

Avances en la protección de la persona humana.

*Juan E. Méndez**

Juan E. Méndez

Abogado argentino. ExDirector Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; ExDirector Ejecutivo de Americas Watch y Consejero Jurídico de Human Rights Watch. Actualmente es Director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame, Indiana, Estados Unidos.

Avances en la protección de la persona humana

Trataré de que este tema del Tribunal Penal Internacional no resulte demasiado complicado; porque a veces sí puede resultar un poco técnico, francamente. Estamos en los albores de un avance fundamental en la protección de los derechos humanos y creo que el movimiento de los derechos humanos se ha adjudicado por lo menos una victoria parcial importante en Roma en julio de este año*. Es importante, por un lado, que lo celebremos como victoria que es, pero también que construyamos sobre lo que hemos de edificar y que mantengamos la presión para que el Tribunal Penal Internacional comenzado, sea una realidad a corto plazo.

Fundamentalmente, debemos entender que, hasta este año, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha venido haciendo avances en los últimos cincuenta años, especialmente en la creación de estándares de conducta para los estados y, en menor medida, en cuanto a mecanismos de implementación de esos estándares de conducta. Precisamente, en los días anteriores de este curso hemos estado viendo cuáles son esos mecanismos de responsabilidad estatal, como lo destacó muy bien ayer Jorge Taiana en el caso del mecanismo regional, pero también hemos analizado fríamente y con ojos críticos sus limitaciones. De todas maneras, debemos entender que esos mecanismos de implementación tienen que ser mejorados; no tienen que ser menospreciados por sus limitaciones sino todo lo contrario: tienen que ser mejorados con el uso y con la práctica, especialmente con la práctica del movimiento de la sociedad civil por los derechos humanos.

Pero está claro también que tienen una limitación intrínseca: que en el mejor de los casos conseguimos a través de ellos una declaración de que un estado es responsable de una violación de los derechos humanos. La responsabilidad individual del autpV de la violación de los derechos no se

* Se refiere al año 1998.

consigue mediante estos mecanismos sino mediante un proceso penal. Cuando la acción penal debe cruzar fronteras nacionales, se va conformando una especie de derecho penal internacional. Y cuando debemos ocuparnos de ciertos delitos que sacuden la conciencia de la humanidad, el derecho penal internacional se hace muy cercano y muy relativo a los derechos humanos.

Interesantemente, aunque hemos hablado de esto desde hace décadas, recién ahora a fines de siglo, en 1998, empezamos a concretar una forma efectiva de responsabilidad penal internacional. La idea no es nada nueva, al contrario; hay un muy interesante artículo del Profesor Cherif Bassiouni que traza toda la historia de esta idea. Sorprendentemente, la idea de que la comunidad internacional tiene la obligación de castigar crímenes graves de guerra o de violación de derechos humanos es anterior a la Primera Guerra Mundial.

Luego de la Primera Guerra Mundial hubo un intento de procesar al Káiser por crímenes de guerra, que Bassiouni lo narra en ese artículo suyo. En otro intento fallido, durante el interregno entre las dos guerras, la Liga de las Naciones promovió la creación de un Tribunal Penal Internacional, aunque con poco entusiasmo. La iniciativa cayó en el vacío.

Durante la Segunda Guerra Mundial, los aliados empezaron a hablar de crear un Tribunal Penal Internacional para los crímenes de guerra, que se pondría en ejecución después de la derrota del Eje. Sin embargo, se optó por una solución distinta, que ustedes conocen como los famosos juicios de Nüremberg y de Tokio donde, en lugar de un Tribunal Penal Independiente para juzgar esos crímenes, como se había pensado durante los primeros años de la década del cuarenta, se optó por un tribunal de los vencedores, es decir, un Tribunal Militar conformado por las fuerzas que habían triunfado en la Segunda Guerra Mundial.

Esto no deslegitima, a mi juicio, el esfuerzo de Nüremberg, (el de Tokio es un tanto más controversial por las sentencias que dictó). El Tribunal de Nüremberg creó, efectivamente, principios de derecho internacional que son muy útiles para nuestra materia, aunque sí con esta limitación de origen: el hecho de que, en el mejor de los casos, estamos hablando de la justicia de los vencedores impuesta a los vencidos.

El derecho Internacional empieza a evolucionar después de 1945 por todas las vías que ustedes conocieron en estos días y que conocían seguramente de antes. Nuestra materia, específicamente la obligación de castigar las violaciones más graves de los derechos, tuvo una evolución paralela a la creación de normas en estos cincuenta años, y tiene también unos hitos importantes.

La primera convención importante de derechos humanos es la Convención contra el Genocidio, que se dictó a fines de la década de los cuarenta y específicamente dice que, cuando se trata de genocidio, hay una obligación, no solamente de cada estado sino de la comunidad internacional, tanto de castigar el genocidio como también de prevenirlo.

Es importante destacar que esta obligación ha tenido muy poca forma de implementación, especialmente el deber de la prevención del genocidio. En estos últimos años ustedes han visto muchos ejemplos de cómo la comunidad internacional fracasó rotundamente en el ejercicio de esa obligación.

La Convención contra el Genocidio estipula la creación, a futuro, de un Tribunal Penal Internacional y es interesante constatar que pasan alrededor de cincuenta años antes de que efectivamente, se ponga en práctica algo que la mayoría de las naciones habían acordado hacer en la década del cuarenta.

Luego, la Convención contra la Tortura, que es mucho más reciente, también contiene algunas normas que fundamentan esta obligación de castigar, aunque en términos menos estrictos. Dice que “los estados tienen la obligación de hacer la tortura punible en cada estado.” Una interpretación de buena fe, por supuesto, es no solamente que la tortura tiene que estar en los códigos penales como crimen, sino que efectivamente, si ocurre, el estado está obligado a castigar al autor de la tortura.

Más recientemente ustedes conocen la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, que contiene también algunas normas de jurisdicción universal, y la Convención sobre Desaparición en trámite todavía en Naciones Unidas, que va en la dirección de consagrar la obligación de castigar.

Hablando ya directamente del derecho de la guerra, las Convenciones de Ginebra crean la figura de las llamadas “violaciones más graves del derecho de la guerra” y para ellas también se impone la obligación de castigarlas. Es interesante que el primer obligado es, por supuesto, el Estado o las fuerzas armadas de las cuales es miembro el que comete las violaciones más graves a las convenciones de Ginebra. Pero también dicen expresamente, que las fuerzas enemigas pueden juzgarlas, y en su defecto cualquier otro Estado parte de las Convenciones de Ginebra tiene también la obligación de castigar los crímenes de guerra.

De nuevo, éste es un ejemplo de una obligación clara, específica, bien establecida y que lamentablemente en la práctica casi nunca se cumple. No se cumple, en parte porque el primer obligado nunca tiene interés en hacerla cumplir. En segundo lugar, las fuerzas enemigas, a veces, no tienen la posibilidad de hacerla cumplir y cuando termina la guerra normalmente no tienen interés; o si la hacen cumplir, lo hacen con un claro prejuicio contra el posible acusado y efectivamente puede no ser el mejor ejemplo de un acto de justicia, un procesamiento por parte del vencedor al vencido.

Otros elementos del derecho internacional que se refieren a estas obligaciones se encuentran en la doctrina de la extradición. Ustedes saben que el Estado que tiene en su poder a una persona buscada por otro Estado se rige normalmente por tratados bilaterales o multilaterales para extraditar. Pero hay una excepción de la extradición: cuando los crímenes de los que se acusa al individuo sean crímenes cometidos con motivación política. Esta es una excepción a la obligación de extraditar muy aceptada.

Sin embargo, esa excepción tiene otra excepción a su vez, o mejor dicho, una limitación: que los crímenes de *lesa humanidad* o los crímenes de guerra, no se pueden considerar nunca crímenes políticos para los efectos de no ser susceptibles de extradición.

Este es un principio del que se habló muchísimo durante la Conferencia de Roma y en todas las etapas anteriores. En latín, el principio se expresa con las palabras “*aut dedere iudicare*”, que quiere decir: o se extradita o se juzga, pero no hay posibilidad de dejar impunes los crímenes de guerra o los crímenes de *lesa humanidad*.

Estos principios, por tanto, van formando una noción que está muy bien establecida en el derecho internacional y que llamamos “jurisdicción universal” para ciertos crímenes. Quiero destacar que no estamos hablando de cualquier delito o cualquier violación de los derechos humanos, sino de las violaciones más graves: aquellas que alcanzan el rango de genocidio, de crímenes de guerra o de crímenes de *lesa humanidad*.

¿Cuál es la característica esencial que hace que un hecho sea un crimen de *lesa humanidad* y no una simple violación de los derechos humanos?

Es el caso de que se cometan como parte de un patrón de conducta y un esfuerzo deliberado y sistemático. Esto significa en principio, que obviamente son los estados normalmente los que cometen estos crímenes. Pero quiero destacar (porque esto también va a hacer importante la futura jurisdicción del Tribunal Penal Internacional) que los particulares también puedan cometer crímenes de *lesa humanidad*, con tal que lo hagan en forma sistemática y masiva y como parte de un patrón de conducta. El segundo requisito se refiere a la naturaleza de los crímenes: deberá tratarse de tortura, desaparición forzada, ejecución extra judicial o en el caso de crímenes de guerra, violación de la neutralidad de la población civil y otros.

Resulta así que el Tribunal Penal Internacional que tendremos muy pronto, va a poder tener competencia para juzgar no solamente a quienes han detentado el poder del estado, sino también a quienes hayan luchado, por ejemplo, del lado de una fuerza insurgente. Obviamente, el Tribunal Penal Internacional no va a tener competencia para juzgar el delito de alzarse en armas contra un Estado, porque ese delito seguirá siendo un delito de la jurisdicción interna de cada Estado, y no es de ninguna manera un crimen de *lesa humanidad*. Pero si una fuerza insurgente comete atrocidades como crímenes de guerra, sus integrantes pueden eventualmente estar sujetos a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional.

Todos estos antecedentes sustantivos que les acabo de manifestar crean una obligación de castigar. Como dijimos, se trata de un principio emergente del derecho internacional de los derechos humanos por el cual, cuando se trata de este tipo de crímenes, la obligación del Estado con respecto a las víctimas y a la sociedad es, a mi juicio, es cuádruple. Primero, la obligación

de decir la verdad, de explorar y de decir la verdad, no solamente de liberar ciertos documentos que pueda haber en un archivo, sino de activamente buscar la verdad, descubrirla y publicitarla y entregarla, primero a los familiares de las víctimas, pero después a la sociedad toda.

Segundo, la obligación de hacer justicia. No podemos aceptar que una sea alternativa de la otra; no podemos permitir que los gobiernos elijan un menú y digan “bueno, vamos a decir la verdad pero no vamos a hacer justicia”. No; las dos obligaciones tienen que ejecutarse de buena fe y hacer justicia en este caso significa fundamentalmente procesar penalmente a los responsables de estas atrocidades.

Tercero, la obligación de reparar el daño. Ya dijimos en estos días que la obligación de reparación no es solamente una obligación monetaria, aunque la obligación monetaria ciertamente integra la reparación.

Y por último, ésta quizá sea la menos desarrollada de las cuatro obligaciones, pero yo creo que surge con alguna claridad: es la obligación de purificar las fuerzas de seguridad de un estado eliminando de ella a cualquiera que haya participado en violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos.

Esas cuatro obligaciones constituyen, creo yo, un principio emergente relativo a la obligación de castigar, obligación que obviamente primero le cabe al Estado donde se cometieron los crímenes, pero que en sustitución o subsidiariamente, le cabe a la comunidad internacional en sí misma.

Quiero pasar rápidamente a los antecedentes más próximos del Tribunal Penal Internacional, que probablemente ustedes conocerán. Pero no quiero dejar de decir que, lo que hemos experimentado en América Latina, especialmente en aquellos momentos de transición a la democracia de la década de los ochenta, con la lucha del movimiento de derechos humanos y de las sociedades todas por imponer un principio de verdad y justicia, es legítimamente un antecedente relativamente próximo de esta lucha por la creación de un Tribunal Penal Internacional. Mucho de lo que se hizo en América Latina alrededor de las Comisiones de la Verdad, de los juicios cuando se pudieron hacer y de la lucha contra las leyes de amnistía, fue

incorporado a la discusión que ha llevado ahora a la creación de un Tribunal Penal Internacional.

Más directamente relacionado con este último esfuerzo está la creación en esta década de dos tribunales *ad hoc* para juzgar crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad, uno para la ex Yugoslavia y otro posteriormente para Ruanda.

La gran ventaja de estos dos tribunales es que demostraron a la Comunidad Internacional que es posible juzgar estos crímenes a pesar de las obvias connotaciones políticas y las explosivas connotaciones morales que tienen los crímenes de la ex Yugoslavia y Ruanda.

Es posible crear un tribunal que haga justicia y que la haga en forma imparcial, independiente, justa y razonable.

Frente a los escépticos que pensaban que este tipo de justicia es inexorablemente una justicia política, una justicia contingente que depende del momento político que se vive en la comunidad internacional, los ejemplos de los tribunales *ad hoc* existentes son realmente ejemplos paradigmáticos de que sí es posible hacer justicia y que no tenemos que renunciar a la justicia cuando los crímenes son tan graves como los que nos ocupan. Al contrario, más bien no solamente tenemos la obligación de hacer justicia, sino que a la vez la justicia es posible.

Esto no quiere decir, por supuesto, que estemos conformes con cada una de las decisiones de esos tribunales; pero en general creo que se puede afirmar que estos tribunales están haciendo un trabajo realmente competente, serio, justo, éticamente defendible y políticamente importante para prevenir el genocidio en otros lugares.

Pero tienen sus limitaciones: la primera de ellas es su modo de creación. Son creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, bajo las atribuciones que tiene para prevenir conflictos e impedir amenazas a la seguridad de las naciones, es decir, sus facultades para mantener la paz. Es un poquito novedoso, por lo menos, que se considere que un tribunal de justicia es un arma para prevenir el conflicto. Sin embargo, aunque no se

habían pensado en esos términos las atribuciones del Consejo de Seguridad, sí es factible pensar que por medio de la justicia se pueden prevenir futuros conflictos.

Lo otro es que estos tribunales son completamente *ad hoc*, es decir que en el momento en que el Consejo de Seguridad decida crearlos determina su competencia territorial y hasta temporal. Dice, por ejemplo, “este tribunal va a tener competencia para todo lo sucedido a partir de 1992 en el ámbito territorial de lo que era la antigua Yugoslavia” y no hay forma de extender esa competencia a otros lados ni a otros tiempos.

También, porque se crearon relativamente en forma urgente, no tienen claramente establecido un procedimiento ni un reglamento de actuación; ni tienen claramente establecida la normativa de fondo que van a aplicar, qué tipo de derecho van a aplicar, y han tenido básicamente que crear sobre la marcha los mismos tribunales. Lo han hecho bien, pero esto les crea una debilidad estructural, y por supuesto las defensas de los acusados ante esos tribunales tienen muy buenos argumentos a veces para criticar la legitimidad propia del tribunal.

Estas limitaciones no son mínimas: recordemos que en derecho penal hay principios que no se pueden obviar con tanta facilidad, como los principios de juez natural o de irretroactividad de la ley penal. Es cierto, como dice un artículo que publicamos nosotros en la Revista IIDH, escrito por Fabricio Guariglia, que estos principios tienen aplicación en derecho internacional pero no se aplican estrictamente de la misma manera que en el derecho interno; tienen que tener alguna adecuación a las características del derecho internacional penal.

De todas maneras, la valoración que hacemos de estos tribunales *ad hoc* es sumamente positiva, por lo menos por ahora. También reconocemos que estos tribunales tienen una limitación importante y la limitación tal vez más importante es este carácter de instrumento que se prende y se apaga cuando el Consejo de Seguridad lo decide.

Durante las discusiones de paz de Dayton, Ohio, que consiguieron por lo menos suspender el conflicto en la ex Yugoslavia aún con efectos hasta

hoy, hubo un serio intento de dictar una especie de amnistía para todos los acusados. No prosperó gracias a que la gente que se nombró en el tribunal y en la fiscalía, son gente íntegra y rechazaron la idea de que ellos podían recibir instrucciones de esa naturaleza, aunque éstas vinieran del Consejo de Seguridad.

Pero entonces la alternativa era simplemente cerrar el tribunal de la ex-Yugoslavia y francamente el Consejo de Seguridad podría haberlo hecho, y se acababa todo este proceso de justicia. Por suerte esto no fue necesario; o más bien los que tenían la idea de cerrar el tribunal para los efectos de una supuesta reconciliación entre las víctimas del genocidio y los genocidas, no se animaron al escarnio público que hubiera significado decir que notorios criminales de guerra podían permanecer en sus funciones en aras de una paz que hubiera sido moralmente muy poco apetecible.

Llegamos entonces al proyecto actual que se discutió en Roma y quiero ir muy rápidamente a través de la historia.

En el año 1994 la Comisión de Derecho Internacional (que es un órgano permanente de las Naciones Unidas) dictó un proyecto de estatuto para un Tribunal Penal Internacional. Se optó en ese momento por crearlo por un tratado multilateral; esto elimina la principal debilidad de los actuales tribunales, que es la creación a través del Consejo de Seguridad y bajo el capítulo séptimo, o sea sus funciones de prevención de conflictos. Este modo de creación le va a dar eventualmente al tribunal internacional permanente, una base mucho más sólida y mucho más firme en derecho internacional. Pero al mismo tiempo, ustedes comprenderán que es la vía más complicada, porque se van a necesitar no solamente suscripciones sino ratificaciones por muchísimos estados.

Este estatuto actualmente pide 60 ratificaciones antes de que el tratado entre en vigencia. En Roma, 120 Estados votaron a favor de la última versión del estatuto: pero después viene el segundo paso que es la firma, porque el voto obviamente no compromete al Estado; lo compromete políticamente pero no jurídicamente. El segundo paso es la suscripción. En este momento, hasta la fecha, hay más o menos 58 firmas del tratado. Pero todavía después de eso falta la ratificación, que en la mayoría de nuestros países es por un

acto del Congreso o del Senado. Y después viene el depósito del instrumento de ratificación ante las Naciones Unidas.

Cuando en ese cuarto estadio obtengamos 60 depósitos de instrumentos de ratificación, vamos a tener un Tribunal Penal Internacional.

Aunque tengamos 120 votos a favor, no podemos confiarnos en que vamos a llegar fácilmente a los 60, porque yo vi en Roma en esos días que muchos estados votaban sin instrucciones; votaba el delegado por sus convicciones morales, o porque pensaba que más o menos sus instrucciones se lo permitían, pero no había en muchos casos una decisión política bien meditada por parte de las cancillerías. Por supuesto, no es el caso de todos, pero muchos de los 120 votos resultaron así.

Y además, como ustedes saben, el gobierno norteamericano no solamente expresó su disconformidad con la marcha de los acontecimientos y obviamente votó en contra; fue uno de los siete votos en contra que hubo en Roma. Pero además hizo toda una campaña, especialmente a través del Pentágono y sus contactos con las fuerzas armadas de muchos países, para que esas fuerzas armadas intercedieran ante las cancillerías e impidieran que sus países votaran a favor de este tratado. En caso de contar con tiempo, les voy a explicar las razones que ellos esgrimieron.

Lo cierto es que hubo una campaña importante, muy torpe y con muy pocos efectos, por suerte; pero llamativamente, todo parece indicar después de Roma que Estados Unidos intenta continuar con esa campaña. Entonces va a haber, creo, en muchos de nuestros países, un *lobby* efectivo en contra de la ratificación, aún para aquellos países que han votado a favor.

Es importante, por lo tanto, que nosotros organicemos un *lobby* positivo a favor de la ratificación y en este acto les digo que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, que ha venido acompañando este proceso y tratando de generar una discusión antes de Roma en América Latina y el Caribe, piensa en la medida de sus posibilidades organizar un esfuerzo de *lobby* en toda América Latina y el Caribe para que rápidamente se obtengan las ratificaciones.

Por suerte, en América Latina y el Caribe podemos decir que hemos votado en bloque. Todos los países de América Latina y el Caribe, votaron a favor del Estatuto de Roma, salvo Cuba, que se abstuvo. Así que podemos esperar alrededor de 33 ó 34 ratificaciones, pero sí un número importante. Canadá, por supuesto, también votó a favor; no solamente votó a favor sino que fue uno de los líderes de la discusión. Si no conseguimos todas las ratificaciones, por lo menos deberíamos conseguir un número sustancial para contribuir a esos 60 que tenemos que conseguir.

Después del año 1994 se discute el texto de la Comisión de Derecho Internacional en varias sesiones muy intensas en Nueva York, de lo que se llamó primero comité *ad hoc* y después "comité preparatorio", que culminaron en junio y julio de este año en lo que se llama la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, reunida en Roma durante cinco semanas.

El texto original del 94 sufrió muchísimas modificaciones. Ahora voy a referirme más específicamente al texto aprobado en Roma, a sus puntos principales y trataré de explicar un poquito para cada uno de ellos, cuáles eran las alternativas y las opciones. Seguramente que algunos puntos importantes me van a tener que quedar en el tintero, pero a lo mejor en la discusión los podemos ampliar.

Lo primero ya lo hablamos: el modo de creación. Se hace por tratado multilateral.

El segundo punto importante es la independencia e imparcialidad del tribunal mismo y también de la oficina del fiscal del tribunal. Este tal vez haya sido el punto donde había más acuerdo teórico y más desacuerdo práctico; no había ninguna delegación que no dijera que estaba de acuerdo con que el tribunal tiene que ser imparcial e independiente. Pero cuando se trataba de llegar a lo concreto, es decir, en qué se concreta la independencia e imparcialidad del tribunal, ahí había puntos muy divergentes.

En principio, la independencia y la imparcialidad del tribunal se asegura por la forma de nombramiento de los que van a ser jueces y por los términos en los que van a ejercer su mandato. Los países signatarios son los que votan por los jueces del tribunal y una vez que están en funciones, por

supuesto no representan a ningún estado ni a nadie. Deben ser como máximo uno por cada país, y también hay por lo menos una norma indicativa de que tienen que representar a las distintas culturas jurídicas imperantes en el mundo y no provenir todos de una misma tradición jurídica.

En cuanto a la autonomía del fiscal, esto tal vez fue lo más discutido y el argumento principal que Estados Unidos esgrimía en esa campaña que les mencioné. Aludía a la posibilidad de que un fiscal “fuera de control” acusara livianamente a oficiales de países aliados de Estados Unidos o de otros países, especialmente cuando estaban en funciones de mantenimiento de la paz. A eso se contestaba: uno, que si se elegía un buen fiscal no había por que temer eso. También, que el tratado mismo tiene una serie de pasos mediante los cuales las decisiones de investigación del fiscal pueden ser revisadas por un panel del tribunal, con oportunidad para los Estados que creen que tiene mejor derecho a procesar para interponerse y decir “este caso es nuestro, no es del Tribunal Penal Internacional”.

El problema es quién decide, obviamente. La solución que se encontró es la más progresista que se podía conseguir; el fiscal puede recibir denuncias de todos, de particulares, de ONG, de estados, y hacer sus investigaciones preliminares por su propia cuenta. En el momento en que decide hacer ya una acción de procesamiento penal, tiene que obtener una especie de permiso de un panel del tribunal. Esto es muy parecido a lo que sería un “auto de procesamiento” en cualquiera de nuestros países. Esa decisión el fiscal tiene que poder argumentarla y ganarla en una audiencia para poder proseguir a la segunda etapa ya más sustancial del procesamiento. De esa misma manera, en esa etapa preliminar los estados que crean tener más derecho a tener competencia pueden intervenir.

Las alternativas eran mucho peores. En la versión original, salvo para los casos de genocidio, para todos los demás delitos (inclusive crímenes de guerra, y crímenes de *lesa humanidad*) el fiscal no podía moverse hasta que un estado parte no remitiera un caso. Además., el Tribunal no podía tener competencia si no había previo consentimiento por parte de todos los estados que pudieran tener interés en el caso. Se incluían: el Estado del lugar donde se cometieron los delitos; el estado de nacionalidad del acusado; el estado potencialmente de nacionalidad de las víctimas si fueran distintos; el estado

que había obtenido la custodia, es decir que había apresado al presunto autor de los crímenes. De todos estos se requería consentimiento. Esta era la posición de varios estados, algunos de los cuales terminaron votando en contra como China, o como India, que se abstuvo. Se trata de una noción exacerbada de la soberanía y la preeminencia del derecho interno sobre el derecho internacional que, por supuesto, la mayoría rechazó, porque con ese criterio prácticamente se ponía en manos de los que detentan el poder de ciertos estados (algunos podían ser los mismos autores de crímenes de *lesa humanidad* y crímenes de guerra) decidir si el Tribunal Penal Internacional iba a tener competencia o no. Entonces la solución ha sido la más progresista posible: el fiscal tiene autonomía, sujeta sus iniciativas a revisión por un panel del Tribunal.

El tercer tema es relativo a éste. Había una excepción en la versión original; el Tribunal Penal Internacional tenía lo que se llamaba competencia “inherente,” o sea automática, solamente para el genocidio. Para todos los demás crímenes se establecía el procedimiento de consentimiento por parte de los estados ya mencionado.

Lo que se ganó en Roma fue que la “competencia inherente” se extiende también a los crímenes de *lesa humanidad* y a los crímenes de guerra.

Otra victoria importante es que, en cuanto a los crímenes de guerra, se aplica esta competencia inherente aún si el conflicto es interno y no internacional. Esto es importante porque hasta hace muy poco tiempo no se consideraban crímenes de guerra las atrocidades que ocurrían en un conflicto interno y no se consideraba que había una obligación de castigar las violaciones al derecho de la guerra cometidas en un conflicto interno. Esto empezó a cambiar con la creación del Tribunal de Ruanda, donde el conflicto era estrictamente interno, y con el primer fallo del Tribunal de la ex-Yugoslavia, en el caso *Tadic*, donde el Tribunal dijo que la noción de graves crímenes de guerra y la consecuente obligación de castigarlos se extiende ya sea que el crimen sea cometido en un conflicto internacional o en un conflicto interno; y esto se ha vuelto a consagrar ahora en Roma.

Este es un triunfo importante, porque estas atrocidades es más frecuente verlas cometer en conflictos internos que en conflictos internacionales. Esta

dicotomía realmente ya no se justificaba entre conflicto internacional y conflicto interno, y ha quedado solucionada definitivamente en Roma.

Otro tema era el papel del Consejo de Seguridad. La posición norteamericana y de varios países era que el Consejo de Seguridad debía tener la facultad de poner en marcha o de impedir que se ponga en marcha el Tribunal Penal Internacional. Así, el Tribunal Penal Internacional sería una especie de “tribunal *ad hoc*” como lo fueron para la ex-Yugoslavia y para Ruanda, pero con características estables, y que solamente podía ser puesto en funcionamiento por el Consejo de Seguridad.

La mayoría de los países obviamente rechazaron esta moción, en primer lugar porque le quita independencia al tribunal y lo convierte simplemente en un arma política-jurídica, si se quiere, pero fundamentalmente política, del Consejo de Seguridad y no un órgano judicial independientemente.

La alternativa era que el Consejo de Seguridad podía suspender, mediante un voto afirmativo, el trabajo ya en marcha del Tribunal Penal Internacional. Esta es una distinción importante porque, cuando el Consejo de Seguridad vota, de sus quince miembros, hay cinco miembros permanentes que tienen “veto.” Entonces, si ellos votan que no, la decisión es no, aunque uno sólo de ellos vote que no. Pero cuando hay que votar por el sí, es decir, en este caso positivamente para suspender la actuación del Tribunal Penal Internacional, el veto por razones lógicas no se aplica, porque se necesita una mayoría de votos positivos, no de votos negativos. Esta alternativa hubiera sido por lo menos mejor que la otra, pero por suerte ni siquiera ésta se aceptó. Lo que se ha aceptado es simplemente que el Consejo de Seguridad pueda referir casos al Tribunal Penal Internacional. Obviamente, en eso no había ninguna discusión; que refiera casos afirmativamente está muy bien. Después, hay una norma que le permite al Consejo de Seguridad, por voto afirmativo, suspender el trabajo del Tribunal Penal Internacional, pero solamente por un lapso de dos o tres meses y tiene que ser renovado cada tres meses, si a juicio del Consejo de Seguridad la situación amerita que no haya interferencias con una iniciativa de paz que el Consejo de Seguridad esté llevando a cabo. Esto es aceptable, porque francamente aunque es todavía una cierta interferencia con el rol de la justicia, ustedes entenderán que si se trata de una negociación muy delicada es posible que sí sea importante que

el Consejo de Seguridad mantenga una cierta capacidad de negociación sin la interferencia del Tribunal Penal Internacional. En la medida en que se requiere un voto positivo; que es una medida que tiene una corta duración; y que tiene que ser afirmativamente renovada, las seguridades de la independencia, me parece a mí, que están bastante garantizadas.

Hablé ya un poquito de cómo se pone en funcionamiento el Tribunal Penal Internacional. Esto es importante por el principio de “complementariedad”. De nuevo, esta palabrita no existe en ningún idioma, pero la inventaron para esto; yo creo que en castellano lo llamaríamos “subsidiariedad”. Este es uno de los principios en que todo el mundo estaba de acuerdo; claro que el Tribunal Penal Internacional es subsidiario, pero ¿qué entendemos por subsidiario? La posición de países como China y, en nuestra región, Cuba (finalmente el único país latinoamericano que se abstuvo) era que, para ser realmente complementario, el Tribunal debería funcionar solamente por consentimiento de los estados y no “*motu proprio*” y mucho menos que el fiscal actuara “*motu proprio*.”

Esta concepción nace de una noción del principio de la soberanía y su lugar en el derecho internacional. China quería un Tribunal Penal Internacional, pero solamente uno que fuera creado y activado a cada paso solamente por voluntad expresa de cada país que quisiese valerse del Tribunal Penal Internacional.

En cambio, la mayoría de los países que votaron a favor prefieren que la complementariedad sea decidida por el Tribunal mismo. Es decir, que el Tribunal esté en condiciones de decir “sí, este país tiene mejor derecho y está haciendo las cosas bien, está cumpliendo con su obligación internacional de castigar estos delitos y lo está haciendo de buena fe; entonces, nosotros nos autoexcluimos de este caso.”

Esa es la solución, a mi juicio, correcta. Tiene que ser el tribunal el que decida si el procesamiento en la esfera doméstica es un procesamiento de buena fe y no un procesamiento de mala fe.

Para darles un ejemplo, nosotros los argentinos descubrimos, en los albores de la democracia en el año 1983, que un famoso caso de una señorita

sueca, Dagmar Hagelin y de las dos monjas francesas, que se estaba empezando a tramitar acusando al Capitán Astiz, de la Marina Argentina, de los dos crímenes, había tenido dos años antes un tratamiento por la justicia naval, por la justicia militar de la Marina, que no se había notificado a nadie pero a nadie, no solamente ni a los diarios; no se había notificado ni a las víctimas. Creo que a lo mejor lo notificaron a Astiz, pero no lo sé. El caso es que la justicia militar había dictado, por supuesto, sobreseimiento definitivo o absolución y se pretendió que ese fallo tuviera efecto de cosa juzgada. Este es el típico caso de procesamiento de mala fe que no se puede permitir. Y no se puede permitir que el que juzgue si el procesamiento es de buena o de mala fe sea el mismo tribunal que está pretendiendo tener preeminencia en el caso. Para este tipo de casos es que la decisión sobre la complementariedad se pone en el Tribunal mismo y no en un régimen de consentimiento de los Estados.

Sobrevivió, sin embargo, un régimen de consentimiento muy interesante y que también motivó tal vez las críticas más feroces del gobierno norteamericano. Es que el tema del consentimiento de los estados se dio vuelta en la discusión para permitir que, bajo ciertas condiciones de consentimiento, se permitiera la competencia del tribunal aún cuando los países no hubieran ratificado el tratado. Es decir, primero era para los que sí eran parte del tratado, pero en la discusión se dijo que los que son parte del tratado ya consintieron automáticamente y el tribunal decide quién va a tener competencia en caso de conflicto. Pero para los que no son parte del tratado, si quieren para el caso consentir en la competencia del tribunal, vamos a permitir que eso sea también posible, y de esta manera se abren las posibilidades.

Sin embargo no se abren mucho, porque se dan solamente dos posibilidades, ambas un poco remotas. Por suerte, otra discusión feroz que hubo era si se requería el consentimiento de cada uno de los posibles estados interesados o si bastaba con el consentimiento de uno de ellos, y se ganó el hecho de que fuera el consentimiento de sólo uno de ellos, aunque el otro se opusiera y también aunque ninguno de los dos fuera parte del tratado.

Había la posibilidad de conseguir el consentimiento, ya sea del Estado donde se cometieron los delitos, o del Estado de la nacionalidad del acusado,

o del Estado de la nacionalidad de las víctimas, o del Estado aprehensor del sospechoso. En la discusión final, como una concesión para atraer más votos hacia ese caudal de 120, se limitó este consentimiento *ad hoc* al estado de la nacionalidad del acusado o al estado donde ocurrieron los delitos. Les costó mucho a las ONG aceptar la limitación a estas dos posibilidades, pero lo cierto es que si de esa manera se consiguieron mucho más votos (es difícil saber cuantos más se consiguieron) es importante que este Tribunal pueda tener una competencia aún cuando algunos estados no hayan suscrito el tratado mismo.

Esta, como dije, era una de las principales críticas de la oposición norteamericana: dijeron que ellos no conocían tratados internacionales que crearan obligaciones para Estados que no quisieran ser parte de ellas. Lo que quieren decir es que un Estado (por ejemplo, el del territorio) puede consentir en que se juzgue a nacionales de otro, aunque cuando este último no quiera firmar.

Parece que no es tan cierto; por ejemplo, la Carta de Naciones Unidas crea obligaciones para todo el mundo aunque no la firmen, así que hay algunos tratados que sí crean obligaciones aún para los que no la quieren firmar.

Pero es cierto que es un argumento complicado, porque para qué vamos a pedir ratificaciones si de todas maneras en algunos casos muy específicos no importa si hayan ratificado o no. Claro, no importa pero siempre que alguno consienta; de manera que es como una especie de ratificación para el caso.

Quiero hablar de la competencia por razón del tiempo.

A pesar de que muchas ONG latinoamericanas tenían la ilusión de que este Tribunal Penal Internacional sirviera para juzgar algunos crímenes del pasado que han quedado en la impunidad en nuestros países, nunca hubo ninguna posibilidad real de que este Tribunal tuviera efectos retroactivos. Lo cierto es que va a tener competencia para todos los países que lo ratifiquen, más estos dos casos específicos de consentimiento *ad hoc*, pero solamente para el futuro a partir de su creación que va a ser, se supone, en un par de años; para atrás, imposible.

Con respecto a la competencia por razón de la materia, originalmente no solamente se hacía la distinción entre genocidio, que era competencia inherente, y crímenes de guerra y crímenes de *lesa humanidad*, sino que además se incluían varias figuras que son más bien de cooperación internacional en la represión del delito, y que se consideran crímenes de interés de la comunidad internacional, como el narcotráfico y el terrorismo, la toma de rehenes internacionales, el secuestro de aviones o de barcos, por ejemplo.

Con muy buen criterio, la mayoría decidió eliminar toda esta competencia porque francamente si este Tribunal Penal Internacional hubiera tenido competencia para esos delitos, el cúmulo de trabajo lo hubiera abrumado; no hubiera escuchado nunca un caso de violaciones a los derechos humanos.

Entonces, se mantuvo competencia para los casos de crímenes llamados del núcleo duro, más importantes, y se eliminó la distinción entre ellos. De manera que, para los efectos de la competencia, el Tribunal tiene competencia solamente para genocidio, para crímenes de guerra y crímenes de *lesa humanidad*. Se mantuvo también el llamado crimen de agresión, que es el crimen que se comete cuando la autoridad máxima de un estado usa el poder del estado para violar el derecho internacional con respecto a la paz y a la guerra, es decir, para violar la obligación de la solución pacífica de los conflictos y agredir a otro estado.

Esta fue una discusión muy profunda y que se resolvió manteniendo la competencia para el crimen de agresión, pero sin describir el crimen de agresión en el texto del tratado. La definición se ha referido a una futura reunión de la Asamblea de Estados Partes, que es un órgano que se crea en el tratado para definir mejor el crimen de agresión, porque había muy poco consenso sobre en qué consiste el crimen de agresión.

En cuanto a los otros tres crímenes, sí se desarrolló mucho el concepto de qué se entiende por genocidio, crímenes de guerra, crímenes de *lesa humanidad*, y se pusieron esas definiciones y presiones en el tratado mismo.

En las primeras versiones simplemente se hacía referencia a los convenios internacionales y, como ustedes saben, los convenios

internacionales no son normas penales. Hubo una seria preocupación de que se violara el principio de legitimidad, como se llama en derecho penal a la norma según la cual las características del delito tienen que estar claramente especificadas en la ley antes del hecho del proceso.

En derecho internacional también rige ese principio. Por suerte, con una labor de creación importante, el Estatuto de Roma ha especificado mucho en qué consiste cada posibilidad de hecho que pueda constituir genocidio o crímenes de guerra o crímenes de *lesa humanidad*. Al hacerlo se ha respetado mucho lo que el derecho internacional ya contemplaba, pero también se han hecho avances importantes. Especialmente, se avanzó mucho en cuanto a los crímenes sexuales como parte de los crímenes de guerra, obviamente tomando una página prestada de las barbaridades que ocurrieron en la ex-Yugoslavia.

El movimiento feminista, que intervino con mucha sensibilidad en esta discusión, consiguió que el texto del Estatuto de Roma establezca con claridad en qué condiciones la violación o el abuso sexual pueden constituir un crimen de guerra. Y claramente quedaron estos delitos bajo la competencia del Tribunal Penal Internacional.

Ahí hubo unas discusiones interesantes sobre la noción de embarazo forzoso como crimen de guerra y una discusión profunda entre el movimiento feminista y especialmente el Vaticano, que temía que este tema pudiera llevar implícitamente a la legalización del aborto.

Voy a concluir simplemente diciendo que mucho de lo bueno que está en este Estatuto de Roma se debe a la sociedad civil; lo digo sin ninguna duda.

Yo seguí para Human Rights Watch el proceso desde 1994, cuando salió la primera versión del proyecto, y participé (como público por supuesto) en las discusiones de los comités preparatorios y de los comités *ad hoc*, hasta llegar a Roma. Pude ver como el movimiento de la sociedad civil a favor de esto crecía casi exponencialmente, empezando con muy pocas organizaciones y relativamente mal organizadas y mal informadas, sobre una discusión que a veces era terriblemente técnica, y llegando a Roma con una presencia

realmente impresionante, muy bien organizada y muy eficaz, con una capacidad de respuesta inmediata a todos los circuitos y a veces a las sorpresas que la discusión entre los representantes diplomáticos suscitaba.

Realmente, todo el mundo reconoce que sin ese grado de organización de la sociedad civil y que incluyó no solamente a organismos internacionales como Amnistía, Human Rights Watch, el Lawyers Committee y varios otros, sino también a muchas organizaciones nacionales de los estados, no se hubiera podido conseguir la serie de victorias que se consiguieron.

Muchas gracias.