestionar la legitimidad del Tribunal por su concentración geográfica.

El Tribunal enfrenta cuestionamientos además por el impacto negativo que puede tener el introducir el tema de la responsabilidad individual en el caso de conflictos armados o complejos procesos de transición, rigidizando u obstaculizando soluciones requeridas por consideraciones políticas pragmáticas. Este argumento académico, que ataca la noción misma de crímenes internacionales, tiene serias dificultades para explicar la situación de Sudán por ejemplo, en que es generalmente aceptado que no había ninguna posibilidad de acuerdo, hasta que el Tribunal empezó a conocer de la situación. En todo caso los detractores del principio de responsabilidad individual tienen serios problemas para desmentir el carácter persuasivo o de prevención a que contribuye la criminalización internacional de ciertas conductas.

Para un nuevo sistema –que de alguna manera debe inventar su *modus operandi*– temas “técnicos” tienen una gran importancia, como el carácter y organización de sus investigaciones. Escuchábamos anteriormente que se habían efectuado más de sesenta visitas a países. Esto plantea serios temas de seguridad, de idioma, de conocimiento cultural. De más esta decir que el manejo inadecuado de estos temas puede afectar seriamente la legitimidad del sistema, de allí la necesidad de su evaluación y adaptación constante.

La adopción del Estatuto de Roma y la creación del Tribunal Penal Internacional representa un avance ético cuya importancia no se puede exagerar. Si se logran los objetivos que impulsaron a la creación de este sistema de responsabilidad individual, viviremos en un

mundo mejor. Incluso para los detractores de esta nueva institución, la crítica más importante que formulan es su impracticabilidad, sus posibilidades de abuso. No es posible aún señalar que el éxito del Tribunal está garantizado, considerando además que importantes actores internacionales no se han adherido al Estatuto, aunque han referido situaciones al Tribunal a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Si la creación del Tribunal no se hubiera puesto en la agenda de la comunidad internacional, no habría sido posible perseguir su materialización. En un mundo crecientemente descentralizado y expuesto a conflictos, que incluye la proliferación de armas de destrucción masiva, el éxito de esta idea aparece cada vez más no como una aspiración ideal, sino como una necesidad de supervivencia. Todos debemos contribuir a que el realismo prevalezca.