

N.º 861 - Marzo de 2006
N.º 862 - Junio de 2006
N.º 863 - Septiembre de 2006
N.º 864 - Diciembre de 2006

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Revista fundada en 1869
y publicada por el Comité
Internacional de la Cruz Roja
Ginebra

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA
Selección de artículos 2006



CICR

Misión de la *International Review of the Red Cross*

La *International Review of the Red Cross* es una publicación periódica del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), especializada en derecho internacional humanitario. Procura promover el conocimiento, el examen crítico y el desarrollo de esta rama del derecho, propiciar el análisis sobre la acción humanitaria en tiempo de conflicto armado y otras situaciones de violencia armada, y contribuir a prevenir violaciones de las normas que protegen los derechos y los valores fundamentales. Es, además, un foro para el análisis de las causas y las características de los conflictos, a fin de facilitar la comprensión de los problemas humanitarios que éstos ocasionan. También proporciona información sobre las cuestiones que interesan al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y, en especial, sobre la doctrina y las actividades del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Comité Internacional de la Cruz Roja

Organización imparcial, neutral e independiente, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de la guerra y de la violencia interna, y de prestarles asistencia. Dirige y coordina las actividades internacionales de socorro del Movimiento en las situaciones de conflicto. Procura, asimismo, prevenir el sufrimiento, promoviendo y fortaleciendo el derecho humanitario y los principios humanitarios universales. Creado en 1863, el CICR dio lugar al nacimiento del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

Miembros del Comité

Presidente: Jakob Kellenberger

Vicepresidente: Olivier Vodoz

Vicepresidente permanente: Jacques Forster

Jean Abt

Jean-Philippe Assal

Christine Beerli

Paolo Bernasconi

Ernst A. Brugger

Susy Bruschiweiler

Jean de Courten

Paola Ghillani

Claude Le Coultre

Jacques Moreillon

Gabrielle Nanchen

Yves Sandoz

Jenö C. A. Staehelin

Daniel Thürer

André von Moos

Redactor Jefe

Toni Pfanner

CICR

Consejo Editorial

Ahmed Abou El-Wafa

Universidad de El Cairo, Egipto

Daniel Bar-Tal

Universidad de Tel Aviv, Israel

Annette Becker

Université Paris X, Francia

Antônio Cançado Trindade

Universidad de Brasilia, Brasil

Marika Fahlen

*Ministerio de Relaciones Exteriores,
Estocolmo, Suecia*

Bernard Haykel

Universidad de Nueva York, EE.UU.

V.S. Mani

*Universidad de Derecho de Gujarat,
Gandhinagar, Gujarat, India*

Herfried Münkler

Universidad Humboldt, Berlín, Alemania

Mona Rishmawi

*Oficina del Alto Comisionado de las Naciones
Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra*

Elizabeth Salmón Gárate

*Pontificia Universidad Católica del Perú,
Lima, Perú*

Marco Sassòli

Universidad de Ginebra, Suiza

Michael N. Schmitt

*Centro Europeo George C. Marshall
para Estudios de Seguridad, Garmisch
Partenkirchen, Alemania*

Terence Taylor

*Consejo Internacional de Ciencias de la Vida,
Estados Unidos*

Bakhtiyar R. Tuzmukhamedov

*Academia de Diplomacia, Moscú, Federación
de Rusia*

Wen-qi Zhu

*Escuela de Derecho, Universidad Renmin
de China, Beijing, República Popular China*

N.º 861 - Marzo de 2006
N.º 862 - Junio de 2006
N.º 863 - Septiembre de 2006
N.º 864 - Diciembre de 2006

INTERNATIONAL **REVIEW** of the Red Cross

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA
Selección de artículos 2006

ÍNDICE

Marzo de 2006, N.º 861 de la versión original
Tribunales penales internacionales

- 06 **Editorial**
- 09 **Entrevista a Philippe Kirsch**
- 19 **Medir el impacto de las políticas de castigo y de perdón: en favor de una evaluación de la justicia de transición**
Pierre Hazan
- 49 **Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados**
Robin Geiss y Noémie Bulinckx
- 73 **La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales**
Hortensia D.T. Gutiérrez Posse
- 97 **Acerca de la cooperación de los Estados que no son partes en la Corte Penal Internacional**
Zhu Wenqi
- 123 **Las organizaciones humanitarias y los tribunales penales internacionales: la cuadratura del círculo**
Anne-Marie La Rosa

Junio de 2006, N.º 862 de la versión original
Comisiones de la verdad y la reconciliación

- 144 **Editorial**
- 149 **Entrevista a Salomón Lerner**
- 159 **El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?**
Yasmin Naqvi

Los artículos publicados en la *International Review of the Red Cross* reflejan las opiniones de los respectivos autores, y no necesariamente las del CICR o las de la Redacción. Sólo los artículos firmados por el CICR pueden serle atribuidos.

- 193 Comisiones de la verdad: resumen esquemático**
Priscilla B. Hayner
- 211 Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana**
Elizabeth Salmón G.
- 241 Cooperación entre las comisiones de la verdad y el Comité Internacional de la Cruz Roja**
Laura Olson y Toni Pfanner

Septiembre de **2006**, N.º 863 de la versión original
Empresas militares privadas

- 256 Editorial**
- 261 Entrevista a Andrew Bearpark**
- 271 La reorganización mundial de la violencia legítima: las empresas militares y la cara privada del derecho internacional humanitario**
James Cockayne
- 307 Promover el cumplimiento del derecho internacional humanitario por las empresas de seguridad y militares privadas**
Benjamin Perrin
- 333 Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario**
Éric Mongelard

Diciembre de 2006, N.º 864 de la versión original

Métodos de guerra

- 364 **Editorial**
- 367 **Entrevista a Sir Rupert Smith**
- 379 **Contextualización de la proporcionalidad:
jus ad bellum y *jus in bello* en la guerra del Líbano**
Enzo Cannizzaro
- 395 **Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción
de las hostilidades**
Jean-François Quéguiner

Artículos seleccionados sobre derecho internacional humanitario

- 429 **Los principios de jurisdicción universal y complementariedad:
su interconexión**
Xavier Philippe
- 455 **El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones**
Michael A. Newton

Marzo de 2006, N.º 861 de la versión original

INTERNATIONAL **REVIEW** of the Red Cross

Debate humanitario: derecho, políticas, acción

Tribunales Penales Internacionales

EDITORIAL

Marzo de 2006 fue un mes negro para las autoridades del Tribunal de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia, establecido en La Haya. No sólo el criminal de guerra y nacionalista serbio, Milan Babic, se suicidó en su celda, sino que también murió el hombre contra el cual éste había declarado en 2002: Slobodan Milosevic, el primer jefe de Estado procesado por crímenes de guerra. El juicio de Milosevic era considerado una prueba de fuego para el derecho internacional.

Es indudable que la muerte del ex presidente de Yugoslavia menoscaba el legado del tribunal más importante que se haya establecido en Europa desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. A pesar de que el juicio llevaba cuatro años, el mundo nunca sabrá con seguridad jurídica si se hubiera podido probar la acusación de genocidio. Por lo que se refiere a los crímenes de guerra, socava aún más la confianza en la justicia en general el hecho de que Ratko Mladic y Radovan Karadzic, sospechosos de crímenes de guerra y prófugos, todavía no hayan sido enjuiciados. Los nombres de criminales de guerra condenados, como Tadic, Nikolic y Blaskic, han dejado sus marcas en la historia del derecho y las sentencias significan un sustancial desarrollo en el ámbito jurídico. Pero la ausencia de los sospechosos más importantes, esto es, de los máximos responsables de los asuntos políticos y militares de la guerra en Bosnia, pesa mucho más en la balanza porque afecta no sólo la imagen de todos los tribunales internacionales, sino también los objetivos más amplios del derecho penal internacional.

El principio de que las personas son responsables por las violaciones del derecho de la guerra y de que se les puede exigir que respondan por ellas se remonta a las primeras etapas de la civilización. La importancia de los tribunales penales internacionales abocados al problema de los crímenes de guerra creció tras los tribunales de Nuremberg y Tokio, instituidos para enjuiciar a los líderes militares nazis y japoneses por los graves crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial. Esos juicios se llevaron a cabo después de la victoria militar y la rendición incondicional. Al mismo tiempo, sirvieron para llamar la atención sobre el hecho de que la estructura jurídica internacional existente carecía de un órgano permanente que contara con los medios y la competencia necesarios para encausar a presuntos responsables de esos crímenes.

Los Estados son los principales responsables de enjuiciar y condenar a los respectivos ciudadanos que hayan cometido crímenes, incluso cuando se trata de

crímenes internacionales. El historial de los intentos nacionales por castigar a los culpables de crímenes universales es paupérrimo, y los enjuiciamientos en el plano nacional tienden a ser inversamente proporcionales a las violaciones cometidas en tiempo de guerra. Las partes beligerantes no estatales imitan este comportamiento sin vergüenza alguna. Además, aunque el principio de la jurisdicción universal se encuentra firmemente arraigado en el derecho internacional, su aplicación sigue siendo objeto de disputas. Ganó y perdió importancia con la ley de Bélgica de 1993, cuyo alcance fue recortado diez años después, debido, entre otras razones, a la inminente creación de la Corte Penal Internacional (CPI); esto no redujo la necesidad de ejercer la jurisdicción nacional sobre todos los autores de un crimen, independientemente de su nacionalidad o del lugar donde cometieron el delito.

A través de la creación de diferentes tipos de cortes internacionales o internacionalizadas, los Estados han procurado fortalecer el mensaje de que es preciso actuar contra la impunidad. Pero a menudo, la justicia internacional no es más que un sustituto, y no puede suplir la falta de voluntad de los Estados de enjuiciar a los respectivos ciudadanos que hayan cometido crímenes, los cuales son muchas veces aclamados como héroes en sus comunidades, o a criminales internacionales. Los dos Tribunales *ad hoc* establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos en ex Yugoslavia y Ruanda fueron y continúan siendo un primer ensayo para la Corte Penal Internacional permanente. Se han puesto de relieve los errores cometidos por los dos Tribunales; en especial, se les reprocha que, en las primeras etapas de actividad, hayan omitido elaborar un programa de divulgación, a fin de que la población de ex Yugoslavia y Ruanda se sintiera directamente concernida por las pruebas que se iban presentando en los distantes tribunales. Otros tribunales penales de diferentes dimensiones internacionales en Sierra Leona, Camboya, Timor Oriental, Kosovo e Irak, han contribuido a la proliferación de sistemas de justicia penal internacionales e internacionalizados, pero han destacado aún más la necesidad de incorporar elementos nacionales en su creación y en su funcionamiento, con resultados dispares.

En 2002, se estableció por fin la Corte Penal Internacional. Según lo dispuesto en el Estatuto de Roma, el instrumento de su creación, la CPI es un tribunal permanente, destinado al enjuiciamiento de personas acusadas de haber cometido, concretamente, crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. La finalidad de la CPI es complementar los sistemas judiciales nacionales existentes, y tiene competencia sólo si los tribunales nacionales realmente no están dispuestos a llevar a cabo una investigación o un enjuiciamiento o no pueden hacerlo. Por ello, es una “corte de última instancia”. Deja en manos de cada Estado la responsabilidad primaria del ejercicio de la jurisdicción sobre los presuntos criminales.

Dada la ausencia de mecanismos de aplicación, la CPI está obligada a recurrir a la cooperación de los distintos países, incluso la de Estados (algunos muy importantes) que no son partes en el tratado de la CPI. En especial, debe actuar en situaciones donde prácticamente no puede esperarse cooperación alguna del Estado más concernido, sea porque no está dispuesto a enjuiciar a los criminales en cuestión o porque se encuentra en una situación tan caótica que es incapaz de prestar siquiera un mínimo nivel de cooperación. Así pues, el potencial fracaso de la labor de la Corte es inherente a las mismas condiciones establecidas para su funcionamiento. En otras palabras, la CPI debe intervenir precisamente allí donde resulta más difícil realizar una investigación criminal completa. Recabar testimonios, reunir pruebas y ponerlas a buen recaudo, y, finalmente, aprehender a los presuntos perpetradores de crímenes será posible sólo si otros Estados, las Naciones Unidas o actores no estatales prestan de forma activa su cooperación y apoyo. Sin embargo, éstos suelen llevar a cabo otras misiones y cometidos, que podrían verse comprometidos si se percibiera que su participación activa en la recolección de pruebas perjudica los intereses de una parte beligerante o de la población local. El CICR, por su parte, aunque comparte el objetivo de enjuiciar a los criminales de guerra, se rehúsa a prestar ayuda práctica, para evitar que peligre su cometido fundamental: proteger y asistir a las víctimas de conflictos de conformidad con los Convenios de Ginebra, tanto en la zona concernida como en el mundo.

Hacer de la CPI un tribunal eficiente e indispensable para el mantenimiento de un orden mundial apropiado es un gran desafío, y las probabilidades de éxito son pocas. Pero hay esperanzas. El fiscal de la Corte Penal Internacional ha abierto investigaciones en relación con situaciones presentadas por Uganda, la República Democrática del Congo y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (este último con respecto a la región de Darfur, en Sudán), y ha librado las primeras órdenes públicas de detención. Tras la detención y entrega a la Corte para su custodia de Thomas Lubanga Dyilo, acusado de haber enrolado a niños menores de 15 años y de haberlos usado para participar activamente en las hostilidades, en uno de los conflictos armados encubiertos más sangrientos del Congo oriental, la Corte Penal Internacional inició las audiencias preliminares. También Charles Taylor, que se salvó milagrosamente de ser enjuiciado en Liberia, fue por fin extraditado para que responda ante la justicia por sus crímenes.

Toni Pfanner
Redactor jefe

TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

Entrevista a Philippe Kirsch, presidente de la Corte Penal Internacional*

El juez Philippe Kirsch (Canadá) es presidente de la Corte Penal Internacional en La Haya y ha sido asignado a la Sala de Apelaciones de esa instancia. Es miembro del colegio de abogados de la provincia de Québec y fue nombrado Consejero de la Reina en 1988. En 1998, el juez Kirsch ofició como presidente del Comité Plenario de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (Conferencia de Roma). Además, fue presidente del Comité Preparatorio para el establecimiento de una Corte Penal Internacional (1999-2002). El juez Kirsch tiene amplia experiencia en el desarrollo del derecho penal internacional, sobre todo en temas relacionados con el terrorismo. Su experiencia en derecho internacional humanitario incluye haber sido presidente del Comité de Redacción de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra (1993), el Comité de Redacción de las XXVI y XXVII Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (1995, 1999) y reuniones conexas. Además, presidió la Comisión nacional canadiense de Derecho Humanitario (1998-1999) y fue miembro del Grupo de Asesores Internacionales del Comité Internacional de la Cruz Roja (2000-2003).

: : : : :

* El juez Kirsch fue entrevistado por Toni Pfanner (Redactor jefe de la *International Review of the Red Cross*) en La Haya, el 1 de febrero de 2006.

¿Qué opinión le merece la evolución de los tribunales internacionales?

Es importante comprender, ante todo, que la justicia internacional constituye un sistema; no es una serie de tribunales sin conexión entre ellos. Además, debe señalarse que el principio básico sigue siendo que los Estados son responsables de enjuiciar a los criminales. Corresponde a los Estados ejercer jurisdicción sobre los crímenes, todos los crímenes, incluidos los más graves, como el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. Dicho esto, no cabe duda de que la experiencia particular del siglo XX, sobre todo la de la segunda mitad del siglo, demostró que, en ciertos casos, las jurisdicciones nacionales eran incapaces de cumplir su labor de manera cabal y correcta, y que, en otros casos, la comunidad internacional no estaba dispuesta a conformarse con las jurisdicciones nacionales. Y las jurisdicciones nacionales son menos eficaces precisamente en las situaciones en que se han cometido los crímenes más graves.

Comenzamos por comprender la necesidad de instaurar tribunales internacionales en Nuremberg y en Tokio, y luego en ex Yugoslavia y Rwanda. Pero quedó claro que no podríamos seguir creando nuevos tribunales, porque esos tribunales quedaban apegados a situaciones pasadas y tenían una jurisdicción geográfica limitada, además de que para instaurarlos se necesitó mucho tiempo y dinero. En cada ocasión, la creación de esos tribunales dependió de una decisión política por parte de la comunidad internacional. Inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, nos dimos cuenta de que, algún día, sería necesario contar con un tribunal permanente e independiente. Ese proceso, obstaculizado por la Guerra Fría, se reanudó a finales del decenio de 1980 y estimuló la creación de tribunales *ad hoc*.

La ONU está formada por Estados y no tiene una rama ejecutiva, pero sí tiene autoridad jurídica internacional en asuntos criminales. ¿Una corte penal internacional permanente no es una manera de adelantarse a la realidad política?

Para comenzar, debe señalarse que la Corte Penal Internacional es independiente de las Naciones Unidas y cualquier otra organización política. Existe un acuerdo entre la Corte y la ONU, pero es un acuerdo de cooperación, cuyo objetivo es lograr resultados concretos, un reconocimiento mutuo entre ambos organismos y una cooperación en varios aspectos. La cooperación es particularmente importante para la Corte, dado que los Estados querían que fuera una institución judicial fuerte, a pesar de la falta de una autoridad ejecutiva. De modo que el Estatuto establece un sistema de cooperación que, si bien es exigente, no es comparable a un sistema nacional. No hay una fuerza policial, un ejército, ninguna de las herramientas de que por lo general dispone un tribunal nacional. Esa falta debe ser suplida por otros mecanismos nacionales o internacionales.

Volviendo al punto central de la pregunta, los tribunales internacionales anteriores fueron impuestos a los Estados, mientras que la Corte Penal Internacional fue creada por los Estados y refleja su voluntad. Cabe observar que el sistema de

cooperación es exigente, pero también refleja la voluntad de los Estados: los Estados querían un sistema de justicia exigente. Lógicamente, aparte de las situaciones impuestas a los Estados, como la de Darfur, los Estados Partes actúan solamente de conformidad con sus deseos. Pienso, aunque no estoy en la línea de frente, que la cooperación con la Corte ha sido bastante buena hasta ahora; hemos conocido muy pocos de los obstáculos y negativas con que tropezaron los tribunales *ad hoc*.

Los tribunales penales internacionales ad hoc para ex Yugoslavia y para Ruanda en algún momento dejarán de funcionar, tal vez sin haber logrado llevar a juicio a los principales acusados. ¿La corte penal permanente podrá continuar la labor de los dos tribunales ad hoc, cuando éstos ya no existan?

No, no creo que sea posible, por dos razones. En primer lugar, porque su mandato está restringido a ciertas situaciones que ocurrieron durante un período dado. Ambos tribunales seguramente terminen su labor en unos pocos años. En segundo lugar, no formamos parte del mismo sistema. Los tribunales *ad hoc* pertenecen a las Naciones Unidas. Nosotros somos independientes. De ambos lados, dentro de las Naciones Unidas y en algunos de los Estados Partes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hay quienes están muy reacios a mezclar ambos sistemas.

¿Los Estados deseaban una corte que fuera diferente de los tribunales ad hoc?

Sí, y que fuera permanente. La Corte ofrece muchas ventajas. Suple las fallas de los tribunales *ad hoc* que mencioné antes. Está disponible inmediatamente. Además, una de las principales diferencias prácticas entre la Corte permanente y los otros tribunales internacionales —y esto es una dificultad— es que los tribunales examinan crímenes cometidos en el pasado, en el transcurso de conflictos ya terminados. A pesar de que no siempre ha sido sencillo, no tuvieron los enormes problemas prácticos que afronta la Corte Penal Internacional, que debe conocer de crímenes que siguen cometiéndose en el transcurso de conflictos que persisten en situaciones y regiones sumamente frágiles y conmocionadas.

La Corte depende, sobre todo, de la cooperación de los Estados, especialmente de aquellos donde se han cometido las infracciones. ¿La falta de cooperación de un Estado sería un obstáculo para el buen funcionamiento de la Corte?

Si se trata de un Estado Parte que está dentro del marco de remisión del Estado que tiene jurisdicción territorial o nacional, la Corte presentará el asunto a la Asamblea de Estados Partes y verá qué decide hacer.

¿Y si el Consejo de Seguridad remite una situación a la Corte, como hizo en el caso de Sudán?

Si es una remisión efectuada por el Consejo de Seguridad, la Corte puede remitir el asunto al Consejo de Seguridad para que éste pida a un Estado que coopere y, en caso de que el Estado no lo haga, el Consejo podrá tomar las medidas

necesarias. Esto es más bien hipotético, dado que la Corte aún es extremadamente joven. Hace dos años y medio ni siquiera existía, y todavía se está construyendo. Hay muchas experiencias concretas que aún no hemos tenido.

Por supuesto, esas situaciones son mucho más complicadas, especialmente si el Estado aún no es Parte en el Estatuto de la Corte y la situación que le incumbe fue remitida a la Corte. El Fiscal tiene su propia estrategia y debe presentar informes, con regularidad, al Consejo de Seguridad. Por ahora, sólo él puede evaluar la cooperación. Por ejemplo, el Fiscal ha señalado públicamente que no está actuando desde Sudán y que los testigos han sido entrevistados en varios países. No cabe duda de que hay diferentes maneras de lograr un mismo objetivo.

Muchos Estados importantes, incluidos China, India, Rusia y Estados Unidos, no son Partes en el Estatuto. Ello da la impresión de que no todo el mundo aplica los mismos criterios. ¿Cómo abordan este problema? ¿Cómo hacen para mantener la imagen de la Corte como un organismo imparcial, imagen que debe tener para ser creíble?

Los nacionales de un Estado que no es Parte en el Estatuto no quedan, necesariamente, fuera de la jurisdicción de la Corte. En una situación internacional, por ejemplo cuando el Estado X interviene en el territorio del Estado Y, y nacionales del Estado X cometen crímenes en Y, la Corte tiene jurisdicción, aunque el Estado X no sea Parte y el Estado Y sí lo sea.

Pero, obviamente, la universalidad, o al menos la cuasi universalidad, es un objetivo primordial de la Corte por dos razones, cuando menos: una de principio, y otra, práctica. La razón de principio es que es el único tribunal internacional creado en virtud de un tratado y, por lo tanto, debe esforzarse democráticamente por reflejar la universalidad de la comunidad internacional. La razón práctica es que el Estatuto impone restricciones en cuanto al consentimiento de ciertos Estados, excepto cuando una situación es remitida por el Consejo de Seguridad. Para que la Corte ejerza jurisdicción, debe tener el consentimiento del Estado del que el acusado es nacional, o el consentimiento del Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen. Esto deja algunas situaciones fuera de la jurisdicción de la Corte, si no se logra un número suficiente de ratificaciones.

Una tendencia alentadora que he observado en este contexto es el aumento considerable del conocimiento y la comprensión acerca de la Corte en casi todos lados, incluso en Estados que no son Partes en el Estatuto. He quedado gratamente sorprendido en mis viajes recientes: he observado que la Corte cada vez se conoce más y, por lo tanto, suscita más aprecio e interés. Uno de los peores enemigos de la Corte es la ignorancia. Mientras la Corte sea percibida de manera abstracta, como una amenaza vaga, como una institución que podría realizar actividades que no se comprenden bien, seguirá provocando mucha reticencia. Una vez superada esa etapa, el aprecio y el interés aumentan, no sólo el aprecio y el interés de poblaciones enteras, sino también el interés que algunos Estados podrían tener en formar

parte del sistema. Es una cuestión de tiempo: la Corte necesita tiempo para darse a conocer, para realizar sus primeros procedimientos y ver adónde conduce.

Una vez más, no olvidemos que la Corte es una institución extremadamente joven. Si consideramos la convención sobre el derecho del mar, que sin duda afectó los intereses internos de los Estados en un grado mucho menor, vemos que pasaron doce años antes de que entrara en vigor. Pero el Estatuto de la Corte entró en vigor sólo cuatro años después de su adopción, en la Conferencia de Roma, de 1998. Comparativamente, podríamos decir que se trata de un éxito, y creo que contar con 100 ratificaciones después de dos años y medio de existencia no está nada mal.

En la sesión de la Asamblea de Estados Partes, celebrada en noviembre de 2005, se planteó la cuestión de la estrategia general de la Corte.

Aún estamos viviendo con la herencia de los tribunales especiales, que se instauraron como reacción a los acontecimientos. Los Estados Partes no desean que la Corte se desarrolle de manera accidental, bajo la presión de los acontecimientos. Por ello, estamos elaborando un plan estratégico para los años venideros, en cuyo marco trataremos de fijar la misión, los objetivos y las actividades clave de la Corte.

¿Cuántos casos podrá tratar la Corte?

Ello dependerá de los recursos, lo que a su vez depende, principalmente, de la Fiscalía y de la Asamblea de Estados Partes, de lo que el Fiscal presente y de lo que la Asamblea de Estados Partes acepte. De todos modos, se están examinando algunas situaciones. Con los recursos de que disponemos, podremos responder a algunos desafíos; si contamos con más recursos, podremos hacer más; si contamos con menos, podremos hacer menos. También estamos considerando la organización y el mejoramiento de las estructuras internas. Hace dos años y medio, teníamos cincuenta empleados, mientras que ahora tenemos unos 600, de todo tipo. Naturalmente, esta evolución, tan dinámica y rápida, ha causado algunos choques de cultura, no sólo entre los órganos de la Corte, sino también dentro de algunos de ellos. Por supuesto, alguien que viene de la ONU no se comportará de la misma manera que alguien que procede del sector privado o de la diplomacia convencional. Todo ha tenido que evolucionar con el tiempo. Pienso que hemos avanzado mucho. Queremos estructuras que nos conduzcan decididamente al éxito.

Las relaciones exteriores son sumamente importantes, por diferentes razones. En nuestras relaciones con los Estados Partes, debemos lograr que comprendan lo que estamos haciendo, para que nos proporcionen lo que necesitamos. En cuanto a las relaciones en el terreno, la Corte debe ser comprendida; es necesario crear las condiciones para que las víctimas, los testigos y toda la población deseen cooperar, en la mayor medida de lo posible, con la Corte. En nuestras relaciones exteriores en general, nuestro principal objetivo es que se comprenda qué es la Corte. Nuestra política no es promocionarnos, dado que la promoción de la Corte debe ser una

responsabilidad de los Estados y de las organizaciones no gubernamentales. Pero consideramos que es nuestra responsabilidad explicar qué es la Corte, cuando se nos lo solicita.

A veces se critica a los tribunales internacionales por ser demasiado lentos. ¿La Corte Penal permanente podrá funcionar con eficacia?

Estamos elaborando una estrategia judicial para la Corte, cuyo objetivo es instaurar procedimientos judiciales que sean lo más eficaces posibles y calcular el tiempo que se necesitaría para un juicio, una etapa preliminar y una etapa de apelaciones. También estamos tratando de hacer un uso racional de los recursos, en lo relativo a la organización interna de la Corte y en la gestión de sus relaciones exteriores. Estamos elaborando una estrategia que tome en consideración todos esos aspectos.

En cuanto a la eficacia de la Corte, hemos tomado en cuenta la experiencia de los tribunales *ad hoc*. El Reglamento que hemos adoptado para la Corte es un intento de sacar las conclusiones necesarias. En el Estatuto mismo, hemos visto que se habían aprendido algunas lecciones. La más evidente es la creación de la Sala de Cuestiones Preliminares, cuyo objetivo es liberar al juicio mismo de todos los asuntos que deben tratarse de antemano, como cuestiones de jurisdicción, órdenes de arresto, confirmación de las acusaciones, y algunos asuntos relativos a los testigos y las víctimas. En todos los casos, las lecciones aprendidas de los tribunales *ad hoc* llevarán a una situación en que el juicio mismo será mucho más dinámico y tendrá menos obstáculos.

¿El Estatuto de la Corte permanente ha contribuido a que la justicia internacional sea más eficiente?

Sí, el Estatuto permitió mejorar algunos aspectos relacionados no tanto con la eficiencia, sino con la atención que se presta a las víctimas. En los otros tribunales internacionales, las víctimas actuaron, sobre todo, como testigos, pero en la Corte Penal Internacional tienen el estatuto de víctimas. La Corte hace todo lo posible para mejorar su eficiencia y eficacia. Pero, más allá de lo que pueda hacer, de lo que pueda emprender, el hecho es que, fuera de los asuntos jurídicos y administrativos, es fundamental que la Corte cuente con la cooperación de los Estados, que se prevé en el Estatuto, y con la cooperación de las organizaciones internacionales.

Actualmente, hay cuatro situaciones (República Centroafricana, República Democrática del Congo, Sudán y Uganda) con respecto a las cuales la Corte está actuando.

Hay cuatro situaciones, pero tres investigaciones. La Fiscalía aún no ha tomado una decisión sobre la cuarta, la de la República Centroafricana.

Las cuatro situaciones conciernen a África. En el caso de Sudán, que es excepcional, porque el caso fue remitido a la Corte por el Consejo de Seguridad, se ha dicho que la Corte era un instrumento de colonización o de neocolonización. ¿Cómo aborda la Corte la percepción de que puede examinar situaciones en el continente más pobre, mientras que otros países y situaciones no pueden tocarse?

Hay tres puntos. En primer lugar, quisiera mencionar el apoyo de África a la Corte. Yo fui diplomático y fui presidente del Comité Plenario de la Conferencia de Roma. Las declaraciones más significativas que se hicieron sobre la Corte procedieron de África, porque África dijo: “Ustedes, europeos, tienen valores humanitarios, desean promover valores humanitarios, desean aportar cambios positivos en la vida de las personas, y también desean que esta Corte haga una contribución para el mantenimiento de la paz y el orden público en la región. Pero conocemos las consecuencias de los crímenes cometidos en nuestro propio territorio y deseamos utilizar la Corte como medio preventivo de protección contra los crímenes que otros Estados, sean vecinos u otros, podrían cometer en nuestro territorio”. Siempre he estado y sigo estando convencido de que, sin el apoyo de África, el Estatuto de Roma nunca se habría adoptado. Entonces, África no es un socio reticente, sino un socio que en cierta medida tal vez tenga el mayor interés, o en todo caso un gran interés, en la Corte.

En segundo lugar, contrariamente a la opinión generalizada, el grupo regional que tiene mayor representación entre los Estados Partes no es Europa occidental, sino África.

Por último, y éste es el tercer punto, hay tres peticiones formuladas por Estados africanos. La Corte no las ha pedido; los Estados africanos han presentado situaciones ante la Corte. Incluso en el caso de Darfur, la acusación de neocolonialismo está más allá de mí. El Consejo de Seguridad, frente una situación sumamente dramática, en que se habían cometido, presuntamente, numerosos crímenes graves, fue el que decidió remitir esa situación a la Corte. Y el Consejo de Seguridad no está formado sólo por países occidentales.

Además, debe señalarse que, si bien se han remitido cuatro situaciones a la Corte, el Fiscal también puede remitir un asunto a la Corte por iniciativa propia. Puede iniciar una investigación, siempre que la Sala de Cuestiones Preliminares lo autorice. Aún no lo ha hecho, pero ha recibido más de 1.600 comunicaciones, principalmente de organizaciones no gubernamentales, desde julio de 2002. Pienso que casi el 80% de esas comunicaciones, o incluso más, no es admisible, porque se refieren a crímenes que no están abarcados por el Estatuto de la Corte o porque se refieren a acontecimientos que tuvieron lugar antes de julio de 2002, cuando comenzó la jurisdicción de la Corte, o porque los crímenes están relacionados con situaciones en que ninguno de los Estados involucrados es Parte en el Estatuto. Sin embargo, el Fiscal ha declarado que está siguiendo de cerca otras cinco situaciones. No sé de qué situaciones se trata, ello es de competencia exclusiva de la Fiscalía, pero creo que se relacionan con más de un continente.

De modo que África no es el único continente que ha dado a la Corte un apoyo significativo. La Corte también cuenta con amplio respaldo en casi todas las regiones. Sólo en Asia y Oriente Próximo se han expresado algunas reservas al respecto. En todo caso, no es una Corte que se preocupa principalmente por África.

Si existe un problema hoy en día, tiene que ver con la manera en que se presentan las cosas; no se trata de un problema real. Por supuesto, si la situación sigue siendo igual durante quince años, entonces tal vez habría un problema real; pero debe señalarse, una vez más, que la Corte todavía es muy joven.

A pesar de la independencia de la Corte respecto de la ONU, la Corte cuenta con la cooperación de ese organismo. Sin embargo, la ONU y sus organismos especializados suelen tener cometidos completamente diferentes. Algunos tienen cometidos relacionados con la defensa de la justicia y los derechos humanos, otros se interesan más por cuestiones humanitarias, mientras que otros son más activos políticamente. ¿La Corte coopera de diferentes maneras con los diferentes organismos de la ONU?

Sí, por supuesto. Ya he subrayado que es fundamental contar con la cooperación de los Estados, pero la cooperación de organizaciones internacionales, la ONU en particular, es muy importante también. Para nosotros, es necesario contar con el apoyo de una organización como la ONU, que ya ha actuado en este ámbito. Hemos invitado a varias organizaciones internacionales a la Corte, sobre todo para determinar qué grado de disposición tienen para cooperar con la Corte, qué problemas podría haber al respecto y, si los hubiera, pensar cómo resolverlos.

Una de las situaciones en que la Corte tiene jurisdicción es cuando un Estado no puede enjuiciar a criminales de guerra. En la actualidad, como puede verse en el este de la República Democrática del Congo y en el norte de Uganda, las estructuras estatales suelen ser inexistentes. En algunos lugares, prácticamente no hay policía local que coopere con la Corte. El Fiscal de la Corte tiene que construir su caso y reunir evidencia donde pueda. De modo que se pone en contacto con todas las personas que puede en esos contextos, incluidas las organizaciones humanitarias. Esto plantea problemas al CICR, pero también, eventualmente, a otros organismos humanitarios, e incluso a la ONU. ¿Es posible prestar ayuda y, al mismo tiempo, recabar información que puede emplearse en procedimientos penales? ¿Los intereses de la justicia tienen prioridad sobre las necesidades inmediatas de las víctimas, o inversamente?

Es sumamente difícil responder. La pregunta concierne al Fiscal y a las organizaciones de que se trate en cada caso, y tal vez también al Registrador. Además, no cabe duda de que los intereses de la justicia tienen un papel importante y que tendrán que ser definidos. Es una de las cuestiones principales: ¿qué vamos a hacer con los intereses de la justicia? Es muy difícil especular sobre cuestiones de ese tipo, no sólo como Presidente de la Corte, sino también como juez en la

Sala de Apelaciones. Tal vez un día tenga que contribuir a tomar una decisión al respecto. Pero está claro que ello constituye un problema, porque para que la Corte pueda funcionar, es absolutamente necesario que pueda contar con quienes están en el terreno.

También puede haber cierta tensión entre los intereses de la justicia y los intereses políticos. Las enjuiciamientos penales pueden impedir o demorar un cese de las hostilidades o una solución pacífica de un conflicto. Algunas personas creen que es prácticamente imposible lograr la reconciliación, mientras se están efectuando enjuiciamientos penales. Se dice que las acusaciones presentadas en Uganda provocaron ataques contra posibles testigos y condujeron a la reanudación de los enfrentamientos. ¿Hay alguna manera de saber cómo reaccionará la Corte en esas situaciones?

Hay dos disposiciones en el Estatuto que son relevantes directa o indirectamente. La primera es que el Consejo de Seguridad está autorizado no sólo a remitir una situación a la Corte, sino también a posponer una investigación o un enjuiciamiento por doce meses. No hay ninguna disposición en el Estatuto que diga que esa demora no puede ser renovada por el Consejo de Seguridad, en la medida en que el Consejo tome esa decisión en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, relativo a la paz y la seguridad internacionales. La otra disposición se refiere a los intereses de la justicia. El Fiscal puede decidir no iniciar una investigación, si cree que un enjuiciamiento no serviría a los intereses de la justicia. Es muy difícil predecir cómo se aplicará esa disposición. Sin duda, y aquí prácticamente vuelvo al inicio de mi razonamiento, si se acepta que la Corte forma parte de un sistema global de justicia internacional, ese sistema no es exclusivamente un sistema jurídico. Es un sistema que incluye mecanismos como las comisiones de verdad y reconciliación. Pienso que es totalmente posible que esos mecanismos coexistan, en la medida en que la Corte no fue creada para suplantar los mecanismos nacionales. La Corte sólo reemplaza los mecanismos nacionales, cuando los Estados no pueden o no quieren enjuiciar a quienes han cometido alguno de los crímenes mencionados en el Estatuto.

¿Nadie debería poder evadir la justicia, en principio?

Pienso que se supone, en general, que la Corte fue creada para enjuiciar a toda persona que haya cometido un crimen sobre el que la Corte tiene jurisdicción. De modo que la Corte también tiene una función preventiva. Sólo puede ejercer su jurisdicción, en la medida en que enjuicie y responsabilice a los más altos responsables, es decir a quienes ordenaron la comisión de los crímenes. El hecho de que la Corte nunca tenga la capacidad de tratar más que unas pocas situaciones a la vez y, por lo tanto, según lo que acabo de decir, a unas pocas personas a la vez, está relacionado con esto. De este modo, muchos culpables no serán llevados ante la Corte, sea por razones prácticas o por razones de principio. Y esas personas nunca

serán enjuiciadas, lo que nos lleva a los sistemas nacionales, que en parte aplican los mecanismos jurídicos nacionales y en parte aplican mecanismos no jurídicos.

¿No se corre el riesgo de que los mecanismos no jurídicos, acompañados por amnistías, anulen la obligación de procesar a los criminales de guerra?

Lo que implique cada situación es el criterio básico para la Corte Penal Internacional. ¿Las acciones iniciadas por un Estado o el empleo de algún mecanismo tienen por consecuencia, deliberada o no, que las jurisdicciones nacionales no quieran o no puedan realizar las investigaciones o los enjuiciamientos necesarios? Pienso que, jurídicamente, ésa es la manera en que la Corte deberá abordar esas situaciones, porque el sistema tendrá que trabajar, sin duda, en su totalidad y con gran flexibilidad.

A pesar de que la Corte es muy joven, ha generado muchas expectativas. ¿Usted siente esa presión?

Sí. Hasta ahora, con las cuatro situaciones que se nos han remitido, hemos tenido una enorme carga de trabajo. La Corte reconoce claramente que tiene la responsabilidad de suscitar su propia credibilidad. Tendremos que aprender, por supuesto, pero no cabe duda de que todos en la Corte perseguimos el mismo y único objetivo: una administración correcta de la justicia. No hay un programa. Pienso que, con el tiempo, inevitablemente se llegará a la conclusión de que la Corte es, en realidad, lo que debe ser, y lo que pretende ser, es decir una institución estrictamente jurídica que ejerce una función estrictamente jurídica y no efectúa enjuiciamientos por motivos políticos. Esperamos cincuenta años para la instauración de esta Corte, y ahora debe trabajar, porque no habrá una segunda oportunidad. Esto es muy importante, porque el éxito eventualmente podría socavar la cultura de la impunidad que siempre ha prevalecido y llevarnos a un sistema que garantice una mejor aplicación del principio de responsabilidad individual.

Medir el impacto de las políticas de castigo y de perdón: en favor de una evaluación de la justicia de transición

Pierre Hazan*

Pierre Hazan es investigador principal del Instituto de la Paz de Estados Unidos, Washington, DC

Resumen

Comisiones de la verdad, tribunales penales internacionales, reparaciones, expresiones públicas de arrepentimiento... los mecanismos de la justicia de transición se han transformado en el “mantra” del período posterior a la guerra fría. La finalidad de esos mecanismos es lograr la reconciliación de sociedades que fueron víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y promover dinámicas de reformas y de democratización. Su objetivo último es estabilizar los focos de tensión. Pero ¿cuál es la eficacia real de esos mecanismos, que reciben apoyo financiero y político de la comunidad internacional y las ONG? Sus repercusiones son, en realidad, poco conocidas. En el presente artículo ayudaremos a llenar este vacío, examinando las hipótesis en que se basan la justicia de transición y su funcionamiento, y proponiendo una serie de indicadores para evaluar sus resultados.

.....

* El autor desea agradecer el apoyo prestado por el Instituto de la Paz de Estados Unidos, el Fondo Nacional para la Investigación Científica (octubre de 2003–septiembre de 2005), el Programa de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de Harvard (enero-julio de 2005) y las facultades de ciencias económicas y sociales y de derecho de la Universidad de Ginebra

Desde el fin de la guerra fría, la justicia de transición se ha transformado en el nuevo mantra de las relaciones internacionales. En un lapso de veinte años, las comisiones de la verdad han proliferado en todo el mundo, la justicia penal internacional ha conocido un crecimiento inédito, y las expresiones públicas de arrepentimiento y las reparaciones a las víctimas de violaciones de los derechos humanos son cada vez más frecuentes. Desde 1989, la intensidad de los procesos de incorporación en la memoria colectiva de los crímenes perpetrados en el pasado ha alcanzado niveles sin precedentes.

La justicia de transición lleva la marca contradictoria del decenio de 1990: esperanza y tragedia. La faz luminosa es el colapso de las dictaduras comunistas en el ex imperio soviético, el fin del régimen del apartheid en Sudáfrica y la consolidación de las democracias en América Latina. La sombría es el genocidio de Ruanda y las políticas de limpieza étnica en los Balcanes, el Cáucaso y África. En todas esas regiones, las gestiones destinadas a resolver los crímenes del pasado y, a veces, los que continúan cometándose, se han traducido en numerosas iniciativas y han encendido muchas pasiones. La creación casi simultánea de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica y del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia fue emblemática del vigoroso debate sostenido, a mediados de la década de 1990, entre los partidarios de la política de perdón y los que apoyaban la política de castigo. Unos y otros afirmaban que sus ideas eran las mejores para alcanzar el objetivo de la “reconciliación”¹.

Hoy, la comunidad internacional hace hincapié tanto en los mecanismos extrajudiciales orientados hacia la reconstrucción social como en la dimensión estigmatizadora del castigo penal. Incluso en el seno de la justicia de transición, se percibe la necesidad de contar con una justicia tanto reparadora como penal, a causa de su complementariedad². En el mundo posterior a la guerra fría, marcado por el resurgimiento de una filosofía moral de las relaciones internacionales, la complementariedad entre la justicia penal y la justicia reparadora desempeña, pues, un papel fundamental. Representa, a la vez, una defensa de los pilares de la civilización y una frágil esperanza de un mundo mejor³.

1 V. las obras de Desmond Tutu, en particular, *Il n’y a pas d’avenir sans pardon*, Albin Michel, 2000. La resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 1994, crea el TPIR y le asigna explícitamente el objetivo de “la reconciliación” entre los ruandeses: “Convencido de que, en las circunstancias particulares de Ruanda, el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario (...) contribuiría al proceso de reconciliación nacional y al restablecimiento y el mantenimiento de la paz (...)”

2 V., en especial, el “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, informe del Secretario General de las Naciones Unidas, 3 de agosto de 2004, S/2004/616. Las Naciones Unidas pusieron a prueba este enfoque combinado en Sierra Leona, con el establecimiento de un Tribunal especial y de una comisión de la verdad. Sintomáticamente, en Sudáfrica, Desmond Tutu ahora reclama el enjuiciamiento de los autores de crímenes políticos que no solicitaron la amnistía a la Comisión de la Verdad y la Reconciliación. V. “Tutu urges apartheid prosecutions”, <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/4534196.stm>>, enero de 2006. El TPIY, por su parte, se ha declarado a favor del establecimiento de una comisión de la verdad en los países de ex Yugoslavia.

3 V., en especial, Eleazar Barkan, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, W.W. Norton and Company, Nueva York, 2000; Alex Boraine, *A Country Unmasked, Inside South Africa’s Truth*

En los Estados que amenazan con fragmentarse, donde los valores tradicionales y el tejido social se desintegran, la justicia de transición se presenta como una frágil alternativa para evitar la escalada de violencia y venganza. La finalidad de la justicia de transición, que oye las demandas de las víctimas y de las sociedades, es contribuir a que obtengan una reparación. Pero aspira a ser más que eso. Se propone movilizar las fuerzas vivas de esas sociedades, para ayudarles a afrontar un pasado de crímenes y de violaciones de los derechos humanos en gran escala, y avanzar hacia el alba de la democracia. En ese sentido, la justicia de transición aparece como una nueva Jerusalén: indica el camino hacia las reformas institucionales y políticas que, progresivamente, contribuirán a establecer la paz y, después, a consolidarla y a fortalecer el Estado de derecho. En este aspecto, la justicia de transición presenta una dimensión escatológica: la voluntad de librarse de la tragedia de la historia, de conjurar la fatalidad del mundo.

La justicia de transición es una utopía (en el sentido positivo de la palabra) que, según sus postulados, permite a las sociedades movilizarse y actuar incluso sabiendo que se enfrentan con enormes desafíos, como se destaca en el informe de las Naciones Unidas “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”⁴:

“Sin embargo, la tarea de ayudar a sociedades desgarradas por la guerra a restablecer el Estado de derecho y superar abusos pasados cometidos a gran escala, todo ello dentro de un contexto marcado por unas instituciones devastadas y unos recursos agotados, y con una seguridad debilitada y una población traumatizada y dividida, es difícil cuando no abrumadora. Para llevarla a cabo es preciso prestar atención a múltiples deficiencias, entre ellas las relativas a la falta de voluntad política para introducir reformas, de independencia institucional en la administración de justicia, de capacidad técnica en el país, de recursos materiales y financieros, de confianza de los ciudadanos en el gobierno, de respeto de los derechos humanos por los poderes públicos y, más en general, de paz y de seguridad.”

Este programa, cuya finalidad es mejorar las condiciones de seguridad en los lugares donde hay tensiones, representa, sin duda, una tarea hercúlea. Como se ve, en la justicia de transición entran en juego opciones fundamentales de la sociedad. La justicia de transición participa en el establecimiento de las normas sobre las que se basa el funcionamiento del sistema internacional. En la intersección de la moral, la política, el derecho, la historia y la psicología, la justicia de transición ha delimitado estrechamente la soberanía nacional, restringiendo la definición de las inmunidades diplomáticas y el ámbito de las amnistías. Esto ha influido en la

and Reconciliation Commission, Oxford University Press, Oxford, 2000; Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths, Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, Nueva York y Londres, 2001, y Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, Boston, 1998.

4 “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, *ibid.*

dinámica de la resolución de los conflictos y, al mismo tiempo, ha dificultado la negociación entre los mediadores y los beligerantes: ¿qué garantías pueden ofrecer a los responsables políticos y militares o a los señores de la guerra, que mañana pueden ser enjuiciados por los crímenes que han cometido?

La justicia de transición se ha transformado en una de las características dominantes de la era posterior a la guerra fría. La comunidad internacional ha invertido en las políticas de perdón y de castigo desde el punto de vista financiero, político y simbólico. Las Naciones Unidas han desempeñado un papel fundamental en ciertas comisiones de la verdad, como en El Salvador y en Haití. El Consejo de Seguridad de la ONU también creó los dos tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas, el de ex Yugoslavia y el de Ruanda, cuyos gastos de funcionamiento representan más del 15% del presupuesto ordinario de las Naciones Unidas. Desde su creación, en 1993-1994, sólo esos dos tribunales han costado a las Naciones Unidas más de 1.600 millones de dólares EE. UU.; juntos, su costo actual supera los 250 millones de dólares EE. UU. anuales⁵.

En un lapso de quince años, la justicia de transición se ha transformado en una disciplina, con economía, prácticas, instituciones, especialistas, estudiosos, publicaciones y debates propios. En 2000, comenzó a enseñarse en ciertas universidades. Los medios le dedican considerable espacio, puesto que la justicia de transición, que afirma los nuevos valores de las sociedades y de la comunidad internacional, suscita un apasionado interés.

Hay abundante bibliografía sobre la justicia de transición, pero las obras que describen su funcionamiento y evalúan sus efectos son contadas. Hay dos razones fundamentales: la primera tiene que ver con los obstáculos metodológicos (v. más adelante), y la segunda se relaciona con el hecho de que los debates sobre la justicia de transición, y, en particular, sobre la justicia internacional, están fuertemente ideologizados. Se caracterizan asimismo por la polarización y la ritualización y, en última instancia, muchas veces resultan frustrantes. Tradicionalmente, representan la pugna entre los partidarios de la justicia de transición, que ven en ella un proceso caótico pero indispensable para reconstruir la ética de la vida política liberando a las fuerzas vivas de la sociedad, y los que formulan una crítica radical de todo el mecanismo o, por lo menos, de algunos de sus aspectos. Por ejemplo, uno de los críticos, el general Galloix⁶, considera que la justicia penal internacional no es ni más ni menos que una justicia selectiva y política, un medio despótico de establecer un “apartheid judicial” entre el Occidente todopoderoso y los países débiles:

“El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia es un arma de guerra, como pueden serlo los bombardeos o los bloqueos económicos. Hoy, las guerras abarcan diferentes fases (...), la fase de la desinformación, destinada a satanizar al adversario (...), el proceso de los “vencidos”, que da el toque

5 *Op. cit.*, p. 14.

6 Pierre Marie Gallois, Jacques Vergès, *L'apartheid judiciaire, le Tribunal penal international, arme de guerre*, L'Age d'Homme, 2002, p. 11.

final a la justificación de la guerra. El derecho de injerencia en el plano humanitario y militar ahora se complementa con el derecho de injerencia en el ámbito penal.”

Otros, como el antropólogo indio Nandini Sundar⁷, ven en la justicia de transición el sello de la política hipócrita de Occidente, que apoya a las instituciones penales internacionales cuando ellas atacan a sus enemigos, pero se reserva el derecho a expresar unas tímidas disculpas cuando se trata de sus propios crímenes.

Nuestra opinión, compartida por numerosos observadores y actores de la justicia de transición, es que, en realidad, sabemos poco sobre sus efectos. Lo hemos visto: decenas de Estados han establecido mecanismos de justicia de transición, con el apoyo de la comunidad internacional y numerosas ONG. Pero ¿cuál es el rédito financiero, simbólico y político de la inversión en esos procedimientos judiciales y extrajudiciales? ¿En qué medida se han mantenido efectivamente las promesas de la justicia de transición? ¿Cómo puede la comunidad internacional dirigir mejor su apoyo para promover la autosuficiencia de las sociedades civiles y ayudarles a superar las divisiones generadas por los conflictos internos?

El informe de las Naciones Unidas, mencionado más arriba⁸, ya contenía algunas enseñanzas al respecto. El presente artículo es una modesta contribución entre otras⁹, orientada a aclarar estas cuestiones y a comprender mejor los efectos de la justicia de transición. Nos proponemos descifrar el funcionamiento de la justicia de transición y evaluar algunos de sus resultados. Para hacerlo, primeramente definiremos los mecanismos de la justicia de transición; a continuación, analizaremos la lógica subyacente, y por último, examinaremos los diez retos que la justicia de transición se propone abordar.

La justicia de transición: un conjunto de mecanismos

Como ya se ha dicho, los defensores de la justicia de transición afirman que las políticas de perdón y/o de castigo permiten restablecer la dignidad de las víctimas, contribuir a la reconciliación nacional mediante el esfuerzo por establecer la verdad y la justicia (sea en forma simbólica o penal), prevenir nuevos crímenes, participar

7 Nandini Sundar, *Toward an anthropology of culpability*, American Ethnologist, vol. 31, n.º 2, pp. 145-163.

8 “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, *ibid.*

9 Citemos en particular, pero de forma no taxativa, a Eric Stover y Harvey M. Weinstein (ed.), *My Neighbor, My Enemy, Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004; Eric Brahm, *Getting to the Bottom of Truth: Evaluating the Contribution of Truth Commissions to Post-Conflict Societies*, documento presentado en la reunión anual de la Asociación de Estudios Internacionales, Honolulu, Hawai, 1-5 de marzo de 2005; *Forgotten Voices, A Population-Based Survey on Attitudes About Peace and Justice in Northern Uganda*, Centro Internacional para la Justicia de Transición y Centro de Derechos Humanos, Universidad de California, Berkeley, julio de 2005; A Call for Justice, A National Consultation on past Human Rights Violations in Afghanistan, <<http://www.aihrc.org.af>>, Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths, Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, Nueva York y Londres, 2001.

en el restablecimiento y el mantenimiento de la paz, y establecer o reforzar el Estado de derecho mediante la introducción de reformas institucionales y políticas.

Se trata de objetivos tanto individuales como sociales, dado que abarcan desde el restablecimiento psicológico de la víctima hasta la “reconciliación nacional” a través de la formación de una nueva identidad colectiva.

Para alcanzar esos objetivos, la justicia de transición utiliza determinados mecanismos: los procedimientos judiciales, las comisiones de la verdad, las leyes de lustración o de purificación¹⁰, las reparaciones, los pedidos de perdón públicos, la reescritura de la historia. Estas prácticas se utilizan según las situaciones, en forma selectiva, simultánea e incluso cronológica. Así pues, algunos países han optado por evitar los procesos judiciales; otros han establecido comisiones de la verdad y han incoado acciones penales simultáneamente, y otros más han comenzado por aplicar la política del perdón antes de proceder a la política del castigo. Como contrapunto a la tendencia de extender la justicia de transición, Mozambique decidió otorgar una amnistía general en 1992, al final de una guerra civil atroz, y Argelia hizo lo propio en el otoño boreal de 2005¹¹.

Los principales mecanismos de la justicia de transición

Los procedimientos judiciales

Es el conjunto de las políticas de castigo, cuyo acto fundacional fue la creación de los tribunales militares internacionales en Nuremberg. Comprenden los tribunales penales internacionales, los tribunales semiinternacionales, la Corte Penal Internacional, y los tribunales nacionales. Su objetivo es la represión de los crímenes internacionales (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de genocidio), y, según sus competencias, las violaciones graves de los derechos humanos.

Las comisiones de la verdad

Las comisiones de la verdad (a veces llamadas comisiones de la verdad y la reconciliación) se orientan hacia las víctimas. Constituyen un proceso extrajudicial que, según el contexto, complementa o reemplaza los procedimientos penales.

10 Es la vía elegida por la mayoría de los ex regímenes comunistas del bloque soviético. Este tema no se abordará en el presente artículo.

11 Las autoridades argelinas organizaron un referéndum donde la mayor parte de la población, bajo fuerte presión de las autoridades, se pronunció a favor de una ley de amnistía amplia para los autores de crímenes cometidos durante la guerra civil. Los observadores internacionales cuestionaron los resultados del referéndum.

Las reparaciones

Las reparaciones son tan antiguas como la guerra misma. Pero, en el sentido actual del término, se trata de un fenómeno relativamente nuevo, dirigido a las víctimas o a los derechohabientes de personas perseguidas por su origen o por sus convicciones políticas. Las primeras reparaciones de este tipo fueron las otorgadas, a partir de 1952, por la República Federal de Alemania a los supervivientes de los campos de exterminio y de concentración de los nazis. Se trata de pagos voluntarios que el Estado otorga a individuos o a grupos, en cumplimiento de objetivos morales y políticos¹². Actualmente, esas reparaciones se suman a las que pueden determinar los tribunales penales.

Los pedidos de perdón

Las expresiones de arrepentimiento de un jefe de Estado o de altos funcionarios públicos no son nada nuevo. Pero después del fin de la guerra fría, los actos de arrepentimiento se han multiplicado en forma inédita. A finales de la década de 1990, todos los líderes de Occidente han pedido perdón por crímenes del pasado, algunos de ellos cometidos cientos de años atrás. Por ejemplo, Tony Blair pidió perdón por la hambruna que Irlanda padeció en el siglo XVII, Jacques Chirac por la responsabilidad de Francia en la deportación de los judíos, Gerhard Schröder por el pasado nazi de Alemania, Bill Clinton por la actitud de su país durante el genocidio ruandés, por la trata de negros y la esclavitud, o por el apoyo prestado a regímenes dictatoriales en América Latina.

Reescribir la historia

Los procedimientos judiciales, las comisiones de la verdad (y de la reconciliación), las expresiones públicas de arrepentimiento y las reparaciones contribuyen a construir la forma en que la nación se narra a sí misma, afirmando, a la vez, su marco identitario y sus nuevos valores. Este trabajo de construcción de la memoria se acompaña de un proceso más amplio, marcado por la apertura de los archivos, la reescritura de los manuales de historia, la construcción de monumentos conmemorativos y de museos de la memoria, y la instauración de jornadas de recogimiento.

Los postulados de la justicia de transición

Hay pocos trabajos teóricos donde se examinen los postulados de la justicia de transición. Un análisis más detenido revela que la justicia de transición se basa

12 Esta definición se inspira, en gran medida, en la obra de Eric Posner y Adrian Vermule, *Reparations for Slavery and Other Historical Injustices*, vol. 103, pp. 689-748, 2003, p. 694.

en dos axiomas fundamentales, que se complementan entre sí. El primero es que el establecimiento de normas respaldadas por la política del palo y la zanahoria socializa a los “malos alumnos” porque les inculca el respeto de los derechos humanos. Se trata de una pedagogía normativa, dirigida a las elites políticas y a los militares; en otras palabras, es un proceso que se desarrolla desde arriba hacia abajo. El segundo axioma es, por el contrario, un proceso que va desde abajo hacia arriba: parte de la idea de que las sociedades desgarradas por guerras civiles, o los pueblos que han sido víctimas de regímenes dictatoriales, deben purificarse para exorcizar ese pasado traumático. Ese proceso de “catarsis nacional” está destinado a liberar a los miembros de la sociedad de sus emociones, canalizándolas hacia la recomposición de la identidad nacional.

La paz a través de la instauración de normas

El desarrollo de la justicia de transición se basa en la idea de que el establecimiento de nuevas normas socializa progresivamente, por ejemplo a los responsables de limpiezas étnicas y a los señores de la guerra, y que, a la larga, permite estabilizar el sistema internacional. Dos autores, Martha Finnemore y Kathryn Sikkink¹³, han explicado en forma muy convincente que las normas actúan como un corsé para los Estados, ya que limitan poco a poco su margen de maniobra. Reglamentan la conducta de los actores, redefinen sus identidades, e inculcan valores nuevos que, gradualmente, van impregnando las instituciones nacionales.

Según Martha Finnemore y Kathryn Sikkink, este cambio normativo funcionaría en tres etapas: en la primera, los “promotores de normas” (las ONG), usan su poder de denuncia para deslegitimar y aislar a los que violan los derechos humanos. Es la “ley del alboroto”, tan apreciada por Bernard Kouchner. Con este objeto, las ONG crean alianzas con los Estados que tienen una buena posición en el mercado de las relaciones internacionales, donde se desempeñan como guardianes de la moral, árbitros, o mediadores. Ejemplos de ello son Suiza, Suecia, Noruega o Canadá. Por lo general, se trata de países de cultura protestante, que no son grandes potencias, que no arrastran consigo la piedra de molino de un pasado colonial, y que, por ende, no tienen un coto exclusivo que resguardar, como Francia y Gran Bretaña.

En la segunda etapa, las ONG trabajan para lograr la adopción de esas normas en el plano universal, con el apoyo de organizaciones internacionales y de los Estados. Éstos perciben el interés político de adoptar una posición moral. En la última etapa, según este enfoque, progresivamente todos los Estados adoptan las normas.

Los actores recalcitrantes son sometidos a un “regateo estratégico”. Si aceptan las reglas de la comunidad internacional, tendrán derecho a los beneficios que ofrece la respetabilidad (acceso a préstamos del Banco Mundial o del FMI, solicitud de adhesión a la Unión Europea); si se rehúsan, pagan el precio de su

13 Martha Finnemore y Kathryn Sikkink, “International Norm Dynamics and Political Change”, *International Organization*, vol. 52, n.º 4 (otoño boreal de 1998), pp. 887-917. V. también Jack Snyder y Lesli Vinjamuri, *Trials and Errors, Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice*, *International Security*, vol. 28, n.º 3 (invierno boreal de 2003/04), pp. 5-44.

aislamiento. La cooperación de los países de ex Yugoslavia con el tribunal de La Haya ilustra perfectamente este enfoque: Serbia entregó a Slobodan Milosevic al TPIY únicamente porque los occidentales habían condicionado la aprobación de un préstamo de 10.000 millones de dólares EE. UU. al traslado del ex presidente serbio a la prisión del TPIY. Más tarde, a la diplomacia de la chequera se añadió el hecho de que los países de la UE impusieron la cooperación con el TPIY como condición previa para iniciar las negociaciones sobre la adhesión de Serbia y Croacia a la UE. Esta presión explica que prácticamente todos los acusados hayan sido detenidos. Este regateo estratégico obliga a los Estados recalcitrantes a aplicar, en sus propias estructuras estatales, procedimientos que satisfagan a los donantes occidentales. Y en la etapa final, las presiones externas terminan por ser incorporadas, a tal punto que pasan a formar parte de la cultura propia de esas instituciones. Una vez completado el proceso de socialización, las presiones surgen del interior y permiten el nacimiento de un verdadero Estado de derecho.

La paz a través de la catarsis popular

Este enfoque normativo se suma a un concepto psicológico, basado en el concepto de la metamorfosis de la identidad nacional. Su objetivo es la “reconciliación nacional”, un proceso por el cual grupos otrora enemigos logran coexistir sin violencia. Esto exige el desarrollo de un nuevo pacto social que rompa “el ciclo de la violencia y la venganza”, uno de los fundamentos de la justicia de transición, basado en el concepto redentor de la narración. Según este concepto, el hecho de narrar sus sufrimientos en el marco solemne de un tribunal penal o de una comisión de la verdad permite a las víctimas “recuperar” su dignidad.

A través de esta transmisión de la verdad, se produce un proceso de catarsis nacional que permite escribir una historia común, que reemplaza a las memorias e identidades cerradas y antagónicas. La identidad nacional se transforma. El caso más emblemático es el de Sudáfrica: con la creación de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación y el cambio de bandera y de himno nacional, la movilización de los símbolos fue muy eficaz en la promoción de este proceso de metamorfosis de la identidad nacional alrededor de la idea de la nación arco iris, la “Nueva Sudáfrica”.

Evaluación de los resultados

Hasta aquí, hemos definido tanto los mecanismos como los postulados de la justicia de transición, pero ¿qué hay de su eficacia? Ante todo, hay que destacar las dificultades de la empresa. En primer lugar, están las dificultades metodológicas: ¿cómo evaluar la opinión pública sobre los réditos políticos y simbólicos generados por un tribunal penal internacional o una comisión de la verdad? Para hacerlo, es necesario aislar el efecto concreto de esos órganos de otros aspectos, como la evolución política de un país. Por otro lado, a esta primera dificultad se añade la utilización de conceptos morales vagamente delimitados, como la verdad, el perdón

o la reconciliación. Tomemos el ejemplo de la reconciliación: ¿se la define como la ausencia de venganza? ¿La coexistencia pacífica entre grupos antes enemigos? ¿O como una realidad social marcada por interacciones estrechas entre diferentes grupos? Además, algunos autores desconfían de este término y prefieren reemplazarlo por “reconstrucción social”¹⁴. La tercera dificultad reside en definir el patrón que se aplica para medir el efecto de la prevención de nuevos crímenes, un resultado del que la justicia de transición se enorgullece. Por definición, es difícil aprehender la disuasión, y exige construir argumentos hipotéticos basados en la pregunta “¿qué pasaría si...?”

En pocas palabras, la dificultad de aislar las variables, el uso de conceptos ambiguos, los razonamientos basados en construcciones hipotéticas, todo hace que la tarea sea ardua. A pesar de todas esas dificultades, intentemos analizar el tema en mayor detalle, dada la importancia de las cuestiones sociales en juego.

Las dimensiones temporales de la justicia de transición

En primer lugar, cabe señalar que la justicia de transición despliega sus efectos en diferentes etapas. El ejemplo de Alemania es particularmente llamativo. Los análisis demuestran que, hasta 1960, la mayoría de los alemanes sólo consideraban a los tribunales de los Aliados establecidos en Nuremberg como la justicia de los vencedores. Además, consideraban que el bombardeo masivo de Dresde, Hamburgo y Berlín por las fuerzas aéreas de Estados Unidos y de Gran Bretaña era el precio que la sociedad alemana ya había pagado por los crímenes de los nazis. Los tribunales de Nuremberg se convirtieron en parte integral del marco de referencia alemán sólo en 1970: fueron un factor de peso en los cuestionamientos de la joven generación con respecto a la conducta de sus padres durante la guerra y, por extensión, también influyeron en el movimiento pacifista.

El examen de la justicia de transición en la etapa posterior a la guerra fría exige tener en cuenta variables temporales más sutiles. Contrariamente a lo que sucedió con los tribunales de Nuremberg, la justicia internacional a veces se ejerce incluso antes del fin de las hostilidades. Ejemplos de ello son el TPIY, establecido en pleno conflicto de la ex Yugoslavia, y la Corte Penal Internacional (CPI), a la cual el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas remitió la cuestión de la crisis en Darfur (Sudán).

Es fundamental tener en cuenta la dimensión temporal, ya que los mecanismos de justicia de transición no sólo reflejan las relaciones de poder, sino que contribuyen a modificarlas. Si se traza un eje temporal, se hace resaltar esta realidad dinámica. A menudo, en el período inicial, los dirigentes vencidos o debilitados conservan cierta capacidad para influir en la creación del nuevo orden interno (y a veces, entorpecerla). Sin embargo, a la larga, su fuerza y su capacidad de movilización tienden a disminuir, sobre todo gracias a la eficacia de los mecanismos de la justicia de transición. Así sucedió en Chile, donde la comisión de la verdad contribuyó a

14 V., p.ej., *My Neighbor, My Enemy, Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Ed. Eric Stover y Harvey M. Weinstein, op. cit., pp. 13-15. Por nuestra parte, ateniéndonos a la usanza generalizada, hemos optado por utilizar el término “reparación”.

erosionar la popularidad del general Pinochet, favoreciendo nuevos equilibrios y abriendo el camino, años más tarde, a procesos judiciales antes imposibles.

Según los contextos, podemos distinguir cuatro períodos en la labor de la justicia de transición:

1. La fase del conflicto armado¹⁵, en la que el poder se encuentra, total o parcialmente, en manos de los líderes militares, lo que dificulta en gran medida la labor de los tribunales internacionales (que son el único mecanismo de la justicia de transición que puede intervenir en este período). En efecto, las poblaciones se encuentran movilizadas por el esfuerzo de la guerra y la propaganda.
2. La etapa inmediatamente posterior al conflicto (los primeros cinco años), en la que los señores de la guerra pueden utilizar su poder, aunque no siempre lo hacen, para causar desórdenes y movilizar los medios y las redes que les son leales.
3. En el mediano plazo (entre 5 y 20 años) la sociedad en vías de reconstrucción social y política elabora nuevos puntos de referencia. En el nuevo entorno político, se debilitan los acusados y las redes que los sostienen. Así se produjo la serie de detenciones en ex Yugoslavia, donde casi todos los acusados (salvo los dos fugitivos más célebres) fueron aprehendidos durante este período.
4. El largo plazo, cuando surge una nueva generación, mucho más dispuesta a aceptar la necesidad de superar las viejas divisiones.

Los mecanismos de la justicia de transición deben evaluarse en relación con las distintas etapas temporales.

Diez indicadores para evaluar la justicia de transición

Hemos seleccionado diez indicadores para medir la eficacia de la justicia de transición en relación con el logro de los objetivos que le ha asignado la comunidad internacional, es decir, participar en la reconciliación nacional, en la estabilidad regional y en la seguridad internacional.

Estos indicadores actúan como marcadores de los efectos de la justicia de transición. Algunos se aplican únicamente a las políticas de castigo, otros a las políticas de perdón, otros a ambas. Reflejan también las promesas hechas a la sociedad, en particular a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos. Constituyen los términos de referencia de la justicia de transición.

Indicadores para la justicia penal internacional (y semiinternacional)

1. La eficacia de la justicia penal de los tribunales penales internacionales e híbridos
2. El impacto de los juicios mediáticos
3. La disuasión

15 Los mecanismos de la justicia de transición también se establecen fuera de las situaciones de guerra y/o de conflicto interno, como sucedió en Sudáfrica.

Indicadores para las comisiones de la verdad

4. La producción de la verdad
5. El carácter público
6. Recomendaciones de realizar reformas institucionales

Indicadores comunes

7. El impacto terapéutico
8. El arrepentimiento
9. Las reparaciones
10. El proceso de construcción de la memoria

Indicadores para la justicia penal internacional

La eficacia penal de la justicia internacional

Según los promotores de la justicia penal internacional, el establecimiento de la verdad y el castigo de los criminales constituyen la condición previa indispensable para la reconciliación y para el restablecimiento y el mantenimiento de la paz¹⁶.

En esta sección, examinaremos únicamente la cuestión de la eficacia de la justicia penal. ¿Cuáles son las condiciones propicias para lograr esa eficacia? Un breve análisis indica que la eficacia de los tribunales internacionales en materia penal depende de dos clases de parámetros: los *parámetros externos* a los tribunales, que se relacionan con la cooperación de los Estados, y los *parámetros internos*, vinculados con el funcionamiento de estas instituciones judiciales. A continuación, se describen dos factores que limitan la justicia internacional. En el primer caso, se pone de manifiesto que, sin la cooperación de los Estados, la capacidad de acción de un tribunal es muy reducida. En el segundo, se subraya la ambigüedad de las normas existentes en relación con el enjuiciamiento de los principales perpetradores de crímenes en masa durante o inmediatamente después de un conflicto.

Los parámetros externos. La capacidad de los tribunales internacionales de dispensar justicia depende, en gran medida, de las personas que poseen el poder político y militar. Esquemáticamente, entre ellos podemos distinguir los *Estados poderosos*, en particular los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y los *actores estatales o paraestatales* (ejército, milicias, guerrilla, etc.) sobre los cuales se ha de ejercer la autoridad de la justicia internacional.

En el caso de los dos tribunales *ad hoc* de la ONU, las grandes potencias contribuyen a determinar la eficacia de la justicia penal de los tribunales a través de

16 V., en particular, las resoluciones 808, 827 y 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por las cuales se establecieron los dos tribunales ad hoc de la ONU.

diferentes acciones: ellas definieron el mandato y eligieron los jueces y el fiscal, ellas deciden si apoyan a éste desde el punto de vista político y financiero o no, cooperan según sus intereses nacionales, poseen sistemas de vigilancia sofisticados con los que pueden investigar las cadenas de mando y ayudar a los fiscales a establecer pruebas, capturan a los acusados —a menudo en operaciones comando llevadas a cabo por la fuerza— y presionan (o no) a los beligerantes para que colaboren con el fiscal.

Cada uno de esos factores es esencial para la eficacia de la justicia internacional. A la inversa, sin la voluntad política de las grandes potencias, la capacidad de acción de la justicia internacional se reduce mucho, como queda demostrado en el caso del TPIR, que se describe a continuación.

Al adoptar la resolución 955 relativa a la creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Consejo de Seguridad estableció que el objetivo del tribunal sería la “reconciliación nacional”. La resolución ordena al tribunal sancionar a los principales autores del genocidio de 800.000 tutsis, así como a los autores de otros crímenes de guerra y de lesa humanidad, cometidos como represalia por el Ejército Patriótico Ruandés. Se consideró que la justicia era la condición previa indispensable para la reconciliación entre los ruandeses.

Sin embargo, ¿qué sucedió realmente? Al principio, el Gobierno ruandés colaboró con el TPIR, a fin de demostrar la realidad del genocidio en contra de las tesis que lo negaban, y convencer a los que todavía abrigaban dudas sobre su existencia. Cumplido este objetivo, en vista de que ciertos miembros del régimen corrían el riesgo de ser acusados por los crímenes que presuntamente habían cometido, el Gobierno llevó a cabo una política de obstrucción activa con respecto al TPIR. Esa política tuvo éxito. En los diez años que siguieron a la creación del TPIR, éste no dictó ni un solo auto de acusación en relación con los crímenes cometidos en represalia por el genocidio. Cuando la Fiscal del TPIR, Carla del Ponte, anunció públicamente su intención de acusar a personas cercanas al régimen, el Gobierno de Kigali hizo lo posible por apartarla de su cargo y terminó por lograrlo, aunque se respetaron las convenciones diplomáticas de su partida.

La capacidad del Gobierno de Ruanda para obstruir la justicia internacional tuvo resultados incluso mejores, porque las graves disfunciones que aquejaron al TPIR durante sus primeros años de vida habían afectado su credibilidad. También es verdad que, por varias razones, incluidas las políticas y las geoestratégicas, Ruanda nunca sufrió las mismas presiones que Serbia para que cooperara con la justicia penal internacional¹⁷.

En esas circunstancias, ¿la verdad que se produce puede satisfacer el objetivo de la reconciliación nacional, si se persiguen judicialmente sólo por algunos de los crímenes cometidos? Alison Desforges, una de las mejores especialistas de la región

17 El Consejo de Seguridad no extendió el mandato del tribunal cuando, en 1996-1997, 200.000 refugiados fueron asesinados en ex Zaire oriental. Esta selección de los crímenes se explica básicamente por la mala conciencia occidental: para Washington, París o Londres era difícil acusar a las autoridades ruandesas de crímenes internacionales, porque las fuerzas del Ejército Patriótico Ruandés pusieron fin al genocidio de 1994, perpetrado bajo la mirada indiferente de Occidente. Además, el Gobierno ruandés es un valioso aliado de Estados Unidos y de Gran Bretaña en esa región de África.

de los Grandes Lagos y experta al servicio del TPIR¹⁸, se pregunta si esa justicia internacional ha contribuido a unificar a la población o a acentuar sus divisiones. Cabe ser escépticos. Sin embargo, gracias al Tribunal, el genocidio de los tutsis, de cuya realidad se dudaba diez años atrás, es un ahora un hecho reconocido. Sin duda, hubiera sido mejor invertir los 700 millones de dólares que costó el TPIR hasta ahora en reconstruir el sistema judicial y el Estado de derecho en Ruanda, y en morigerar la tendencia del Gobierno al autoritarismo.

Los parámetros internos. Los parámetros internos se relacionan con el funcionamiento de la maquinaria judicial propiamente dicha, y comprenden el respeto de las garantías judiciales, la seguridad de los abogados y los testigos, la estrategia penal del fiscal, la determinación de las pruebas y la condena.

Detengámonos en el único ejemplo de la estrategia penal de los fiscales durante el conflicto o inmediatamente después del conflicto. Es la etapa más delicada para la justicia internacional, porque entran en liza dos sistemas de las relaciones internacionales, uno que privilegia la búsqueda de la justicia y otro que da prioridad al restablecimiento de la paz. La oportunidad de enjuiciar a jefes de Estado o a personajes de nota, de los que se sospecha que han cometido crímenes internacionales, pero que son los únicos que pueden firmar acuerdos de paz, es una cuestión debatible. ¿Qué norma habría que adoptar? Prevalece la ambigüedad, incluso en la CPI, cuyo Estatuto permite al fiscal abstenerse de enjuiciar a criminales de guerra teniendo en cuenta “los intereses de las víctimas”¹⁹. La realidad internacional también muestra decisiones contradictorias: en desacuerdo con Mary Robbins, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Lakhdar Brahimi, administrador de las Naciones Unidas en Pakistán, se oponía a enjuiciar a ministros sospechosos de crímenes de guerra que formaban parte del Gobierno sostenido por las Naciones Unidas. Según Brahimi, esa medida podía perjudicar el proceso de restablecimiento de la paz y la estabilidad²⁰.

En cambio, el fiscal del Tribunal Especial para Sierra Leona dio a conocer la acusación contra el presidente de Liberia el mismo día en que éste se dirigía a participar en las negociaciones de paz. De este modo, hizo que las negociaciones fracasaran, pero, al mismo tiempo, reconfiguró el orden político²¹. Así pues, existen

18 Alison Desforges, *Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda*, Human Rights Watch, 1999, p. 41.

19 Obsérvese la evolución de la comunidad internacional. De conformidad con el estatuto del TPIY, de 1993, el fiscal Richard Golstone afirmaba que una “paz sin justicia, firmada por criminales de guerra, no vale más que la tinta y el papel en que figura”, porque es ilusoria. Por su parte, los mediadores de ex Yugoslavia estimaban que la búsqueda de una paz justa causaría la continuación de la guerra, y por ende, la muerte y el sufrimiento de poblaciones enteras. El Estatuto de la CPI asigna al fiscal una facultad discrecional mayor que el estatuto del TPIY.

20 John F. Burns, “Political Realities Impeding Full Inquiry into Afghan Atrocity”, *New York Times*, 29 de agosto de 2002.

21 Cabe señalar que, aunque las negociaciones de paz terminaron incluso antes de comenzar, el presidente de Liberia perdió legitimidad a causa de la acusación, que lo transformó inmediatamente en criminal de guerra. Por lo tanto, su posición quedó debilitada y, bajo la presión internacional, renunció y buscó asilo en Nigeria... que cuando se redactó este documento se negaba a entregarlo a los jueces.

dos modelos diferentes. El debate sobre la tensión entre la paz y la justicia nos conduciría a una reflexión que excede ampliamente el marco del presente artículo; pero es fundamental dedicar esa atención a los efectos de la justicia de transición. Son muchos los factores que hay que tener en cuenta, porque el fiscal no actúa en una situación de vacío sino en un contexto específico: la relación interna de las fuerzas que participan en el conflicto, la capacidad de la comunidad internacional para ejercer presión, los efectos de deslegitimación política de una posible acusación, y los tiempos que hay que respetar en las fases de negociación y de justicia.

El impacto de la justicia como espectáculo

Según la definición de Mark Osiel, los grandes juicios son “obras didácticas”²². Su finalidad es narrar la barbarie a una sociedad, recordarle las normas fundamentales y dar a conocer el nuevo orden nacional e internacional. En cierta forma, la sentencia no es más que un elemento accesorio: frente al espanto que provocan los crímenes, ningún castigo está a la altura de la tragedia. Por ende, los grandes procesos judiciales no tienen otro mérito que su utilidad pedagógica. Es su único valor. Es erróneo criticar a los tribunales internacionales con el pretexto de que son un espectáculo, porque la función de esta rama de la justicia es precisamente ofrecer un espectáculo. Como dice el adagio inglés, “No sólo hay que hacer justicia, hay que mostrar que se hace”. Por lo tanto, la cuestión es conocer la naturaleza de este espectáculo y evaluar su eficacia.

En este punto también es preciso afinar los indicadores. El espectáculo de la justicia se exhibe simultáneamente en varios escenarios. Por ello, para evaluar su eficacia, hay que hacer una distinción entre los públicos. Están las sociedades directamente interesadas, los principales destinatarios del teatro de la verdad y el castigo. En teoría, éste es el *público destinatario*, como los diferentes grupos de población de ex Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona, Sudán y Uganda. Después está el *público mundial*. Como dijo el fiscal de la CPI, ambos públicos son *clientes* de la justicia internacional, pero sus expectativas, reacciones y percepciones son radicalmente diferentes. Ninguno de los dos grupos es homogéneo. Para la justicia internacional, la mayor dificultad es adoptar un discurso que sea aceptable para todas las partes, sobre todo en el *público destinatario*: las víctimas, las fuerzas policiales, el ejército, las milicias y otros actores.

El caso del TPIY abunda en enseñanzas. Independientemente del cometido asignado, su papel, al menos mientras continuaban perpetrándose atrocidades en ex Yugoslavia, era calmar la mala conciencia de la opinión occidental. Los artífices del TPIY le dieron una misión basada en una *lógica de triangulación*. Esa lógica funciona según el principio de la bola de billar: el jugador apunta a una primera bola, para alcanzar otra, que es su verdadero objetivo. En este caso, el cometido del TPIY era dirigirse a las poblaciones de ex Yugoslavia, pero su público destinatario

22 Mark Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, Transactions Publishers, Nueva Brunswick, 1999, p. 4.

se hallaba en Occidente, al menos mientras la guerra hacía sus estragos. Retomemos nuestras categorías temporales para analizar con mayor claridad los efectos de esta discrepancia entre el grupo destinatario verdadero y el supuesto. Observamos que la justicia administrada por el tribunal en el fragor del conflicto y en cuanto este acabó fue un éxito formidable para la opinión pública de Occidente, al menos hasta la guerra de Kosovo²³. El TPIY fue el gran desencadenante del proceso de lucha contra la impunidad y de multiplicación de los enjuiciamientos internacionales, lo cual, más tarde, dio lugar a la creación de diversos tribunales (TPIR, Tribunal Especial para Sierra Leona y CPI), y al desarrollo de la jurisdicción universal, reflejada en los cargos incoados por los jueces españoles y belgas contra los ex dictadores Augusto Pinochet e Hissène Habré. El éxito del TPIY es fundamentalmente institucional y simbólico, dado que, en aquel momento, no se juzgó prácticamente a ninguno de los principales responsables. En el mediano plazo, cuando tocó a los acusados responder de sus actos, los medios de comunicación y las opiniones occidentales ya se habían cansado del espectáculo, por el marcado carácter técnico de los debates y la duración de los juicios (en promedio, 18 meses). El proceso contra Milosevic, mediante el cual los Gobiernos occidentales esperaban satanizar al ex amo de los Balcanes y justificar la intervención de la OTAN fue, desde ese punto de vista, un fracaso absoluto.

Pero en el escenario balcánico, las cosas eran muy distintas. Durante el conflicto y el período de posguerra, los bosnios consideraban que el Tribunal era una coartada que justificaba la no intervención, y casi todos los serbios y los croatas lo percibían como un instrumento occidental. Se ponía ampliamente en tela de juicio su legitimidad. La comunidad internacional y el TPIY tenían su parte de responsabilidad en ello: factores como la prohibición de incorporar a ciudadanos de ex Yugoslavia en cargos jerárquicos del TPIY, el hecho de que la Asamblea General de las Naciones Unidas descartara, en la composición inicial del Tribunal, a todos los jueces de religión musulmana u ortodoxa, su ubicación geográfica en La Haya, a centenares de kilómetros de ex Yugoslavia, la ausencia de una política de comunicación dinámica en la región de ex Yugoslavia, y la hostilidad de los medios informativos nacionalistas serbios y croatas, se sumaron para ensanchar la brecha entre el Tribunal y las poblaciones de ex Yugoslavia a las que estaba inicialmente destinado. Para la mayoría de los serbios, el afán de los Estados miembros de la OTAN por fortalecer su cooperación con el TPIY en plena guerra de Kosovo reforzó la imagen del tribunal como brazo jurídico de la alianza del Atlántico.

Por estas razones, el Tribunal nunca logró imponerse durante o inmediatamente después de los períodos de guerra, ni tampoco en el mediano plazo, salvo en Bosnia²⁴. Tras la detención, en diciembre de 2005, del general

23 La percepción del TPIY en la opinión pública occidental era ampliamente favorable, incluso si la acusación contra Slobodan Milosevic, en plena guerra de Kosovo, provocó debates sobre el grado de independencia del tribunal, teniendo en cuenta sus principales donantes y el apoyo político de que gozaba en Occidente. Numerosas razones explican ese apoyo.

24 En una encuesta realizada en abril de 2002, sólo un 20% de los serbios afirmaba estar convencido de que la cooperación con el TPIY era “moralmente justa” y sólo el 10% consideraba que el TPIY era “la mejor

croata Gotovina, acusado de ser el responsable de la muerte de civiles serbios, en particular de personas ancianas, hubo, en Split, una importante manifestación de 40.000 personas que alababan al “héroe” y “libertador” y se mofaban del Tribunal. En Serbia, la hostilidad de la opinión pública contra el TPIY es casi unánime, y probablemente fue la causa del asesinato del Primer Ministro, Zoran Djindjic, y de la tentativa de asesinato de la fiscal, Carla del Ponte.

Hubo otra razón más que acrecentó la hostilidad de numerosos serbios y croatas contra el TPIY: lo que denominaremos el peso de la metanorma. ¿Por qué los ex yugoslavos deben someterse a la justicia internacional, cuando los estadounidenses están empeñados en librarse de ella? Esta política de doble moral ha contribuido a dañar la reputación del Tribunal en los Balcanes. ¿Cómo podía ser de otro modo, si Estados Unidos amenazaba a las repúblicas de ex Yugoslavia (en particular, a Serbia y Croacia) con represalias económicas si no colaboraban con el TPIY, pero lanzaba idénticas amenazas para el caso de que ratificasen el Estatuto de la CPI?

Hasta aquí, hemos observado la impresión que el Tribunal había causado en varios públicos durante la guerra y en el corto y mediano plazo. La cuestión clave es el efecto del tribunal en el largo plazo. ¿En qué medida la labor del TPIY prepara el camino para alcanzar, en diez o veinte años, el consenso acerca de los crímenes que tuvieron lugar en esta región en la década de 1990? Si el TPIY logra frenar la negación de los crímenes en masa, y hay ciertos indicios que apuntan en esa dirección –como el enjuiciamiento de criminales de guerra en Croacia, Serbia y Bosnia, el reconocimiento de las masacres de Srebrenica por los serbios, el pedido de perdón de las autoridades de la Republika Sprska– entonces la acción de la justicia internacional no habrá sido en vano.

La disuasión

Uno de los principales objetivos de la justicia internacional es disuadir de la perpetración de nuevos crímenes. Este objetivo se afirma explícitamente en las resoluciones 808 y 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por medio de las cuales se estableció el TPIY. Esta dimensión disuasiva también es un factor fundamental en la lucha contra la impunidad que llevan a cabo las ONG de derechos humanos. Por ejemplo, en el sitio Web de Human Rights Watch se afirma que “la justicia para los crímenes de ayer es la base jurídica necesaria para prevenir las atrocidades de mañana”²⁵.

A primera vista, el análisis empírico es rápido: dos años después de la creación del TPIY, las fuerzas bosnio-serbias cometieron la mayor masacre de Europa después del fin de la Segunda Guerra Mundial, en Srebrenica, dentro de la “zona de seguridad de la ONU”. En 1994, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó el TPIR. Entre 1996 y 1997, las fuerzas del Ejército Patriótico Ruandés

forma de servir a la justicia”, “Serbia: Reform Constituency Shrinks”, Resultados de la encuesta nacional realizada por Greenberg Quilan Rosner Research, NDI, junio de 2002, p. 2.

25 <<http://www.hrw.org/justice/about.php>>, octubre de 2003.

participaron en crímenes en masa en Kivu. En el plano regional, la disuasión también fracasó: diversas organizaciones estiman que en el Congo, entre 1998 y 2003, murieron más de tres millones de personas (en su inmensa mayoría, civiles) a raíz de las consecuencias directas o indirectas de la guerra. Es difícil imaginar un fracaso más absoluto.

¿La capacidad disuasiva de un tribunal es, necesariamente, nula? La verdadera cuestión es saber cómo los beligerantes perciben el riesgo de ser enjuiciados. Según observaciones empíricas, que habría que corroborar mediante investigaciones más detenidas, los beligerantes perciben el riesgo jurídico cuando éste aparece como una amenaza personal a corto plazo. Los cascos azules presentes en ex Yugoslavia informaron que, en las semanas posteriores a la creación del TPIY, en 1993, los beligerantes tenían en cuenta ese riesgo. Después, advirtieron la debilidad del tribunal y, seguros de su impunidad, cometieron las masacres de Srebrenica. Del mismo modo, en Darfur, según informes de testigos oculares, las milicias redujeron sus actos de violencia cuando consideraron que podrían tener problemas a causa de ellos. Esos dos ejemplos tienden a demostrar que los beligerantes toman en cuenta el riesgo jurídico si perciben que el tribunal es enérgico y que éste cuenta con el respaldo político y militar de las grandes potencias. Y, a la inversa, esos dos ejemplos demuestran que, si no se producen acusaciones y arrestos en el corto plazo, el efecto disuasivo disminuye con rapidez.

A estos parámetros, que participan en la percepción del riesgo jurídico por parte de los beligerantes, se suma la influencia de la “metanorma”, es decir, la escala de valores de la comunidad internacional en un momento dado. Es indudable que la “guerra contra el terrorismo”, caracterizada, en particular, por los cuestionamientos de la superpotencia estadounidense de ciertos aspectos del derecho internacional humanitario y de la prohibición y la definición de la tortura, y por la feroz hostilidad del Gobierno de George Bush contra la CPI, modifica la percepción del riesgo jurídico. También en este caso, sería necesario realizar un trabajo de investigación para verificar las hipótesis esbozadas.

Los indicadores de las comisiones de la verdad

La producción de la verdad

Los defensores de la justicia de transición afirman que la expresión de la verdad permite desembocar en un proceso de catarsis nacional que canaliza las energías hacia la reconciliación nacional. Una de las cuestiones clave es la índole de la “verdad” que va a surgir.

El propio término “verdad” ha dado lugar a muchos debates. Adoptemos el enfoque de Alex Boraine, vicepresidente de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, quien distingue tres verdades: fáctica, personal y social o dialógica, aunque todas tienen el objeto de “documentar y analizar tanto las violaciones efectivas de los derechos humanos como las estructuras que las

permitieron o facilitaron”²⁶. La verdad fáctica ofrece a una familia información concreta sobre los restos de un pariente desaparecido. La verdad personal permite, teóricamente, que la persona que la pronuncia experimente un efecto catártico²⁷. Por último, la “verdad dialógica” es, en palabras del juez sudafricano Albie Sachs, la verdad que la sociedad hace suya: “La verdad dialógica es la verdad social, la verdad de la experiencia que se establece mediante la interacción, la discusión y el debate”²⁸. Las que nos interesan aquí son las verdades fácticas y las dialógicas (con respecto a la verdad personal, véase el indicador 7). ¿Cuáles son las condiciones necesarias para que surjan estas dos verdades? Se comprueba que tanto la verdad fáctica como la verdad dialógica son determinadas por parámetros específicos.

La capacidad de establecer la verdad fáctica depende, en gran medida, de la cooperación de los ex órganos de represión: el ministerio del Interior, el ejército, la policía, los servicios de información, las milicias, etc. Pero depende también de una red de instituciones, como los hospitales, las morgues y los cementerios, cuyos registros suelen ser fundamentales.

El Estado tiene una salida para esclarecer la verdad fáctica. Puede decidir otorgar a la comisión autoridad para librar mandamientos judiciales y autos de comparecencia que permitan obtener documentos y obligar a los testigos, incluidos los autores de crímenes, a comparecer. Así se hizo en Sudáfrica. Del mismo modo, la decisión sudafricana de hacer comparecer a centenares de agentes de la represión ayudó a echar luz sobre el funcionamiento de la criminalidad política. En otras palabras, cuanto más fuerte sea el mandato de la comisión, tanto mayor será su capacidad de establecer la verdad fáctica y, por ende, las verdades personales y dialógicas.

La verdad dialógica apunta a esclarecer las responsabilidades políticas por los crímenes cometidos. Para el poder, ese ejercicio histórico-político presenta un potencial de legitimación, pero también implica un riesgo de descontrol, porque el debate en el seno de la sociedad alumbrará un nuevo consenso sobre el pasado y modificará los equilibrios políticos del presente. Esto explica las ásperas negociaciones entre las nuevas y las viejas elites para preparar el escenario en el que hará su aparición la verdad dialógica. Por ejemplo, algunos factores sumamente importantes son la definición del mandato de la comisión y de las víctimas²⁹, la comparecencia o no de los autores, la posibilidad del proceso judicial para ciertos responsables, carácter público de las actuaciones de la comisión (indicador 5), las recomendaciones contenidas en el informe (indicador 6) y el seguimiento de las recomendaciones.

Cada uno de esos aspectos determinará, en parte, las repercusiones de la comisión. La otra dimensión fundamental tiene que ver con la capacidad de la

26 Alex Boraine, *A Country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2000, p. 287.

27 Alex Boraine, op. cit., p. 290.

28 *Ibid.*

29 Por ejemplo, el mandato de la comisión chilena era establecer la verdad sobre la muerte de miles de personas, pero no incluía tener en cuenta las torturas infligidas a miles de ex detenidos políticos. Ciertos miembros de la sociedad se sintieron excluidos de este proceso de determinación de la verdad, ya que no se los reconocía como víctimas de la dictadura.

sociedad de identificarse con la labor de la comisión. La influencia de las víctimas, la actitud de los partidos políticos, las iglesias, los sindicatos y los ex beligerantes, las relaciones de fuerza entre los distintos actores y la índole específica de la transición condicionarán la medida del surgimiento de la verdad dialógica. Las ONG desempeñan un papel decisivo. En Sudáfrica eran poderosas, y contribuyeron a sostener la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, a pesar de criticarla. En Sierra Leona eran débiles, pero tenían buenos vínculos con el mundo occidental; impulsaron a la comunidad internacional a crear y después a sostener una comisión de la verdad, pero carecían de verdadera capacidad de movilización en su propio país, y este factor se hizo sentir³⁰.

Tomemos dos ejemplos muy diferentes, los de Chile y El Salvador, que subrayan la capacidad de una sociedad de identificarse o no con el trabajo de una comisión para modificar los equilibrios internos.

La verdad que se produce está condicionada, en parte, por la relación de fuerzas entre el poder anterior y el nuevo. En Chile, la composición de la comisión reflejaba un equilibrio entre los ex partidarios de Pinochet y los demócratas. El resultado confirmó la visión histórica que apoyaba la “teoría de los dos demonios”, prácticamente equiparando la represión perpetrada por los agentes del Estado con los actos de violencia (limitados por la falta de medios) de los grupos de extrema izquierda, aunque la inmensa mayoría de los crímenes habían sido cometidos por la junta militar. Esta lectura consensuada, pero criticable desde el punto de vista histórico, desacreditó, sin embargo, la visión pinochetista de la historia, bajo la presión de las asociaciones de víctimas, de los sindicatos, de las ONG y de ciertos partidos políticos. A pesar de sus limitaciones, la labor de la comisión cambió los equilibrios internos de la sociedad chilena y echa luz, en el mediano plazo, a una verdad dialógica que se ajusta a la verdad histórica. Gracias a esa evolución, se reanudaron los enjuiciamientos, a pesar de que los defensores de la junta habían impulsado el establecimiento de la comisión precisamente como mecanismo sustitutivo de los procesos judiciales.

Por el contrario, la comisión salvadoreña, integrada exclusivamente por miembros extranjeros, en su labor de establecimiento y de interpretación de los hechos tenía un margen de maniobra superior al de la comisión chilena, pero, en definitiva, la verdad dialógica resultó fuertemente limitada por los ex beligerantes. Lejos de seguir las recomendaciones de la comisión de procesar a unos cincuenta responsables estatales y líderes de la guerrilla, los representantes de los ex beligerantes se pusieron de acuerdo para que el parlamento promulgara una amnistía general.

Amplitud del carácter público

Al igual que los procesos de la justicia internacional, el único valor de las comisiones de la verdad reside en sus repercusiones públicas. La pedagogía de la

30 Rosalind Shaw, *Rethinking Truth and Reconciliation Commissions: Lessons from Sierra Leone*, Informe Especial N.º 130 del Instituto de la Paz de Estados Unidos, 2005.

política del perdón tiene como finalidad la reconciliación de una sociedad dividida.

Aquí, la cuestión esencial es la forma en que las autoridades y la comisión organizan el mensaje de la estigmatización del pasado: ¿cuánta publicidad se ha de dar a este teatro de la crueldad humana? ¿Ha de ser mínimo? ¿O, por el contrario, deben celebrarse audiencias públicas que evoquen el carácter solemne del ámbito judicial? Y, en caso afirmativo, ¿los criminales también deben comparecer? ¿La televisión debe transmitir esas audiencias públicas?

A menudo, esos aspectos dependen de la índole del mensaje que se ha de transmitir y de la relación de fuerzas entre los defensores de los derechos humanos y los que encarnan la represión del pasado. Cuanto mayor es la voluntad de romper con el pasado, tanto más fuerte es la tentación de utilizar alguna forma de expresión simbólica para transmitir ese mensaje. Los casos de Sudáfrica y de Marruecos ilustran esas diferencias entre mensajes. En el primer caso, el objetivo era doble: se trataba de demostrar la naturaleza criminal del régimen anterior (y los abusos del Congreso Nacional Africano) y, al mismo tiempo, dar legitimidad al trato concluido entre De Klerk y Mandela: la verdad a cambio de la amnistía. En Marruecos, el objetivo de la comisión era acrecentar el espacio democrático sin socavar la continuidad del régimen. En todos los casos, los miembros de la comisión actúan como constructores de identidad, dado que participan en la creación de nuevos rituales para la nación.

En efecto, la publicidad revela la intención del proyecto político subyacente, cuyo portavoz es la comisión. En Sudáfrica, las audiencias públicas comenzaban con oraciones, lo que constituía un claro mensaje político: el ejercicio de la verdad y, a través de él, la transacción en la que se intercambiaba verdad por amnistía, gozaban de la bendición de las más altas autoridades religiosas. La intensidad dramática del careo entre la víctima y el verdugo reflejaba las expectativas públicas: la ignominia del criminal, pero también la renuncia a la justicia en nombre de los intereses superiores de la nueva nación.

La forma en que el arzobispo Desmond Tutu, presidente de la comisión, manejó los símbolos religiosos y culturales y celebró la “superioridad” de la justicia restauradora africana con respecto a la justicia penal occidental, tenía la finalidad de legitimar el nuevo equilibrio político que se había logrado, y transformaba la amnistía en perdón.

En Marruecos, las víctimas declararon ante la comisión de la verdad en 2005, frente a los retratos del actual rey, Mohammed VI, y de su difunto padre y predecesor en el trono, Hasán II, en cuyos reinados esas personas habían sido torturadas por los servicios de seguridad. Los que habían torturado, secuestrado y, a veces, matado, no comparecían. La finalidad del mensaje del palacio real era condenar la represión de los años de plomo y, a la vez, continuar el proceso de democratización, protegiendo, al mismo tiempo, la continuidad de la monarquía y los órganos de represión.

Esas dos comisiones fueron perfectamente coherentes con sus objetivos específicos. No fueron comisiones “coartada”, aunque, indiscutiblemente, ayudaron

a legitimar el nuevo poder. Las comisiones de la verdad se deben evaluar a la luz de sus objetivos específicos.

Recomendaciones de realizar reformas institucionales

Una de las posibles repercusiones de las comisiones de la verdad se relaciona con las recomendaciones que se incluyen en el informe. Esas recomendaciones, que reflejan las enseñanzas recogidas de los crímenes pasados, identifican las reformas que son indispensables para construir un verdadero Estado de derecho.

Eric Brahm enumera unas veinte comisiones de la verdad³¹, y destaca que tres de ellas celebraron audiencias públicas y publicaron informes, ocho presentaron informes públicos (sin haber celebrado audiencias públicas), tres distribuyeron informes en exiguas cantidades, y cinco no elaboraron informes (Bolivia, Zimbabue, Uganda 1986, Filipinas y Ecuador). En Argentina, el informe fue el libro más vendido durante meses. La distribución del informe es un factor clave: ayuda a hacer sentir a la sociedad que participa en su propio destino. Se describen las violencias del pasado, se nombra a los responsables, y se señala el curso a seguir para consolidar un Estado de derecho. Corresponde a la sociedad presionar al aparato del Estado para que se adopten las reformas propuestas y se destinen, normalmente, a mejorar la conducta de las fuerzas armadas y policiales, prohibir verdaderamente la tortura y garantizar los juicios justos. La experiencia chilena fue una de las más positivas: las recomendaciones del informe se aplicaron en forma amplia. Una era conceder reparaciones a las víctimas, proponiendo que la determinación de los respectivos derechos se basara en la labor de la comisión, y así se hizo. Las diferentes recomendaciones sirvieron para fortalecer el Estado de derecho y pacificar los espíritus. En su informe, la comisión marroquí anunció el otorgamiento de reparaciones a unos 10.000 ex prisioneros políticos y se pronunció en favor de una vasta reforma institucional y política, orientada a garantizar la independencia de la justicia, reforzar los controles parlamentarios sobre los órganos del Estado y limitar los poderes del Ejecutivo.

Según nuestra información, lamentablemente no se cuenta, a la fecha, con análisis sobre la aplicación por las autoridades de las recomendaciones contenidas en los informes de las comisiones de la verdad. Neil Kritz, del Instituto de la Paz de Estados Unidos, en Washington, había propuesto que los Gobiernos elaborasen informes periódicos sobre el seguimiento de las recomendaciones y que, en los casos necesarios, explicasen por qué las consideraban inapropiadas.

Sin embargo, parecería que, en la mayoría de los casos, las recomendaciones no son aplicadas ni analizadas a fondo. La cuestión es saber en qué medida esas recomendaciones, aunque no se pongan en práctica, contribuyen al desarrollo democrático de la sociedad. En otras palabras, ¿podría decirse que el mero hecho de que esas recomendaciones de reformas institucionales existan abre un nuevo espacio de debate democrático en el seno de las sociedades y conducen a futuras reformas?

31 Para un análisis más completo de esta cuestión, v., en particular, Eric Brahm, *op. cit.*, p. 35.

Indicadores comunes a la justicia internacional y a las comisiones de la verdad

El impacto terapéutico

La justicia de transición concede a las víctimas un lugar privilegiado. A través de la recuperación de las víctimas y la reparación que se les otorgue, el cuerpo social puede también sanar de las cicatrices del pasado y volver a unirse, una vez que se haya establecido la verdad e impuesto un castigo simbólico o penal. Pero ¿tienen “el reconocimiento”, “la justicia”, “la verdad” un efecto terapéutico para las víctimas, como afirman numerosos partidarios de la justicia de transición?³²

De entrada, puede señalarse que, para muchos psicólogos, el hecho de no enjuiciar a los verdugos es una continuación de la tortura: “La impunidad genera sentimientos de indefensión y de abandono, acompañados de síntomas como pesadillas, depresión, insomnio y somatizaciones”³³.

Por otro lado, la lucha contra la impunidad permite satisfacer la necesidad de verdad fáctica y personal de ciertas víctimas. El hecho de conocer las circunstancias de la muerte de un familiar, el lugar en que fue sepultado y quiénes fueron responsables de sus padecimientos, facilita el proceso de duelo. La verdad personal se vincula, en particular, con el esclarecimiento del pasado, pero también con la necesidad de muchos testigos de expresar sus sufrimientos y de que, a través de este proceso, el Estado los reconozca. Esos testigos han considerado indispensable narrar su historia en un espacio público, judicial o extrajudicial. En este artículo, nos referiremos únicamente a estas víctimas testigos. Algunas de esas personas nos dijeron que, a menos que los autores de los crímenes fueran castigados, consideraban que era su deber inculcar a sus descendientes el deber de vengar a los muertos³⁴.

Cualesquiera sean las motivaciones que impulsan a las víctimas a dar testimonio (por obligación moral hacia los desaparecidos, por convicción ideológica o por necesidad psicológica), tienen la esperanza de que su testimonio restaure su dignidad y las libere, en parte, de ese pasado traumático. Pero dar testimonio es también una empresa peligrosa que afecta el potencial terapéutico del hecho de testificar, porque la víctima está obligada a recordar experiencias penosas. El grado de riesgo psicológico depende de si la víctima se expresa en el marco judicial o ante una comisión de la verdad, por lo cual es necesario establecer una distinción entre esas situaciones.

32 Para una investigación detallada, v. Jamie O’Connell, *Gambling with the Psyche: Does Prosecuting Human Rights Violators Console Their Victims*, Harvard International Law Journal 46 (2005), n.º 2, pp. 295-345.

33 Diana Kordon et al., *Argentina: Psychological and Clinical consequences of Political Repression and Impunity*, 8 Torture: Q. J. Rehab of Torture and Prevention of Torture, 43, 44 (1998).

34 Pierre Hazan, *Justice in A Time of War, The Secret History of the International Tribunal for Former Yugoslavia*, Texas A&M, 2004, p. 160.

Riesgos en el marco de procedimientos judiciales

El peligro físico de declarar. En Ruanda, ex Yugoslavia y en el contexto de otros procedimientos judiciales, los tribunales garantizaron el anonimato de las víctimas testigos. Lamentablemente, la identidad de algunas de esas personas fue revelada, en particular en Ruanda, y tanto ellas como sus familiares sufrieron amenazas de muerte que, en ciertos casos, las obligaron a huir. Este peligro afecta la dimensión terapéutica, dado que desestabiliza al testigo y renueva los sufrimientos del pasado.

El riesgo de un nuevo trauma. En el caso de los dos tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas, los procedimientos están inspirados en el derecho anglosajón y las víctimas sólo tienen el estatuto de testigos³⁵. Las víctimas no están allí para narrar su drama sino para ayudar a fundamentar la acusación del fiscal. Además, son sometidas a procedimientos de repregunta que a veces corren por cuenta de abogados particularmente agresivos. Siguiendo las prácticas estadounidenses, los abogados intentan desorientar a las víctimas para debilitar el caso del fiscal. Carla Del Ponte, en ese momento fiscal del TPIR, deploró que, en el marco del tribunal de Arusha, el procedimiento de repregunta pudiera transformarse en “un instrumento de tortura”³⁶. Es una afirmación exagerada, pero que, de todos modos, subraya la perversión del procedimiento de repregunta cuando es aplicado por abogados que se proponen desestabilizar a testigos muy vulnerables, como las mujeres que han sido sometidas a violaciones múltiples. Recogiendo las enseñanzas de estos antecedentes, la CPI ha elaborado procedimientos destinados a prevenir que las víctimas sufran nuevos traumas. Otro aspecto importante es el veredicto. A menudo, las víctimas se sienten decepcionadas por una sentencia que consideran demasiado benigna y sufren por ello. Pero la justicia no es un proceso terapéutico, aunque a veces tenga efectos favorables.

Las diferencias entre el norte y el sur. La justicia internacional es un producto de los países ricos. Esa justicia otorga a los acusados derechos elementales compatibles con los criterios de las sociedades prósperas. En los países pobres, las víctimas no suelen gozar de tales derechos. Ruanda es el caso más extremo, con la impresionante diferencia entre los genocidas ruandeses que transmitieron a sus víctimas el virus del sida, pero que, debido a la falta de fondos del Estado ruandés, son los únicos privilegiados que pueden beneficiarse del tratamiento. Esta inaceptable diferencia de trato entre los verdugos y las víctimas puede afectar la dimensión terapéutica del testimonio.

Como hemos subrayado, no hay que dar por descontada la dimensión terapéutica del testimonio, y es preciso tener en cuenta las condiciones generales en que las víctimas prestan testimonio.

35 La Corte Penal Internacional extrajo enseñanzas de estas disfunciones del TPIY y del TPIR, y prácticamente ha otorgado el estatuto de parte civil a las víctimas testigos.

36 En el documental de televisión “Rwanda: la justice prise en otage”, ARTE/TSR/Article Z, realizado por Gonzalo Arijón y Pierre Hazan, 2003.

Riesgos en el marco de las comisiones de la verdad

Las comisiones de la verdad tienen una dinámica diferente de la de los procedimientos judiciales. El hecho de que no se castigue a los culpables genera en las víctimas reacciones muy diferentes, que, según la persona, pueden ir de un profundo sentimiento de injusticia al perdón y la recuperación de una cierta serenidad. En términos generales, el riesgo que se corre en las comisiones de la verdad parece ser menor, en términos psicológicos, que el que se experimenta en los procedimientos penales. Las víctimas no suelen enfrentarse con sus torturadores (salvo en el caso de Sudáfrica). Tampoco son una “pelota de ping pong” que va y viene entre la fiscalía y la defensa. Personifican el sujeto de derecho, desempeñan el papel principal en este escenario. A primera vista, todos estos factores confirman la idea de que esta justicia restauradora es beneficiosa para las víctimas, sobre todo para las que prestan declaración.

Sin embargo, el *Centro de traumas para las víctimas de la violencia y la tortura* en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, estima que entre el 50% y el 60% de los centenares de personas con las que ha trabajado han experimentado graves dificultades psicológicas después de dar testimonio o han expresado pesar por haber participado en las audiencias de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación³⁷. Era tal el “nuevo trauma”³⁸ que algunas de ellas sufrieron que Trudy de Ridder, una de las psicólogas que trabajó con las víctimas que declararon ante la Comisión, se pregunta si el beneficio político que obtiene la sociedad justifica los sufrimientos que las audiencias de la Comisión han causado a las víctimas³⁹.

No es nuestra intención afirmar que los testigos son sistemáticamente maltratados, sino destacar el hecho de que el testimonio no representa, necesariamente, una terapia para las víctimas. Algunas personas sienten verdadera satisfacción al expresar su parte de la verdad en público. A veces, obtienen información valiosa sobre las circunstancias en que murieron sus seres queridos y el lugar donde se encuentran sepultados, lo que facilita el proceso de duelo. También pueden sentir satisfacción al ver que la sociedad inflige un castigo penal, al menos simbólico, a los autores de los crímenes. Algunas víctimas se sienten apaciguadas por el remordimiento expresado por el torturador o por el asesino de su familiar. Pero para otras víctimas, la revelación pública de sus sufrimientos (a menudo desconocidos por sus familiares) y el hecho de recordar ese pasado no aportan ningún alivio sino que, por el contrario, generan graves problemas psicológicos. Los tribunales y las comisiones de la verdad reconocen implícitamente esta realidad, ya que los que cuentan con los medios necesarios ofrecen apoyo psicológico a las víctimas para evitar la postración y el abatimiento mientras prestan testimonio.

37 Priscilla Hayner, *op. cit.*, p. 144.

38 Trudy de Ridder, *The Trauma of Testifying, Deponents' difficult healing process*, pista 2, vol. 6, n.º 3 & 4, diciembre de 1997, en <http://ccrweb.ccr.uct.ac.za/archive/two/6_34/p30_deridder.html>, octubre de 2004.

39 *Ibid.*

El arrepentimiento

La justicia de transición concede un lugar privilegiado a los pedidos de perdón. La razón es sencilla: cuando los procedimientos judiciales están excluidos o cuando las personas que están en el poder no son responsables de los crímenes cometidos, el propósito de la expresión pública del arrepentimiento es que el Estado reconozca su responsabilidad y, de ese modo, prevenga la repetición de las prácticas criminales.

El caso más emblemático fue el del canciller alemán Willy Brandt, quien, el 9 de diciembre de 1970, se arrodilló y permaneció en actitud de recogimiento ante el monumento al gueto de Varsovia, prefigurando así la era del arrepentimiento público. La novedad y la fuerza del acto, realizado por un veterano luchador contra el nazismo, inauguró un círculo virtuoso: mediante su gesto de arrepentimiento, tomó sobre sí los crímenes cometidos por otros y pidió perdón por ellos. Con este acto, participó en la normalización de las relaciones entre las víctimas y Alemania, lo que a su vez contribuyó a la reincorporación simbólica de Alemania en el concierto de las naciones civilizadas. Es un proceso de triangulación virtuosa, en el que la expresión de arrepentimiento modifica las relaciones entre quien expresa su arrepentimiento, las víctimas y el público, en este caso la comunidad internacional. Este acto de humildad generó también un beneficio simbólico para la persona que pidió perdón: su sacrificio (dado que pedía perdón por actos que no había cometido) fortaleció su prestigio moral.

Inspiradas en este antecedente e impulsadas por la ideología moralizadora que prevalece en la etapa posterior a la guerra fría, las expresiones de arrepentimiento se han multiplicado a tal punto en los últimos años, que ya se ha perdido la cuenta de los jefes de Estado y altos funcionarios que han pedido perdón por crímenes cometidos recientemente o siglos atrás.

En la actualidad, las ONG exigen esos pedidos de perdón⁴⁰. Dichas organizaciones consideran que las expresiones de arrepentimiento ayudan a consolidar el Estado de derecho y a acrecentar la confianza de los ciudadanos en las instituciones, marcando una frontera clara entre los “años de plomo” y el presente. Esta eficacia de la disculpa es, sin embargo, relativa. La dimensión purificadora de la disculpa funciona mientras la sociedad afectada no vea en ello un gesto mecánico, trivial, vacío de sustancia. Ése es el criterio principal que permite que un acto de arrepentimiento sea considerado, en el espacio público, un gesto cargado de significación simbólica y política. El pedido de perdón del presidente Chirac, quien reconoció, por primera vez, la responsabilidad del Estado francés por las redadas contra los judíos durante la Segunda Guerra Mundial, causó un gran impacto. En

40 A título de ejemplo, la organización estadounidense Human Rights Watch exigió a las autoridades marroquíes que “reconozcan que, en el período analizado por la IER (la comisión de la verdad), las graves violaciones de los derechos humanos que se cometieron fueron sistemáticas y que ocurrieron a consecuencia de órdenes de los máximos niveles del Estado, y que pidan perdón a las víctimas y a sus familiares en forma oficial”. Comisión de la Verdad para Marruecos, *Honoring Past Victims during an Uncertain Present*, en <<http://hrw.org/reports/2005/morocco1105/>>, enero de 2006.

cambio, el presidente Bill Clinton pidió perdón por la esclavitud y la trata de negros, pero fuera de Estados Unidos, y además, en un país africano que desde el punto de vista histórico, no fue afectado en forma directa por la esclavitud, por lo cual sus palabras no tuvieron repercusión alguna. Los afroamericanos y los países africanos afectados por la trata transatlántica de esclavos consideraron que era una disculpa de poca monta y no le prestaron atención alguna. El lugar inadecuado (Uganda) y la falta de precisión sobre el destinatario, restaron efectividad al mensaje. Por otro lado, según el principio de la bola de billar, la expresión de arrepentimiento se dirige, aparentemente, a determinadas víctimas, pero está orientada a otro público destinatario. Así sucedió con las disculpas ofrecidas por el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en 1999, por su responsabilidad en el abandono de las poblaciones de ex Yugoslavia y Ruanda. El objetivo verdadero de esas expresiones de arrepentimiento no era tanto convencer a las víctimas de la sinceridad de las disculpas, sino “purificar” el sistema de operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas a los ojos de la comunidad internacional, para luego proceder a reestablecerlo. Este objetivo tuvo éxito con el público destinatario real (la comunidad internacional), pero no con el público al que estaba teóricamente destinado (ex yugoslavos y ruandeses).

Los actos de arrepentimiento funcionan según diferentes modelos. Es fundamental identificar el funcionamiento de la dramaturgia del arrepentimiento. ¿De qué manera debe hacerse pública? ¿Cuáles son los verdaderos públicos destinatarios? ¿Es necesario aplicar la lógica de la triangulación para llegar a ellos? El ejemplo de Willy Brandt demuestra que los actos de arrepentimiento pueden ayudar a pacificar las sociedades.

Las reparaciones

El establecimiento de la verdad y la estigmatización de los criminales se conciben como reparaciones que se ofrecen a las víctimas. Pero en los últimos años, más allá de las políticas de perdón y de castigo, se ha subrayado la necesidad de otorgar una reparación material a las víctimas, que, a menudo, sobreviven en condiciones de extrema pobreza. Por tal razón, y a diferencia de los tribunales *ad hoc* de la ONU, la CPI ha creado un fondo facultativo para otorgar reparaciones a las víctimas.

La cuestión del dinero entraña una intensa carga simbólica. En primer lugar, plantea la cuestión de la índole de la reparación, un término en sí profundamente ambiguo⁴¹: ¿qué es, exactamente, lo que hay que reparar? ¿La pérdida de un ser querido? ¿El sufrimiento? ¿Las pérdidas de dinero (lucro cesante) derivadas de las detenciones ilegales? ¿La pérdida de bienes materiales? Las reparaciones son la

41 El concepto de reparación es vago; remite a una realidad compleja, en la que, a menudo, se superponen y fusionan diferentes operaciones: la restitución, la indemnización, la compensación y la reparación. Es importante aclarar la índole del pago, a fin de evitar una instrumentalización demagógica de este tema y permitir que la opinión pública juzgue los términos de esta transacción ético-financiera con pleno conocimiento de los hechos.

expresión de un mensaje: el reconocimiento del crimen. Las reparaciones tienen dimensiones políticas y sociales, colectivas y privadas.

En el caso de la Alemania de Adenauer, las reparaciones fueron el precio de la normalización del país. Estados Unidos planteó, como condición indispensable para la reincorporación de Alemania en las Naciones Unidas y en la OTAN, el otorgamiento de reparaciones al Estado hebreo y a los supervivientes de los campos de concentración. Las reparaciones concedidas a Israel fueron el billete de entrada con el que Alemania pudo reintegrarse en la comunidad internacional.

A esta dimensión política se suma una dimensión social, que afecta, en primer lugar, a las víctimas. Ciertas víctimas consideran que ese dinero no puede compensar lo irreparable, que está manchado con la sangre de los muertos (“el precio de la sangre”), y que, por lo tanto, no puede ser aceptado. Otros consideran, por el contrario, que los sufrimientos padecidos deben dar lugar a una medida de reparación, aunque ésta nunca pueda restituir los años perdidos. Así pues, para muchos sudafricanos, la comisión de la verdad basaba su labor en una transacción: los verdugos obtenían la amnistía, a cambio de lo cual las víctimas recibían reparaciones⁴². Además, es lo que había recomendado la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, pero las reparaciones ofrecidas por las autoridades resultaron exiguas y tardías⁴³. Numerosas ex víctimas del apartheid se sintieron estafadas y comenzaron a experimentar resentimiento no sólo hacia la comisión sino incluso hacia la propia idea de la reconciliación⁴⁴.

A esta posición individual de las víctimas, se suma un debate que involucra al conjunto de la sociedad. Las reparaciones son el fruto de una negociación que indica que las normas cambian y que surgen nuevos equilibrios en la sociedad. La cuestión esencial es la naturaleza de esta transacción ético-política en relación con el conjunto de la sociedad. ¿En qué medida son aceptables las condiciones de esta transacción? Es una pregunta que concierne no sólo a las víctimas y a los Gobiernos afectados, sino al conjunto de las diferentes sociedades interesadas.

El caso de Suiza demuestra a las claras que la aceptabilidad de esta transacción no atañe sólo a la sociedad cuyos miembros reciben la reparación, sino que es objeto de una evaluación en el seno de la sociedad que la otorga. Así pues, en ocasión de un referéndum, la mayoría de los suizos se opuso al proyecto del Gobierno de vender existencias de oro del Banco Nacional de Suiza para crear un fondo humanitario que, entre otras cosas, serviría para reparar la política de devolución de los judíos

42 De los 7.112 verdugos que solicitaron la amnistía, 849 la recibieron. A los demás, nunca se les molestó.

43 El Gobierno sólo comenzó a pagar las compensaciones a las víctimas en diciembre de 2003, más de cinco años después de que la Comisión de la Verdad y la Reconciliación presentara sus conclusiones. Se estableció un fondo de 660 millones de rands (100 millones US\$) para efectuar pagos únicos de 30.000 rands a 22.000 víctimas. El fondo resultó considerablemente inferior al recomendado por la Comisión, que ascendía a 3.000 millones de rands.

44 La relación entre dos términos ambiguos, como lo son “reparación” y “reconciliación”, es problemática en sí. Así lo demuestran las diferentes posiciones adoptadas por las Madres y las Abuelas de Plaza de Mayo, en Buenos Aires: algunas desean que “su odio permanezca intacto”, considerando que así se mantienen fieles a sus hijos asesinados; otras se inclinan más por aceptar las reparaciones, a causa de otras posturas éticas o por necesidad económica.

durante la Segunda Guerra Mundial. Esta consulta popular revela una verdad general: las reparaciones no se reducen a una relación binaria entre quien las da y quien las recibe, sino que, por su potencia simbólica, involucran, agitan y movilizan a sociedades enteras. En Israel, la tensión generada en un sector de la opinión pública por el anuncio del Gobierno de Ben Gurion sobre las reparaciones concedidas por Alemania se tradujo en violentas manifestaciones, a tal punto que los servicios de seguridad organizaron un servicio de guardaespaldas para el primer ministro, temiendo que, por primera vez, se produjera un atentado cometido por un israelí.

En Indonesia, el Gobierno ideó un proyecto para otorgar reparaciones a las víctimas, a condición de que éstas perdonaran a los culpables. Esta transacción, que colocaba a las víctimas en la situación moralmente incorrecta de vender su conciencia, más adelante se descartó. En Argentina, las reparaciones se otorgaron a las víctimas simultáneamente con la adopción de las leyes llamadas de Punto Final (amnistía). En ambos casos, la contrapartida de las reparaciones era obtener la liberación de los torturadores.

En última instancia, la aceptabilidad de los términos de esta transacción ético-financiera reposa sobre las elecciones de la sociedad y de las víctimas. Según su interpretación, el dinero de las reparaciones contribuirá a tensar las relaciones o, por el contrario, constituirá un aporte al proceso de normalización social.

La construcción de la memoria

Los partidarios de la justicia de transición destacan la necesidad de construir una memoria común, que trascienda las narraciones introvertidas y relacionadas con la identidad de cada uno. Desde este punto de vista, la apertura de los archivos, la creación de memoriales y de museos, el trabajo de los historiadores, la reescritura de los manuales de escuela, la labor de los artistas, así como otros factores, desempeñan un papel muy importante.

En su obra “*Purifier et détruire*” (“Purificar y destruir”), Jacques Sémelin introdujo el concepto de “racionalidad delirante”⁴⁵ para dar cuenta del proceso de desunión y de erosión de la civilización que se produce entre los grupos humanos y que crea el ambiente propicio para las masacres y los actos de genocidio. Por el contrario, la lógica de la reconstrucción social, a través de un conjunto de mecanismos, procura renovar los rituales, la humanización y la civilización en las relaciones con el Otro. Ese proceso de renovación de las normas sólo puede ser de carácter multidimensional (institucional, político, simbólico, artístico), y es de largo plazo. También refleja una dimensión cultural. En Mozambique, después de la guerra civil que finalizó en 1992, prácticamente no se construyeron monumentos conmemorativos, porque los mecanismos tradicionales de reinserción social se basaban en los rituales y no en el levantamiento de actas.

Por definición, la construcción de la memoria es un proceso de largo plazo. Participa en la justicia de transición pero, al mismo tiempo, refleja los logros de los

45 Jacques Sémelin, *Purifier et détruire, Usages politiques des massacres et génocides*, Seuil, 2005, p.87.

mecanismos de esa justicia. En ese sentido, es, a la vez, un indicador y un proceso que da cuenta, a lo largo del tiempo, de la eficacia de todos los demás mecanismos de la justicia de transición. La reconstrucción del puente de Mostar, que reunió a las dos comunidades, la decisión de las viudas y de las madres de Srebrenica de volver a sepultar a sus seres queridos cerca del lugar donde perecieron, o la preparación de un manual escolar sobre el conflicto israelí-palestino por los historiadores israelíes y palestinos, son hechos que pueden suavizar las heridas, pero que nunca las harán desaparecer. Para las sociedades afectadas por conflictos, el desafío reside en elaborar un símbolo de unión sin negar el pasado, sabiendo que la memoria es, afortunadamente, un proceso dinámico que también trae olvido, y que cada generación reinterpreta a su modo los sucesos del pasado.

Conclusión

Después del fin de la guerra fría, la comunidad internacional ha invertido en los mecanismos de la justicia de transición desde el punto de vista financiero, político y simbólico; tan es así, que estos mecanismos se han ido transformando en uno de los vectores de la mundialización, con el objetivo de estabilizar, pacificar y brindar seguridad a poblaciones enteras.

Esos mecanismos tienen una capacidad “re-civilizadora” de largo plazo, siempre que no se conviertan en un juego de herramientas que se usa de forma mecánica y sin tener en cuenta las características específicas de los contextos. A menudo, la comunidad internacional introdujo mecanismos de justicia de transición –a veces con grandes gastos– porque eran atractivos para la opinión occidental, pero sin tener en cuenta las dinámicas internas de las poblaciones a los que estaban destinados. Los efectos de los anuncios mediáticos eran más importantes que la realidad de las necesidades locales. Los mecanismos de la justicia de transición pueden desempeñar un papel fundamental en sociedades desgarradas por conflictos sangrientos, pero es necesario que contribuyan con eficacia a la voluntad de los actores locales de tomar el destino en sus propias manos y elaborar salvaguardias políticas e institucionales que prevengan la perpetración de nuevos crímenes en masa.

Es fundamental establecer un proceso de evaluación para definir mejor el papel de la comunidad internacional, investigar las razones de las disfunciones de la justicia de transición cuando aparecen, e identificar las posibilidades de transformación y democratización que ofrece esa justicia. Dicha razón nos ha inducido a incluir en el presente artículo un conjunto de criterios basados en categorías temporales e indicadores. Sin transparencia y sin procedimientos de verificación, los mecanismos de la justicia de transición pueden demostrarse ineficaces y transformarse en una coartada conveniente para la inacción, o pueden incluso frustrar la reconciliación social para la cual fueron creados.

Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados

Robin Geiss y Noémie Bulinckx

Robin Geiss, Ph.D., LL.M (Universidad de Nueva York), se desempeña actualmente como investigador becado en la Escuela de Derecho Bucerius en Hamburgo. Noémie Bulinckx, LL.M. (Universidad de Nueva York), es delegada del CICR en Kisangani (República Democrática del Congo).

Resumen

La multiplicación de órganos judiciales es particularmente significativa en el ámbito del derecho penal internacional, donde, a pesar de la creación de una Corte Penal Internacional operacional, las exigencias políticas o las circunstancias propias de algunas situaciones han conducido al establecimiento de sistemas de justicia penal específicos. El objetivo de la presente relación es examinar la variedad de los tribunales penales internacionales e internacionalizados existentes e identificar las diferencias y similitudes que hay entre ellos. La complejidad del tema y la ilimitada cantidad de información hicieron necesaria una presentación condensada y resumida.



Introducción

La multiplicación de órganos internacionales judiciales y cuasi judiciales es hoy una característica propia del ámbito internacional¹. La dispersión de los tribunales penales internacionales e internacionalizados es tan sólo uno de los

1 La primera descripción amplia del sistema judicial internacional figura en *The PICT Research Matrix*, que abarca 18 órganos judiciales internacionales y su situación en 2000; v. <<http://www.pictpecti.org/matrix/matrixintro.html>> (consultado el 28 de julio de 2005).

aspectos importantes de este fenómeno moderno que, a su vez, forma parte de una tendencia más amplia, descrita por la Comisión de Derecho Internacional como la fragmentación, o, para utilizar una connotación más neutra, la diversificación del derecho internacional². La proliferación de órganos judiciales es particularmente significativa en el ámbito del derecho penal internacional, donde, a pesar de la existencia de una Corte Penal Internacional operacional, las exigencias políticas o las circunstancias propias de algunas situaciones han conducido al establecimiento de sistemas de justicia penal específicos, como el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Especial Iraquí, las Salas Especiales para Camboya, las Salas Especiales de Delitos Graves en Timor-Leste y el sistema judicial de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK)³. Si bien se han elaborado las estrategias de conclusión del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), existen buenas razones para creer que los sistemas de justicia penal internacionales o internacionalizados continuarán multiplicándose. Recientemente, en el informe presentado al Consejo de Seguridad por la misión de evaluación enviada a Burundi, se recomendaba el establecimiento de un mecanismo judicial de rendición de cuentas, en la forma de un tribunal especial en la estructura judicial de Burundi⁴. Análogamente, antes de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas remitiera el asunto de la situación en Darfur a la Corte Penal Internacional⁵, se había examinado seriamente la posibilidad de establecer un tribunal penal internacional para Sudán⁶.

Mientras siguen los debates sobre los riesgos que acarrea este proceso de fragmentación y las discusiones sobre las circunstancias concretas que justifican el establecimiento de los diferentes modelos de justicia penal, el objetivo de esta síntesis es identificar las similitudes y diferencias entre los tribunales penales internacionales e internacionalizados existentes. Si bien hay diferencias a causa del régimen de que dependen, porque algunos son de índole verdaderamente internacional, en tanto que otros forman parte de un sistema de justicia penal nacional y sólo ostentan algunos rasgos de índole internacional, pudimos establecer varios elementos susceptibles de comparación. Así pues, no cabe objetar la comparación de manzanas con peras si la intención es comparar frutas, que en el caso que nos ocupa, serían los tribunales internacionales e internacionalizados. En tal sentido, cabe señalar que el sistema

2 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, “Los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional”, posteriormente denominado “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, informe en curso de elaboración.

3 Para un análisis exhaustivo de los tribunales penales internacionalizados, v. Cesare P. R. Romano, André Nollkaemper y Jann K. Kleffner (eds.), *International Criminal Courts – Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

4 V. la carta fechada 11 de marzo de 2005, dirigida por el Secretario General al Presidente del Consejo de Seguridad, recogida en el documento S/2005/158, del 11 de marzo de 2005.

5 S/RES/1593 (2005).

6 Norman Kempster, “U.S. May Back Creation of Special Atrocity Tribunals”, *L.A. Times*, 2 de agosto de 2001, en: <<http://www.sudan.net/news/posted/3155.html>> (consultado el 30 de agosto de 2001).

judicial de la UNMIK en Kosovo, establecido por los Reglamentos 1999/24 y 2001/9 de la UNMIK⁷, del 15 de mayo de 2001, no se ha incluido en esta reseña por su carácter especial, dado que no cuenta con un tribunal, un panel o una sala fijos, sino que se incorporan magistrados internacionales al sistema judicial nacional para abocarse a cada caso en particular⁸.

Como es lógico, los criterios seleccionados anteponen ciertos aspectos a otros, que también hubiera sido interesante comparar. Esta limitación se debe, principalmente, a la gran cantidad de datos disponible y a la adecuación de estos datos para hacer una comparación; además, puede justificarse por el hecho de que el valor de una síntesis como esta no reside en los datos y en la información, sino en su presentación en forma de compendio sintético.

Más que siquiera intentar aproximarnos a la presentación de datos exhaustivos sobre los mecanismos de la justicia penal internacional, el objetivo es examinar su diversidad e identificar sus similitudes y diferencias. Evidentemente, una síntesis como la presente no alcanza a retratar adecuadamente las complejas características de este ámbito particular, y para optimizar la representación visual, fue necesario abreviar aún más la información y limitarse a responder con monosílabos. Dada, precisamente, la complejidad del tema y la ilimitada cantidad de información era necesario, en opinión de los autores, hacer una presentación condensada y resumida.

7 El mandato de la UNMIK dimana del párrafo 10 de la resolución 1244 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/1244 (1999).

8 V. John Cerone y Clive Baldwin, “Explaining and Evaluating the UNMIK Court System” en Romano, Nollkaemper y Kleffner, nota 3 supra, p. 42

Cuestiones generales

	CPI	TPIY	TPIR
Establecido en	1998	1993	1994
Establecido por ¹	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998	Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 1993	Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994
Permanente ²	Sí	No	No
Sede ³	La Haya, Países Bajos	La Haya, Países Bajos	Arusha, Tanzania

Cuestiones administrativas

	CPI	TPIY	TPIR
Personal ⁴	306 (junio de 2005)	1.062 (2005)	1.042 (2005)
Presupuesto ⁵	66 millones de euros (2005)	Aprox. 272 millones de dólares EE.UU. (2005)	Aprox. 256 millones de dólares EE. UU.(2005)

Tribunal Especial para Sierra Leona	Tribunal Especial Iraquí	Salas Especiales para Camboya	Salas Especiales para Timor Leste
2002 Acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Sierra Leona, 16 de enero de 2002	2003 Estatuto N° (1), 10 de diciembre de 2003, sancionado por el Consejo de Gobierno Iraquí	2003 Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales en los tribunales de Camboya (NS/RKM/080/12), promulgada el 10 de agosto de 2002, modificada el 27 de octubre de 2004; acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Camboya, firmado el 6 de junio de 2003	2000 Reglamento 2000/15 de la UNTAET, 6 de junio de 2002; Reglamento 2000/11 de la UNTAET, 6 de marzo de 2000; resolución 1272 del Consejo de Seguridad, 25 de octubre de 1999
No	No	No	No
Freetown, Sierra Leona	Bagdad, Irak	Phnom Penh, Camboya	Dili, Timor-Leste
Tribunal Especial para Sierra Leona	Tribunal Especial Iraquí	Salas Especiales para Camboya	Salas Especiales para Timor Leste
294 (2005) 29,9 millones de dólares EE. UU. (2004/2005)	No aplicable A cargo del presupuesto ordinario del Gobierno de Irak	No aplicable En su mayor parte, a cargo del presupuesto nacional de Camboya y el Fondo Fiduciario de la ONU (presupuesto de tres años: 56,3 millones de dólares EE. UU.)	No aplicable Aprox. 6,3 millones de dólares EE. UU. (2002)

Idioma de trabajo ⁶	Inglés y francés	Inglés y francés	Inglés y francés
Mandato de los magistrados ⁷	3, 6 y 9 años	4 años (permanente); máx. 3 años (<i>ad litem</i>)	4 años (permanente); máx. 3 años (<i>ad litem</i>)
Reelección ⁸	Según el mandato	Sí (permanente) No (<i>ad litem</i>)	Sí (permanente) No (<i>ad litem</i>)

Cuestiones de procedimiento

	CPI	TPIY	TPIR
Derecho aplicable ⁹	Estatuto de la CPI/derecho internacional, con inclusión del derecho humanitario y los principios generales del derecho	Derecho internacional humanitario	Derecho internacional humanitario
Audiencias ¹⁰ Mayoría necesaria ¹¹	Públicas Se procura adoptar el fallo por unanimidad, o se adopta por mayoría	Públicas Mayoría de los magistrados	Públicas Mayoría de los magistrados
<i>Amicus curiae</i> ¹²	Sí	Sí	Sí

Inglés	Árabe	jemer, inglés, francés	Tetum, portugués, bahasa, indonesio, inglés
3 años	5 años	Designado por el período del juicio	Inicialmente de 2 a 3 años; después es designado en forma vitalicia
Sí	Sí	No (designado por el período del juicio)	Sí

Tribunal Especial para Sierra Leona	Tribunal Especial Iraquí	Salas Especiales para Camboya	Salas Especiales para Timor-Leste
Derecho humanitario / derecho de Sierra Leona	Derecho penal internacional / Derecho humanitario / derecho iraquí	Derecho penal camboyano / derecho humanitario y consuetudinario / convenios internacionales reconocidos por Camboya	Leyes de Timor-Leste / derecho internacional, incluso el humanitario
Públicas Mayoría de los magistrados	Públicas Mayoría simple de los magistrados	Públicas Se procura adoptar el fallo por unanimidad o por el voto afirmativo de al menos cuatro magistrados (Sala de Primera Instancia); voto afirmativo de al menos cinco magistrados (Corte Suprema)	Públicas Voto de la mayoría
Sí	Sí	No estipulado	No estipulado

	CPI	TPIY	TPIR
Carga de la prueba ¹³	Culpable más allá de toda duda razonable	Culpable más allá de toda duda razonable	Culpable más allá de toda duda razonable
Juicios <i>in absentia</i> ¹⁴	No estipulado	No estipulado	Posible
Pena más severa ¹⁵	Prisión perpetua	Es posible la prisión perpetua	Es posible la prisión perpetua

Composición

	CPI	TPIY	TPIR
Sala de Cuestiones Preliminares ¹⁶	Sí	Magistrado de la Sala de Cuestiones Preliminares	Magistrado a cargo de cuestiones preliminares / Conferencia previa al juicio
Número de Salas de Primera Instancia ¹⁷	1	3	3
Número de magistrados de Salas de Primera Instancia ¹⁸	3	3-9	3 magistrados permanentes y un máximo de 4 magistrados <i>ad litem</i>
Apelaciones	Sí	Sí (Sala de Apelaciones compartida con el TPIY)	Sí (Sala de Apelaciones compartida con el TPIY)

Tribunal Especial para Sierra Leona	Tribunal Especial Iraquí	Salas Especiales para Camboya	Salas Especiales para Timor-Leste
Culpable más allá de toda duda razonable	No estipulado	No estipulado	No estipulado
No estipulado	Posible	No estipulado	En principio, no es posible, pero se permiten excepciones
Prisión por determinado número de años	Penas de muerte	Prisión perpetua	Prisión por un plazo no superior a 25 años

Tribunal Especial para Sierra Leona	Tribunal Especial Iraquí	Salas Especiales para Camboya	Salas Especiales para Timor-Leste
No	Magistrado designado / Magistrado a cargo de cuestiones preliminares	Sí	No
1	1	1	3 Salas (febrero de 2005)
3; proporción: 2 magistrados internacionales/1 nacional	5; proporción: no se indica	5; proporción: 2 magistrados internacionales/3 nacionales	3; proporción: 2 magistrados internacionales / 1 nacional
Sí	Sí	Sí	Sí

	CPI	TPIY	TPIR
Número de magistrados de la Sala de Apelaciones ¹⁹	5	5	5
Integrado* / externo	Externo	Externo	Externo

Competencia

	CPI	TPIY	TPIR
Competencia temporal ²⁰	Desde el 1 de julio de 2002	Desde el 1 de enero de 1991	1 de enero de 1994 – 31 de diciembre de 1994
Competencia personal ²¹	Personas físicas	Personas físicas	Personas físicas

Tribunal Especial para Sierra Leona	Tribunal Especial Iraquí	Salas Especiales para Camboya	Salas Especiales para Timor-Leste
5; proporción: 3 magistrados internacionales / 2 nacionales	9; proporción: no se indica – es posible designar magistrados internacionales	7; proporción: 3 magistrados internacionales / 4 nacionales	3 (como excepción, 5); proporción: 2 magistrados internacionales / 1 nacional (3 magistrados internacionales / 2 nacionales)
Externo	Externo	Integrado	Integrado

Tribunal Especial para Sierra Leona	Tribunal Especial Iraquí	Salas Especiales para Camboya	Salas Especiales para Timor-Leste
Desde el 30 de noviembre de 1996	17 de julio de 1968 – 11 de mayo de 2003	17 de abril de 1975 – 6 de enero de 1979	1 de enero de 1999 – 25 de octubre de 1999
Los principales responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario	Todo nacional iraquí o persona residente en Irak	Dirigentes superiores y principales responsables de los crímenes cometidos en Kampuchea Democrática	Competencia universal

	CPI	TPIY	TPIR
Competencia territorial ²²	Territorios de los Estados Partes / territorios de Estados que no eran Partes cuando los crímenes fueron cometidos por los nacionales de estos Estados Partes / territorios de Estados que no son Partes pero que han aceptado la competencia de la Corte	Territorio de la ex República Socialista Federativa de Yugoslavia	Territorio de Ruanda (ciudadanos ruandeses o no) / territorio de países vecinos (ruandeses)

Competencia por razón de la materia

	CPI	TPIY	TPIR
Genocidio	Sí	Sí	Sí
Crímenes de guerra	Sí	Sí: violaciones graves y violaciones de las leyes y costumbres de la guerra	Sí: violaciones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra I-IV y PA II
Crímenes de lesa humanidad	Sí	Sí	Sí
Otros crímenes ²³	Sí; agresión	No	No

Tribunal Especial para Sierra Leona	Tribunal Especial Iraquí	Salas Especiales para Camboya	Salas Especiales para Timor-Leste
Territorio de Sierra Leona	Territorio de Irak y "otros lugares", incluidos los crímenes cometidos en relación con las guerras de Irak contra la República Islámica de Irán y el Estado de Kuwait	Territorio de Camboya dirigentes superiores y principales responsables de los crímenes cometidos en Kampuchea Democrática)	Competencia universal

Tribunal Especial para Sierra Leona	Tribunal Especial Iraquí	Salas Especiales para Camboya	Salas Especiales para Timor-Leste
No	Sí	Sí	Sí
Sí	Sí	Sí: violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949	Sí
Sí	Sí	Sí	Sí
Sí, crímenes tipificados en la legislación de Sierra Leona	Sí: violaciones de las leyes iraquíes	Sí: crímenes definidos por la ley camboyana que crea las Salas Especiales	Sí: asesinato, delitos sexuales y tortura

	CPI	TPIY	TPIR
Competencia en materia de apelaciones	Sí	Sí	Sí
Competencia concurrente respecto de los tribunales nacionales ²⁴	Complementariedad	Competencia concurrente, prevalencia del TPIY	Competencia concurrente, prevalencia del TPIR
Comisión de la Verdad y la Reconciliación en paralelo ²⁵	No	No	No

Tribunal Especial para Sierra Leona	Tribunal Especial Iraquí	Salas Especiales para Camboya	Salas Especiales para Timor-Leste
Sí	Sí	Sí	Sí
Competencia concurrente; prevalecen las decisiones del Tribunal Especial para Sierra Leona	Competencia concurrente; prevalencia del Tribunal Especial Iraquí	Competencia exclusiva	Competencia exclusiva
Sí	No	No	Sí

NB: cada nota tiene la forma de una lista no numerada

¹**CPI:** Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998, enmendado mediante actas de rectificación del 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002, documento de la ONU A/CONF.183/9 (en lo sucesivo, "Estatuto de la CPI").

TPIY: Resolución 827 del Consejo de Seguridad, 25 de mayo de 1993.

TPIR: Resolución 955 del Consejo de Seguridad, 8 de noviembre de 1994.

Tribunal Especial para Sierra Leona: Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona sobre el Establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona, 16 de enero de 2002, en el Informe de la misión de planificación sobre el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona, transmitido por el Secretario General al Presidente del Consejo de Seguridad mediante nota fechada 6 de marzo de 2002, documento de la ONU S/2002/246, en <http://documents.un.org> (español) <<http://www.sc-sl.org/scsl-agreement.html>> (inglés) (en lo sucesivo, "Acuerdo ONU-Sierra Leona"); Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, 16 de enero de 2002, *ibid.*, en <<http://www.sc-sl.org/scsl-statute.html>> (inglés) (en lo sucesivo, "Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona").

Tribunal Especial Iraquí: Estatuto n.º (1), 10 de diciembre de 2003, adoptado por el Consejo de Gobierno Iraquí, en <<http://www.iraqist.org/en/about/statute.htm>> (en lo sucesivo, "Estatuto del Tribunal Especial Iraquí").

Salas Especiales para Camboya: "Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales en los tribunales de Camboya", (NS/RKM/0801/12), promulgada el 10 de agosto de 2002, modificada el 27 de octubre de 2004 (NS/RKM/1004/006) (en lo sucesivo, la "Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales"); Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento, con arreglo al derecho de Camboya, de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática, 6 de junio de 2003 (en lo sucesivo, "Acuerdo ONU-Camboya"). En virtud del art. 2 del Acuerdo, éste se aplica en Camboya a través de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales, tal como fuera aprobada y modificada.

Salas Especiales para Timor-Leste: Reglamento n.º 2000/15 de la UNTAET (Administración transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental) sobre el establecimiento de salas con jurisdicción exclusiva sobre delitos graves, UNTAET/REG/2000/15, 6 de junio de 2000, en <<http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>> (en lo sucesivo, "Reglamento de las Salas Especiales de Delitos Graves"), Reglamento n.º 2000/11 sobre la organización de los tribunales en Timor-Leste, 6 de marzo de 2000, UNTAET/REG/2000/11 (en lo sucesivo, "Reglamento 2000/11 de la UNTAET"), en <<http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg11.pdf>> (consultado el 29 de julio de 2005).

²**CPI:** V. párr. 9 del Preámbulo del Estatuto de la CPI.

TPIY: Con respecto a la estrategia de conclusión del TPIY, y en especial, la estimación de que probablemente se tardaría hasta fines de 2009 en completar los juicios tramitados por el TPIY, v. "Evaluaciones e informe del Magistrado Theodor Meron, Presidente del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, presentados al Consejo de Seguridad con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 6 de la resolución 1534 (2004) del Consejo de Seguridad", 25 de mayo de 2005, adjuntos a la carta de fecha 25 de mayo de 2005 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Presidente del Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, documento de la ONU S/2005/343.

TPIR: Con respecto a la estrategia de conclusión del TPIR, y en especial, la estimación de que el TPIR concluiría un cierto número de juicios para fines de 2008, v. "Estrategia de conclusión del Tribunal Penal Internacional para Rwanda", adjunta a una carta de fecha 23 de mayo de 2005 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Presidente del Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones

de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, documento de la ONU S/2005/336.

Tribunal Especial para Sierra Leona: Con respecto a la estrategia de conclusión del Tribunal Especial para Sierra Leona, v. “Estrategia de conclusión de la labor del Tribunal Especial para Sierra Leona (18 de mayo de 2005)”, adjunta a las cartas idénticas de fecha 26 de mayo de 2005 dirigidas al Presidente de la Asamblea General y al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General, documento de la ONU A/59/816–S/2005/350. Con respecto al cierre progresivo del Tribunal Especial para Sierra Leona, v. art. 23 del Acuerdo entre el Gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas.

Tribunal Especial Iraquí: Con respecto a la limitación de la competencia temporal, v. el art. 1 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí.

Salas Especiales para Camboya: art. 47 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales: “Las Salas Especiales en los tribunales de Camboya se disolverán automáticamente tras la conclusión definitiva de los juicios”. Con respecto a la limitación de la competencia temporal, v. también el art. 1 de la Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales en los tribunales de Camboya para el procesamiento de los crímenes cometidos en el período de la Kampuchea Democrática.

Salas Especiales para Timor-Leste: El 20 de mayo de 2005, finalizó el mandato de las Salas Especiales de Delitos Graves y concluyeron los juicios. 84 acusados fueron condenados y tres fueron absueltos de todos los cargos; v. <<http://www.jsmp.minihub.org/courtmonitoring/spsc.htm>> (consultado el 29 de julio de 2005).

³CPI: art. 3 del Estatuto de la CPI.

TPIY: art. 31 del Estatuto del TPIY.

TPIR: Resolución 977 del Consejo de Seguridad, 22 de febrero de 1995.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 10 del Acuerdo ONU-Sierra Leona.

Tribunal Especial Iraquí: art. 2 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí.

Salas Especiales para Camboya: art. 43 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales.

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 1.1 del Reglamento de las Salas Especiales de Delitos Graves.

⁴CPI: Actualmente, el personal de la CPI está compuesto por miembros de 57 nacionalidades (en junio de 2005); v. *ICC Newsletter*, junio de 2005, en <http://www.icc-cpi.int/library/about/newsletter/4/pdf/CPI-CPI_NL4_En.pdf> (consultado el 16 de agosto de 2005).

TPIY: Actualmente, el personal del TPIY está compuesto por miembros de 79 nacionalidades (en 2005); v. <<http://www.un.org/icty/glance/index.htm>> (consultado el 18 de agosto de 2005).

TPIR: Actualmente, el personal del TPIR está compuesto por miembros de 85 nacionalidades (en 2005); v. <<http://www.ictr.org/default.htm>> (consultado el 18 de agosto de 2005).

Tribunal Especial para Sierra Leona: “Hay 164 nacionales de Sierra Leona y 130 personas de otras nacionalidades trabajando en el Tribunal Especial”; v. <<http://www.sc-sl.org/faq.pdf>> (consultado el 14 de agosto de 2005).

⁵CPI: Asamblea de los Estados Partes, *Proyecto de Presupuesto por Programas para 2005*, Tercer período de sesiones, La Haya, 6 a 10 de septiembre de 2004, ICC-ASP/3/2, p.3, en <http://www.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-3-2_Budget_in_Spanish.pdf> (consultado el 16 de agosto de 2005).

TPIY: V. <<http://www.un.org/icty/glance/index.htm>> (consultado el 29 de julio de 2005).

TPIR: V. <<http://www.ictr.org/default.htm>> (consultado el 29 de julio de 2005).

Tribunal Especial para Sierra Leona: Tribunal Especial para Sierra Leona, *Budget 2005-2006*, presentado por Robin Vincent, funcionario de registro, p.6; v. <<http://www.sc-sl.org/Documents/budget2005-2006.pdf>> (consultado el 14 de agosto de 2005).

Tribunal Especial Iraquí: V. art. 35 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí.

Salas Especiales para Camboya: art. 44 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas

Especiales. Con respecto a las cifras, v. “Entra en vigor el acuerdo entre las Naciones Unidas y Camboya sobre los procesos contra el Khmer Rouge”, *UN News Service*, 29 de abril de 2005, en <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID514134&Cr5Cambodia&Cr15>> (consultado el 16 de agosto de 2005).

Salas Especiales para Timor-Leste: Thordis Ingadottir, “The financing of internationalized criminal courts and tribunals”, en Cesare P. R. Romano, André Nollkaemper y Jann K. Kleffner (eds.), *Internationalized Criminal Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 283.

⁶**CPI:** art. 50 del Estatuto de la CPI: Los idiomas oficiales de la Corte son el árabe, el chino, el español el francés, el inglés y el ruso, pero los idiomas de trabajo son el francés y el inglés.

TPIY: art. 33 del Estatuto del TPIY.

TPIR: art. 31 del Estatuto del TPIR.

Tribunal Especial para Sierra Leona: El idioma de trabajo es el inglés, pero el acusado tiene derecho a usar su propio idioma. V. Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para Sierra Leona, modificadas en el sexto Plenario, 14 de mayo de 2005, en <<http://www.sc-sl.org/Reglasofprocedureandevidence.pdf>> (consultado el 17 de agosto de 2005) (en lo sucesivo, las “Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para Sierra Leona”), Regla 3.

Tribunal Especial Iraquí: art. 34 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí.

Salas Especiales para Camboya: art. 45 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales.

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 36 del Reglamento 2000/11 de la UNTAET.

⁷**CPI:** art. 36(9)(b) del Estatuto de la CPI.

TPIY: arts. 13 *bis* y 13 *ter* del Estatuto del TPIY.

TPIR: arts. 12 *bis* y 12 *ter* del Estatuto del TPIR.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 2(4) del Acuerdo ONU-Sierra Leona; art. 13.3 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona: Los magistrados serán designados para desempeñar un mandato de tres años, y podrán ser reelegidos.

Tribunal Especial Iraquí: art. 5 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí.

Salas Especiales para Camboya: art. 12 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales.

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 28 del Reglamento 2000/11 de la UNTAET.

⁸**CPI:** art. 36 (9) del Estatuto de la CPI: Los magistrados elegidos por un mandato de nueve años no podrán ser reelegidos. Un magistrado seleccionado para desempeñar un mandato de tres años podrá ser reelegido por un mandato completo.

TPIY: art. 13 *bis* párr. 3 (Magistrados permanentes) y art. 13 *ter* párr. 1(e) (magistrados *ad litem*) del Estatuto del TPIY.

TPIR: art. 12 *bis* párr. 3 (Magistrados permanentes) y art. 12 *ter* párr. 1(e) (magistrados *ad litem*) del Estatuto del TPIR.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 2(4) del Acuerdo ONU-Sierra Leona; art. 13.3 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona: Los magistrados serán designados para desempeñar un mandato de tres años, y podrán ser reelegidos.

Tribunal Especial Iraquí: No está reglamentado en el Estatuto del Tribunal Especial Iraquí, pero la Regla 16 de las Reglas de Procedimiento y Prueba establece que: “En caso de una nueva designación, se tomará en cuenta el período total de servicio como Magistrado del Tribunal Especial”, lo que da lugar a la posibilidad de reelegir a los magistrados. V. Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial Iraquí, 23 de diciembre de 2004, <<http://www.iraq-ist.org/en/laws/Reglas.htm>>

(en lo sucesivo, “Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial Iraquí”).

Salas Especiales para Camboya: art. 12 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales.

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 28.1 del Reglamento 2000/11 de la UNTAET.

⁹**CPI:** art. 21 del Estatuto de la CPI.

TPIY: art. 1 del Estatuto del TPIY.

TPIR: art. 1 del Estatuto del TPIR.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 1 del Acuerdo ONU-Sierra Leona; art. 1 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

Tribunal Especial Iraquí: arts. 11–14 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí.

Salas Especiales para Camboya: art. 1 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales.

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 3 del Reglamento de las Salas Especiales de Delitos Graves: “Al ejercer su competencia, las salas aplicarán: a) la legislación de Timor-Leste promulgada por las secciones 2 y 3 del reglamento n.º 1999/1 de la UNTAET y cualesquiera otros reglamentos y directrices posteriormente sancionados por la UNTAET, y b) cuando corresponda, los tratados aplicables, así como los principios y normas reconocidos del derecho internacional, con inclusión de los principios aceptados del derecho internacional de los conflictos armados”.

¹⁰Las excepciones a la regla de que las audiencias han de ser públicas se establecen en los siguientes instrumentos:

CPI: art. 64 (7) del Estatuto de la CPI: “Sin embargo, la Sala de Primera Instancia podrá decidir que determinadas diligencias se efectúen a puerta cerrada, de conformidad con el artículo 68, debido a circunstancias especiales o para proteger la información de carácter confidencial o restringida que haya de presentarse en la práctica de la prueba”.

TPIY: art. 20(4) del Estatuto del TPIY: “Las audiencias serán públicas, a menos que la Sala de Primera Instancia decida otra cosa de conformidad con sus Reglas de Procedimiento y Prueba”.

TPIR: art. 19(4) del Estatuto del TPIR: “Las audiencias serán públicas, a menos que la Sala de Primera Instancia decida efectuar el juicio a puertas cerradas, con arreglo a sus Reglas de Procedimiento y Prueba”.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 17(2) del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona: “El acusado tendrá derecho a un juicio imparcial y público, con sujeción a las medidas decretadas por el Tribunal Especial para la protección de las víctimas y los testigos”.

Tribunal Especial Iraquí: art. 21 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí: “... a menos que la Sala de Primera Instancia decida efectuar el juicio a puertas cerradas, con arreglo a sus Reglas de Procedimiento y Prueba. La decisión de efectuar el proceso a puertas cerradas se adoptará en ocasiones muy limitadas”.

Salas Especiales para Camboya: art. 34 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales: “Los juicios serán públicos, a menos que, en circunstancias excepcionales, las Salas Especiales decidan efectuar los juicios a puertas cerradas por razones justificadas con arreglo a los procedimientos en vigor”, art. 12 del Acuerdo (v. nota 1 *supra*): “Toda exclusión de tal procedimiento... sólo se aplicará en la medida estrictamente necesaria en opinión de la Sala de que se trate, y en casos en que la publicidad pueda perjudicar los intereses de la justicia”.

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 25.2 del Reglamento 2000/11 de la UNTAET: “Las audiencias del tribunal, incluso el pronunciamiento de la sentencia, serán de índole pública, a menos que el presente reglamento o la ley determinen lo contrario, siempre que la ley guarde coherencia con la sección 3.1 del Reglamento n.º 1999/1 de la UNTAET”. V. también el Reglamento 2000/30 de la UNTAET sobre las Normas provisionales del procedimiento penal, 25 de septiembre de 2000, UNTAET/REG/2000/30, en <<http://www.un.org/peace/etimor/untaet/reg200030.pdf>>: “28.1 Las audiencias de los juicios estarán abiertas al público. 28.2 El tribunal podrá excluir al público de toda o de una parte de una audiencia en las siguientes circunstancias: (a) cuando quepa la posibilidad de que se divulgue información clasificada como de seguridad nacional; (b) cuando sea necesario proteger la privacidad de las personas, como en casos de delitos de índole sexual o casos que involucran a personas menores de edad; o (c) cuando la publicidad pueda perjudicar los intereses de la justicia”.

¹¹**CPI:** art. 74 (3) del Estatuto de la CPI: “Los magistrados procurarán adoptar su fallo por unanimidad, pero, de no ser posible, éste será adoptado por mayoría”. art. 83 (4) “La sentencia de la Sala de Apelaciones será aprobada por mayoría de los magistrados que la componen y anunciada en audiencia pública”.

TPIY: art. 23 del Estatuto del TPIY.

TPIR: art. 22 del Estatuto del TPIR.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 18 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

Tribunal Especial Iraquí: art. 23 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí.

Salas Especiales para Camboya: art. 4 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales: "Los magistrados procurarán adoptar su fallo por unanimidad, pero, de no ser posible, se aplicarán las siguientes reglas: a. Un fallo de la Sala de Primera Instancia requerirá el voto afirmativo de por lo menos cuatro magistrados. b. El fallo de la Corte Suprema requerirá el voto afirmativo de por lo menos cinco magistrados".

Salas Especiales para Timor-Leste: Secciones 9.2 y 15.2 del Reglamento 2000/11 de la UNTAET.

¹²**CPI:** Regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, 9 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3 (parte II-A), <http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/english/part_ii_a_e.pdf> (en lo sucesivo, "Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI").

TPIY: Regla 74 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, 11 de febrero de 1994, en <<http://www.un.org/icty/legaldoc/procedureindex.htm>> (en lo sucesivo, "Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY").

TPIR: Regla 74 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 29 de junio de 1995, en ><http://www.ictr.org/ENGLISH/Reglas/070605/070605.pdf>> (en lo sucesivo, "Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR").

Tribunal Especial para Sierra Leona: Regla 74 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para Sierra Leona: "Si lo considera conveniente para la correcta resolución del caso, una sala podrá invitar o permitir a cualquier Estado, organización o persona efectuar presentaciones sobre cualquier cuestión especificada por la sala". V. Fiscal c/ Kallon, Caso n.º SCSL-2003-07-PT, Decisión sobre la solicitud de permiso para interponer escritos de *Amicus Curiae*, 17 de julio de 2003, en el párr. 8; *ibíd.*, Decisión sobre la solicitud de Redress Trust, el Comité de Abogados de Derechos Humanos y la Comisión Internacional de Juristas, en la que se pide permiso para interponer escritos de *Amicus Curiae* y efectuar presentaciones orales, 1 de noviembre de 2003, párr. 5.

Tribunal Especial Iraquí: Regla 66 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial Iraquí: "Intervenciones: Si lo considera conveniente para la correcta resolución del caso, una sala podrá invitar o permitir a cualquier Estado, organización o persona efectuar presentaciones sobre cualquier cuestión especificada por la sala".

Salas Especiales para Camboya: No está reglamentado en la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales. Sin embargo, el art. 33 modificado establece lo siguiente: "Si los procedimientos existentes no abordaren una cuestión en particular, o si hubiere incertidumbre con respecto a la interpretación o aplicación de dichos procedimientos, o si se pusiere en tela de juicio su compatibilidad con las normas internacionales, se podrán consultar las reglas de procedimiento establecidas en el plano internacional".

¹³**CPI:** Estatuto de la CPI, art. 66(3).

TPIY: Regla 87 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY.

TPIR: Regla 87 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR.

Tribunal Especial para Sierra Leona: Regla 87 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para Sierra Leona.

Tribunal Especial Iraquí: No está reglamentado en el Estatuto ni en las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial Iraquí. Tampoco lo exige la ley iraquí vigente que complementa el Estatuto y las Reglas, en virtud de la Regla 65 ("Los procedimientos de las salas de primera instancia deberán ajustarse a las disposiciones establecidas en la ley de procedimientos penales n.º 23 de 1971, así como a las presentes reglas"). V. el párrafo 182 de la Ley de Procedimientos Penales n.º 23 de 1971 (modificada), que exige que el tribunal esté "satisfecho" de que el acusado ha cometido el delito del que se lo acusa.

Salas Especiales para Camboya: No está reglamentado en la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales. Pero v. art. 33, modificado (nota 12 *supra*).

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 39.1 del Reglamento 2000/30 de la UNTAET. Sólo indica que el tribunal “se pronunciará sobre la culpa o la inocencia del acusado”.

*El mecanismo de la justicia penal forma parte del sistema judicial nacional.

¹⁴**CPI:** Las únicas referencias a la ausencia del acusado se encuentran en la Regla 125, “Decisión de celebrar la audiencia de confirmación en ausencia del acusado”, y la Regla 126, “Audiencia de confirmación en ausencia del acusado”, de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI.

TPIY: No está reglamentado en las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY.

TPIR: Regla 82 *bis* de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR.

Tribunal Especial para Sierra Leona: No está reglamentado en las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para Sierra Leona.

Tribunal Especial Iraquí: Regla 56 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Salas Especiales para Camboya: No está reglamentado en la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales, pero v. art. 33, modificado (nota 12 *supra*).

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 5.1 del Reglamento 2000/30 de la UNTAET: “No se realizará el juicio de una persona en ausencia de ésta, salvo en las circunstancias definidas en el presente reglamento”.

¹⁵**CPI:** Art 77 del Estatuto de la CPI.

TPIY: art. 24 del Estatuto del TPIY.

TPIR: art. 23 del Estatuto del TPIR.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 19 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

Tribunal Especial Iraquí: En virtud del art. 24 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí, se aplica el código penal iraquí con sus modificaciones (Ley n.º 111 de 1969); el párrafo 85 de éste, relativo a las penas principales, incluye la pena de muerte.

Salas Especiales para Camboya: arts. 38 y 39 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales.

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 10.1(a) del Reglamento de las Salas Especiales de Delitos Graves.

¹⁶**CPI:** art. 39 párr. 2 (b)(iii) del Estatuto de la CPI.

TPIY: Regla 65 *ter* de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY.

TPIR: Regla 73 *bis* de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 11 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

Tribunal Especial Iraquí: Regla 13(4) y Regla 27 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial Iraquí.

Salas Especiales para Camboya: art. 7 del Acuerdo ONU-Camboya.

¹⁷**CPI:** art. 39(2)(c) del Estatuto de la CPI: Permite constituir más de una Sala de Primera Instancia cuando la gestión eficiente del trabajo de la Corte así lo requiera.

TPIY: art. 11 del Estatuto del TPIY.

TPIR: art. 10 del Estatuto del TPIR.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 11 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona: se estipula una Sala de Primera Instancia, pero es posible constituir otras.

Tribunal Especial Iraquí: art. 3(a)(1) del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí: se estipula una Sala de Primera Instancia, pero es posible constituir otras.

Salas Especiales para Camboya: arts. 3(1) y (2) del Acuerdo ONU-Camboya; art. 9 (modificado) de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales.

Salas Especiales para Timor-Leste: V. Sylvia de Bertodano, “East Timor: Trials and Tribulations”, en *Internationalized Criminal Courts*, nota 5 *supra*, p. 87.

¹⁸**CPI:** art. 39(2)(b)(ii) del Estatuto de la CPI: Las funciones de la Sala de Primera Instancia serán realizadas por tres magistrados de la Sección de Primera Instancia. Este artículo se combina con el art. 39, párr. 1: la Sección de Primera Instancia se compondrá de no menos de seis magistrados.

TPIY: art. 12 del Estatuto del TPIY.

TPIR: art. 11(2) del Estatuto del TPIR: “Los miembros de cada Sala de Primera Instancia serán tres magistrados permanentes y como máximo, en cada caso, cuatro magistrados *ad litem*...”.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 12(1)(a) del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

Tribunal Especial Iraquí: art. 4(b) del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí.

Salas Especiales para Camboya: art. 3(2)(a) del Acuerdo ONU-Camboya; art. 9 (modificado) de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales.

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 22 del Reglamento de las Salas Especiales de Delitos Graves.

¹⁹**CPI:** art. 39(2)(b)(1) del Estatuto de la CPI: La Sala de Apelaciones se compondrá de todos los magistrados de la Sección de Apelaciones. Este artículo se combina con el art. 39(1): La Sección de Apelaciones se compondrá del Presidente y otros cuatro magistrados.

TPIY: art. 12(3) del Estatuto del TPIY: "Siete de los magistrados permanentes serán miembros de la Sala de Apelaciones. Para cada apelación, la Sala de Apelaciones se compondrá de cinco de sus miembros".

TPIR: art. 11(3) del Estatuto del TPIR: "Siete de los magistrados permanentes serán miembros de la Sala de Apelaciones. Para cada apelación, la Sala de Apelaciones se compondrá de cinco de sus miembros".

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 12(1)(b) del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

Tribunal Especial Iraquí: art. 4(c) del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí. Con respecto a la posibilidad de contar con magistrados no iraquíes, v. el art. 4(d): "El Consejo de Gobierno o el Gobierno Sucesor pueden, si lo consideran necesario, designar magistrados no iraquíes con experiencia en los delitos comprendidos en el presente estatuto, quienes deberán ser personas dotadas de elevadas aptitudes morales y de gran imparcialidad e integridad".

Salas Especiales para Camboya: art. 3(2)(b) del Acuerdo ONU-Camboya; art. 9 (modificado) de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales.

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 22 del Reglamento de las Salas Especiales de Delitos Graves.

²⁰**CPI:** art. 11(1) del Estatuto de la CPI.

TPIY: art. 8 del Estatuto del TPIY.

TPIR: art. 7 del Estatuto del TPIR.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 1 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

Tribunal Especial Iraquí: art. 1 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí.

Salas Especiales para Camboya: art. 2 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales.

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 2.3 del Reglamento de las Salas Especiales de Delitos Graves: "Con respecto a los delitos enunciados en la sección 10(1)(d)-(e) del Reglamento n.º 2000/11 de la UNTAET, las salas establecidas en el Tribunal de Distrito en Dili tendrán competencia exclusiva durante el período que va del 1 de enero de 1999 al 25 de octubre de 1999".

²¹**CPI:** art. 25 del Estatuto de la CPI. V. también el art. 26, sobre la exclusión de la competencia respecto de los que fueren menores de 18 años.

TPIY: art. 6 del Estatuto del TPIY.

TPIR: art. 5 del Estatuto del TPIR.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 1. del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona. V. también el art. 7 sobre la exclusión de la competencia respecto de los que fueren menores de 15 años.

Tribunal Especial Iraquí: arts. 1 y 10 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí.

Salas Especiales para Camboya: art. 2 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales.

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 2.2 del Reglamento de las Salas Especiales de Delitos Graves: "A los efectos del presente reglamento, la "competencia universal" significa la competencia con independencia de si (a) el delito grave de que se trate fue cometido dentro del territorio de Timor-Leste; (b) el delito grave fue cometido por un ciudadano de Timor-Leste; o (c) la víctima del delito grave fue un ciudadano de Timor-Leste".

²²**CPI:** art. 12 del Estatuto de la CPI: El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate si ese mismo Estado es parte en el Estatuto o ha aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3; o el Estado del que sea nacional el acusado del crimen, si ese Estado es parte en el Estatuto o ha aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3.

TPIY: art. 8 del Estatuto del TPIY.

TPIR: art. 7 del Estatuto del TPIR.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 1 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

Tribunal Especial Iraquí: art. 1 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí.

Salas Especiales para Camboya: art. 1 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales (no se menciona explícitamente la competencia territorial).

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 2.2 del Reglamento de las Salas Especiales de Delitos Graves: “A los efectos del presente reglamento, la “competencia universal” significa la competencia con independencia de si (a) el delito grave de que se trate fue cometido dentro del territorio de Timor-Leste; (b) el delito grave fue cometido por un ciudadano de Timor-Leste; o (c) la víctima del delito grave fue un ciudadano de Timor-Leste”.

²³**CPI:** art. 5(2) del Estatuto de la CPI: no se ejercerá la competencia respecto del crimen de agresión hasta que se defina el crimen.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 5 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona: concretamente, violaciones de la Ley de Prevención de la crueldad hacia los niños, de 1926, y la Ley de Daños dolosos, de 1861.

Tribunal Especial Iraquí: art. 14 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí.

Salas Especiales para Camboya: Cap. II de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales.

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 1.3 del Reglamento de las Salas Especiales de Delitos Graves.

²⁴**CPI:** art. 1 del Estatuto de la CPI: La Corte tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.

TPIY: art. 9 del Estatuto del TPIY: “competencia concurrente: 1. El Tribunal Internacional y las cortes nacionales tendrán competencia concurrente para el enjuiciamiento de personas por violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de ex Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991. 2. El Tribunal Internacional prevalecerá sobre las cortes nacionales. En cualquier etapa del proceso, el Tribunal Internacional podrá presentar oficialmente a los tribunales nacionales una petición de inhibitoria de jurisdicción, de conformidad con el presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional”.

TPIR: art. 8 del Estatuto del TPIR: “Competencia concurrente: 1. El Tribunal Internacional para Ruanda y las cortes nacionales tendrán competencia concurrente para el enjuiciamiento de personas por violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y de ciudadanos ruandeses por violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de los Estados vecinos, entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994. 2. El Tribunal Internacional para Ruanda prevalecerá sobre las cortes nacionales de todos los Estados. En cualquier etapa del proceso, el Tribunal Internacional para Ruanda podrá presentar formalmente a los tribunales nacionales una petición de inhibitoria de jurisdicción, de conformidad con el presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional para Ruanda”.

Tribunal Especial para Sierra Leona: art. 8 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona: El Tribunal Especial y las cortes nacionales de Sierra Leona tienen competencia concurrente, pero las decisiones del Tribunal Especial prevalecen sobre las cortes nacionales.

Tribunal Especial Iraquí: art. 29 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí: “(a) El Tribunal y las cortes nacionales de Irak tendrán competencia concurrente para el enjuiciamiento de personas por los delitos enunciados en el artículo 14 que corresponden a la competencia del Tribunal. (b) El

Tribunal prevalecerá sobre todas las demás cortes iraquíes con respecto a los delitos estipulados en los artículos 11 a 13".

Salas Especiales para Camboya: arts. 1 y 47 de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales.

Salas Especiales para Timor-Leste: Sección 1.1 del Reglamento de las Salas Especiales de Delitos Graves: Las Salas Especiales en el Tribunal de Distrito de Dili tienen competencia exclusiva para procesar delitos graves.

²⁵**Tribunal Especial para Sierra Leona:** La Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona se creó en 2002; v. el sitio Web oficial: <<http://www.sierra-leone.org/trc-documents.html>> (consultado el 14 de agosto de 2005).

Salas Especiales para Timor-Leste: Comisión para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación de Timor-Leste, UNTAET/REG/2001/10, 13 de julio de 2001; v. el sitio oficial: <<http://www.easttimor-reconciliation.org/>> (consultado el 14 de agosto de 2005).

La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales

Hortensia D.T. Gutiérrez Posse

Profesor Titular Consulto de Derecho Internacional Público Universidad de Buenos Aires

Resumen

El derecho internacional humanitario es la rama del derecho internacional positivo, de fuente consuetudinaria y convencional, que tiene por objeto poner límites a los métodos y medios de combate, así como proteger a las víctimas de los conflictos armados. Las infracciones graves a este ordenamiento jurídico constituyen crímenes de guerra, imputables directamente a los individuos, cuyo juzgamiento corresponde a los Estados soberanos. Sin embargo, si éstos no desearan ejercer su jurisdicción o no estuviesen en condiciones de ejercerla podrían conocer tribunales penales internacionales instituidos por tratados o por decisiones vinculantes del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas. Esta somera descripción de una realidad jurídico-política corresponde al universo del derecho en los albores del siglo XXI, pero no se ha gestado en un sólo día ni es fruto de una voluntad única. Por el contrario, la evolución obedece a una paulatina toma de conciencia de la comunidad internacional, ante los horrores de la guerra y los sufrimientos indecibles que a lo largo de la historia inflige a la humanidad, de que la violencia ha de tener límites y de que esos límites han de ser puestos por el derecho, castigando a los responsables a fin de desalentar a quienes en un futuro intentasen sobrepasarlos.

.....

Breve reseña histórica

En esta evolución, el derecho internacional humanitario ha tenido un papel preponderante, puesto que su ámbito material lo integran tanto las leyes y usos de la guerra como las normas sobre protección de las víctimas y, precisamente, una primera propuesta de crear por acuerdo de voluntades una Corte Penal Internacional fue formulada en el siglo XIX con el objeto de conocer en las violaciones del Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña, que había sido adoptado en 1864.

En 1907, los Estados codificaron leyes y usos de la guerra aplicables a la guerra terrestre en la Convención IV y en el Reglamento anexo, adoptados ese año en la Conferencia de La Haya. Aún cuando en este tratado se disponía que sus normas eran fuente de derechos y obligaciones para los Estados Partes, al término de la Primera Guerra Mundial, se estableció en el Tratado de Paz, firmado en Versalles en 1919¹, la responsabilidad personal del Kaiser Guillermo II como culpable de ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados, así como la de quienes habían ejecutado sus órdenes, reconociéndose, de tal modo, el derecho de los Estados aliados y asociados de establecer tribunales militares con el objeto de juzgar a personas acusadas de cometer crímenes de guerra².

La responsabilidad, no sólo de los Estados sino fundamentalmente la de los individuos, quedaba sentada como principio del derecho internacional y las infracciones graves del derecho internacional humanitario podían ser juzgadas por tribunales internacionales instituidos con tal fin.

La evolución no se detiene y, durante la Segunda Guerra Mundial, varios Gobiernos aliados expresaron el deseo de investigar, procesar y castigar a los criminales de guerra. La Declaración de Moscú, adoptada en octubre de 1943, fue el antecedente del Acuerdo de Londres de 1945, al que se anexaron los Estatutos del Tribunal Militar Internacional para el procesamiento y el castigo de los mayores criminales de guerra del Eje europeo (Tribunal de Nuremberg). El comandante en jefe de las tropas de ocupación en Japón estableció con el mismo objeto el Tribunal de Tokio³. Por ende, una vez más se aceptaba que, en el ámbito del derecho internacional, se tipificasen conductas como crímenes y que, en virtud de esas normas, se juzgase a quienes fueran considerados responsables.

1 La Parte VIII del Tratado de Paz de 1919 contenía, en los arts. 231 a 247, la obligación de Alemania de pagar los daños ocasionados a los aliados a título de reparación, los que debían ser fijados por una Comisión de Reparaciones de las Grandes Potencias.

2 V. Wills, J.F., *Prologue to Nuremberg: The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War*, Westport, Conn., Greenwood, 1982; Dinstein, Yoram y Tabor, *Mala, War Crimes in International Law*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp.149-150; 310.

3 Los textos del Acuerdo de Londres, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo, la Proclamación del Comandante en Jefe de las Potencias Aliadas en Tokio y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este pueden consultarse en M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Law*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 579-586 y 604-611.

La adopción de los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio impulsó, sustancialmente, la codificación del derecho internacional humanitario, ya que comportó la primera reglamentación convencional que definió una serie de infracciones penales como imputables a los individuos a la par que instituyó una jurisdicción que efectivamente actuó, enunciándose una serie de principios que son universalmente reconocidos⁴. Cabe tener presente, sin embargo, que en esta etapa del desarrollo del derecho las conductas tipificadas como ilícitas debían vincularse con la guerra; esto es, con la lucha armada entre dos o más Estados.

Ya en las postrimerías del siglo XX, las graves violaciones del derecho internacional humanitario que se perpetraron durante el conflicto armado en ex Yugoslavia dieron lugar, no ya por acuerdo de voluntades soberanas sino por decisión del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas⁵, a la institución de un Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables, estableciéndose muy poco tiempo después otro Tribunal Penal Internacional *ad hoc*, que enjuiciaría los graves hechos que se producían

- 4 V. Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, S/ 25704, 3-V-1993, párrafos 41-44, en el que se señala que muchas de las disposiciones de la Convención IV y del Reglamento anexo ya habían sido reconocidas por el Tribunal de Nuremberg como declaratorias de las leyes y usos de la guerra aceptadas por todas las naciones civilizadas, admitiendo que los crímenes de guerra definidos en el inc. b) del art. 6 del Estatuto del Tribunal ya habían sido reconocidos como crímenes de guerra con arreglo al derecho internacional y consagrados en el Reglamento de La Haya, en virtud del cual debía sancionarse a los culpables; v. Finch, George A., "The Nuremberg Trial and International Law", AJIL, 1947-41, pp. 20 y ss. ; Wright, Quincy, "The Law of the Nuremberg Trial", AJIL, 1947-41, pp. 38 y ss. ; Schick, F.B., "The Nuremberg Trial and the International Law of the Future", AJIL, 1947-41, pp. 770 y ss., entre otros.
- 5 En la Resolución 808 (1993), nuevamente en aplicación de lo normado en el Capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad decidió establecer el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de ex Yugoslavia desde 1991, otorgándole competencia para conocer en las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y en las violaciones de las leyes o usos de la guerra, así como en el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. El Tribunal, en una de sus primeras decisiones en apelación, señaló que el establecimiento de un Tribunal Internacional por el Consejo de Seguridad comportó la adopción de una medida que no implica el uso de la fuerza en los términos del art. 41 de la Carta, decidida en el ejercicio de los poderes que le otorga el Capítulo VII con relación al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional en ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case Nº IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2-X-1995, y en *The Prosecutor v. Momocilo Krajisnik*, Case Nº IT-OO-39-PT, Decision on Motion challenging Jurisdiction – with Reasons, 22-IX-2000. Al recordar aquel precedente, agregó que, si bien la Carta consagra el principio de soberanía y la no intervención de la Organización en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, el art. 2.7 establece una excepción al disponer que ello es sin perjuicio de la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII, por lo que, cuando el Consejo de Seguridad actúa según los poderes otorgados en dicho Capítulo, lo hace en el interés de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas; v. M. Cherif Bassiouni y Peter Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Nueva York, 1996; Lescure, Karine, *International Justice for Former Yugoslavia: the workings of the International Criminal Tribunal of the Hague*, La Haya, Kluwer Law, 1996; entre otros.

dentro de un Estado: Ruanda⁶. Es decir que, con el carácter de medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, la evolución del derecho ha llevado al establecimiento de jurisdicciones internacionales cuyo cometido es juzgar a individuos acusados de cometer crímenes del derecho internacional; instancias internacionales que no deciden creando normas ni legislando respecto de este derecho, sino que se encargan de aplicar el ordenamiento jurídico vigente.

El último eslabón en esta evolución es la institución por tratado de la Corte Penal Internacional, de tipo permanente, que ha de conocer en las conductas más graves que se consideran de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, entre las que se cuentan, por cierto, los crímenes de guerra⁷.

De este modo, la institución de jurisdicciones penales internacionales habilitadas para conocer sobre conductas de los individuos, cuando los Estados no deseen o no estén en condiciones de juzgarlas, se relaciona y se encuentra directamente influenciada por el contenido del derecho internacional humanitario y el carácter de crímenes de guerra de las infracciones graves de este ordenamiento. Las páginas que siguen se dedicarán, entonces, a intentar, aunque someramente, seguir los pasos en la evolución de esta interrelación para delinear al presente su ámbito de validez.

El presente

La evolución del derecho internacional humanitario ha dado lugar a la formación de principios y a la adopción de tratados multilaterales con vocación de universalidad, aplicables en materia de crímenes de guerra. Las normas de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales y la labor que éstos han llevado o llevan a cabo en el ámbito de sus respectivas competencias reflejan esa evolución, al tiempo que ponen de relieve la directa relación entre el objeto y fin de este ordenamiento jurídico y la institución de las jurisdicciones internacionales. Su jurisprudencia, aún cuando no es un proceso autónomo de creación del derecho, resulta un medio auxiliar particularmente valioso para determinar la existencia de una regla de derecho, su sentido y alcance.

6 Resolución 955 (1994). V., entre otros, Mubiala Mutoy, "Le tribunal international pour le Rwanda: vraie ou fausse copie du tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie?", *RGDIP*, vol 99, 1995/4, pp. 929 y ss.; Niang, Mame Mandiaye, "Le Tribunal Pénal International pour le Rwanda. Et si la contumace était possible!", *RGDIP*, vol. 103, 1999/2, pp.379 y ss.; Cissé, Catherine, "The end of a culture of impunity in Rwanda?", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998, pp. 161 y ss.

7 Los Estados Partes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional dejan sentado en el Preámbulo de este tratado que son conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común, afirmándose por esta vía que hay valores que al conjunto de la comunidad internacional interesa preservar; v. Broomhall, Bruce, *International Justice and the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 41 y ss.

Irretroactividad

El principio de legalidad es uno de los principios básicos del derecho penal, conforme al cual, para considerar que una persona es responsable de una conducta contraria a derecho, ha de verificarse que, al *tempus commissi delicti*, estaba sujeta a normas claras que establecían *ante factum* su carácter de delito. Este principio, aplicable en los ordenamientos internos, también resulta pertinente en el ámbito del derecho internacional. Por ende, un individuo sería responsable internacionalmente si la conducta en la que incurriese fuese ilícita en ese ordenamiento jurídico, independientemente de lo que al respecto pudiesen disponer los derechos internos⁸. Ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, la defensa había argumentado sobre la base del principio de irretroactividad, consecuencia del principio de legalidad, señalando el Tribunal que el Estatuto que lo había establecido no comportaba el ejercicio arbitrario de poder por parte de naciones victoriosas, sino la expresión del derecho internacional vigente al tiempo de su creación; agregando que el derecho de la guerra no sólo puede encontrarse en tratados, sino también en costumbres y prácticas de los Estados que gradualmente obtienen un reconocimiento universal, así como en los principios generales de justicia que aplican los juristas y los tribunales militares; derecho que no es estático y se adapta continuamente a las necesidades de un mundo cambiante de manera que, en muchas ocasiones, los tratados no hacen más que reflejar y definir en modo más concreto principios de derecho ya existentes.

Responsabilidad penal individual

De este modo, el razonamiento del Tribunal ponía el énfasis en la relación entre las normas del derecho internacional humanitario, convencionales y consuetudinarias, que prohíben comportamientos de los individuos y su institución como instancia jurisdiccional que ha de aplicar este ordenamiento jurídico positivo.

Los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados tipifican una serie de actos como infracciones graves de sus normas, estableciendo con relación a ellos la obligación de los Estados Partes de buscar a las personas acusadas de haberlas cometido, u ordenado cometer, hacerlas comparecer ante sus propios tribunales o, si lo prefieren, entregarlas para que sean juzgadas por otro Estado interesado, si ha formulado contra ellas cargos suficientes⁹. Asimismo, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda contemplan los supuestos de responsabilidad penal individual¹⁰, al igual que el Estatuto de la Corte Penal Internacional¹¹. Por ende, en

8 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 14 y 15; Condorelli, Luigi, “La définition des infractions internationales, Présentation de la IIème. Partie”, en Ascensio, Hervé, Decaux, Emmanuel y Pellet Alain (dir.), *Droit International Pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 241 y ss.

9 Convenios I/ art. 49; II/ art. 50; III/ art. 29; IV/ art. 146.

10 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, art. 7; y Estatuto Tribunal Penal Internacional para Ruanda, art. 6.

11 Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 25.

razón de su aceptación generalizada, al no mediar objeciones a su respecto, este tipo de responsabilidad integra el derecho internacional; un derecho que en sus orígenes sólo regulaba relaciones entre Estados y en el que, por ende, sólo los Estados podían considerarse responsables por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito aun cuando se tratase en este caso de una responsabilidad de naturaleza civil¹².

La responsabilidad penal recae, en cambio, sobre las personas naturales que incurran en una conducta tipificada como crimen directamente por el derecho internacional. Se trata, entonces, del ámbito normativo internacional que se refiere al individuo como tal y, en ese sentido, podría asimilarse a las normas del derecho internacional de los derechos humanos ya que en ambos casos, aun cuando con un contenido y un fin diferentes, son normas de naturaleza jurídica que se dirigen directamente a la persona humana¹³.

Ahora bien, esta responsabilidad puede asumir distintas formas. Así, a la luz de lo dispuesto en el Tratado de Paz de Versalles, en el Estatuto de los Tribunales Militares de Nuremberg y Tokio y en los Convenios de Ginebra de 1949, resulta claro que no sólo han de responder por haber llevado a cabo crímenes de guerra los individuos que los cometan, sino que también incurren en responsabilidad aquellos que ordenen cometerlos, independientemente del cargo oficial que puedan ejercer. Los Estatutos de los Tribunales Penales para ex Yugoslavia y para Ruanda, al igual que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, expresamente contemplan estas dos formas de responsabilidad pero, a más, reflejando el derecho consuetudinario, precisan su alcance, puesto que disponen que quienes hayan planeado o instigado la comisión del crimen, así como los que hayan ayudado en cualquier forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, también son responsables¹⁴. Por cierto, para considerar a una persona responsable por haber ayudado de algún modo a la comisión de un ilícito es necesario establecer también los actos de los principales responsables con relación a los cuales se imputa haber existido la ayuda¹⁵. De este modo, cabe considerar responsables no sólo a quienes cometan el crimen sino también a los cómplices, los encubridores y quienes ordenen, propongan o induzcan su comisión o, en su caso, la tentativa de comisión¹⁶.

12 V. al respecto la Resolución de la Asamblea General de la ONU A/ 56/ 83 sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el Informe de la Comisión de Derecho Internacional que la sustenta.

13 Abellán Honrubia, Victoria, "La responsabilité internationale de l'individu", RCADI, 280-1999, pp. 172 y ss.

14 En la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, se entiende que cabe penalizar la responsabilidad secundaria de los participantes en la comisión del crimen si esta participación es directa y sustancial, recaudo no expresamente contemplado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 25. 3 a); conf., *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-T, Opinion and Judgement, 7-V-1997, párrs. 691 y 692.

15 V. TPIY, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case N° IT-95-14/1-A, Judgement, 24-III-2000, donde se reitera el criterio sentado en *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T, Judgement, 10-XII-1998, párrs. 174-186.

16 Los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y para ex Yugoslavia, basándose en la jurisprudencia de los tribunales militares británicos y de las cortes alemanas que actuaron luego de la Segunda Guerra Mundial, aplicando la Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania, han entendido que la colaboración o ayuda en la comisión del ilícito no ha de traducirse necesariamente en un hecho físico,

Por otra parte, no sólo se puede incurrir en responsabilidad penal individual por acción, sino que cuando la norma impone una clara obligación de asumir un determinado comportamiento y la persona, intencional o imprudentemente, la ignora también se puede ser responsable pero, en este caso, por omisión. A título de ejemplo baste señalar que constituirían conductas punibles en las que se incurre por omisión el homicidio intencional cuando se lleva a cabo mediante la privación de alimentos o de asistencia o el hecho de privar a un prisionero de guerra de sus derechos a un juicio justo e imparcial. Sin embargo, la responsabilidad por omisión, fundamentalmente, es la responsabilidad en la que pueden incurrir los jefes militares *de iure* o *de facto* y otros superiores que omitan tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión de ilícitos por parte de quienes son sus subordinados. Se trata, en la especie, de la responsabilidad del superior jerárquico¹⁷ que se concibe dentro de una estructura más o menos organizada con relación a la existencia de uno o varios subordinados¹⁸.

La responsabilidad del jefe militar

El primer supuesto —la responsabilidad del jefe militar— tiene sus orígenes en el derecho de la guerra y se encuentra codificada en la Convención IV de La Haya de 1907 y en su Reglamento anexo relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre¹⁹. Un jefe militar o quien actúe efectivamente como jefe militar es responsable de la conducta de quienes se encuentren bajo su mando o autoridad, teniendo sobre ellos un control efectivo²⁰, desde que no sólo debe conocer su

sino que basta para configurarla el mero soporte moral a quien comete el crimen, o alentarle para que lo realice, siempre que tal soporte o aliento produzca un efecto sustancial sobre quien está llevando a cabo el acto; TPIY, *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N° IT-95-17/1T, Judgement, 10-XII-1998; TPIR., *Le Procureur v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgement, 2-IX-1998.

- 17 Este tipo de responsabilidad integra el derecho consuetudinario a la luz de lo establecido en el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, arts. 86 y 87, y lo verificado en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y Ruanda en TPIY, *The Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.*, Case N° IT-96-21-T, Judgement, 16-XI-1998, párr. 383; *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case N° IT-95-14-T, Judgement, 3-III-2000, párr. 290; *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case N° IT-95-14/2-PT, Decision on the Joint Defence Motion to Dismiss for Lack of Jurisdiction Portions of the Amended Indictment alleging Failure to Punish Liability, 2-III-1999; *The Prosecutor v. Momcilo Krajisnik*, Case N° IT-00-39-PT, Decision on Motion challenging Jurisdiction – with Reasons, 22-IX-2000; y TPIR., *The Prosecutor v. Jean Kambanda*, Case N° ICTR-97-23-S, Judgement and Sentence, 4-IX-1998.
- 18 El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia entiende que el carácter temporario de una unidad militar no excluye por sí sólo la relación de subordinación entre los miembros de esa unidad y su comandante, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radimir Kovac and Zoran Vukovic*, Case N° IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Judgement, 22-II-2001, párr. 399.
- 19 Reglamento, art. 1.1, según el cual los miembros de las fuerzas armadas deben tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos.
- 20 El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia entiende que el control efectivo emerge de la capacidad del superior de dar órdenes a quienes se encuentren bajo su mando, no siendo necesario que la orden se dé por escrito o en otra forma determinada; *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case N° IT-95-14-T, Judgement, 3-III-2000; *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case N° IT-95-14/2-T, Judgement, 26-II-2001, párr. 388.

accionar, sino que también está obligado a conocerlo, debiendo adoptar las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de ilícitos²¹, ya que esta obligación, junto con el hecho de que el superior sabía o tenía razones para saber que el crimen se iba a cometer o se había cometido y la existencia de la relación superior-subordinado, conllevan los tres elementos necesarios para configurar lo que constituye en derecho la responsabilidad del comandante²².

La inclusión en este tipo de responsabilidad de otros superiores que no son jefes militares tiene su fuente, en cambio, en el derecho consuetudinario, tal como ha sido verificado por los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda, al interpretar las normas pertinentes de sus Estatutos. En efecto, en sus decisiones, se consideró que también un oficial público, agente o persona investida de prerrogativas del poder público o que *de facto* represente al gobierno, que tenga un efectivo control sobre los subordinados, puede incurrir en responsabilidad por omisión, aún cuando en este supuesto la persona en cuestión haya debido tener conocimiento de los hechos y no tan sólo haya omitido el deber de vigilancia para que los hechos no se produjesen, como es el caso con relación a la responsabilidad de un comandante militar²³.

Es decir, entonces, que tanto en el caso de un jefe militar como en el de otros superiores, para que se configure la responsabilidad por omisión es necesaria la existencia de una relación superior-subordinado, que el superior sepa, haya tenido razón de saber o, en su caso, hubiese tenido conocimiento de que el acto se había cometido o se iba a cometer; y que el superior, negligentemente, no haya tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto o castigar a quien lo había perpetrado²⁴. Por cierto, la responsabilidad en la que pueden incurrir es

21 Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 arts. 86 y 87; Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 28. 1; v. Bantekas, Ilias, *Principles of direct and superior responsibility in international humanitarian law*, Manchester, Manchester University Press, 2002 y TPIY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (a/k/a "Pavo"), Hazim Delic, Esad Landzo (a/k/ "Zenga")*, Case N° IT-96-21-A, Judgement, 20-II-2001, párr. 241, caso en el que se entendió que la obligación del superior por la que compromete su responsabilidad en razón de que "tenía razones para saber que el subordinado" iba a cometer crímenes implica que el superior sólo sería responsable si información, de carácter general, estaba disponible para él, llamando su atención sobre ofensas a ser cometidas por sus subordinados; interpretación que también se siguió en *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case N° IT-95-14-A, Judgement, 29-VII-2004.

22 TPIY, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case N° IT-95-14/1-A, Judgement, 24-III-2000, párr. 74-76.

23 TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement, 2-XI-1998; *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Jugement et Sentence, 21-V-1999; TPIY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Case N° IT-96-21, Judgement, 16-XI-1998, e IT-96-21-A, párr. 241, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case N° IT-95-14/1-T, Judgement, párr. 66-81, entre otros en los que se consideró que no sólo un militar sino también un civil puede incurrir en este tipo de responsabilidad si su influencia fue empleada para ordenar la comisión del delito o si no la ejerció para evitarlo, basándose para ello en casos juzgados en los ámbitos internos luego de la Segunda Guerra Mundial; v. Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 28. 2.

24 El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia entendió que el superior debe haber contado con información tal que le hubiese indicado la necesidad de llevar a cabo una investigación adicional, correspondiendo determinar en cada caso si el superior tomó las medidas que estaban dentro de sus posibilidades materiales; *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Case N° IT-96-21, Judgement, 16-XI-1998, párr. 354; en este caso, en la Apelación, se especificó que un comandante de facto es responsable de la

independiente de la eventual de sus subordinados, puesto que ésta se configura sea que se cometa o no el ilícito²⁵. Distinto es el caso de un superior que sabe que el crimen se va a cometer e intencionalmente no detiene la acción de sus subordinados, puesto que, en este caso, no se trataría ya de una responsabilidad por omisión sino de la de quien ha ayudado en su comisión²⁶. En idéntica situación se encontraría el superior que en virtud de su posición planifica, instiga o ayuda en la planificación, preparación o ejecución de crímenes por sus subordinados, ya que en todos estos supuestos se incurriría en responsabilidad por acción²⁷. De este modo no cabe considerar que una persona pueda incurrir al mismo tiempo en responsabilidad por su condición de superior y en responsabilidad por comisión, sino que la posición de superior podría constituir un agravante de la pena que se le impusiese²⁸.

Este aspecto de la responsabilidad penal individual, la responsabilidad del superior, se integra con el de la responsabilidad del subordinado por acción. Una vez más el antecedente de este principio general ha de encontrarse en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en el que se establecía que el hecho de que el acusado hubiese actuado conforme a las instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico no lo liberaría de su responsabilidad pero podría ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal decidía que la justicia así lo exigía²⁹. Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia

conducta de sus subordinados cuando tiene el control efectivo y la información general disponible le permite estar al tanto de sus conductas, *Judgement*, 20-II-2001, párr. 241; precisándose ulteriormente, con relación al crimen de tortura, que no es suficiente que un superior tenga información sobre golpizas que propinan sus subordinados a detenidos, sino que, a más, tiene que tener información, aunque fuese general, que le alerte del riesgo de que esas palizas persiguen alguno de los propósitos que tipifican el acto como tortura; *The Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Case Nº IT-97-25-A, Judgement*, 17-IX-2003, párr. 155.

- 25 El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia ha entendido que la condición de superior que planea, instigue u ordene la comisión de un ilícito a sus subordinados es una circunstancia agravante de la pena; *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case Nº IT-95-14/1-A, Judgement*, 24-III-2000, párr. 183.
- 26 V. TPIY, *The Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Case Nº IT-97-25-A, Appeal Judgement*, 17-IX-2003, párr. 52 y *The Prosecutor v. Radislav Krstic, Case Nº IT-98-33-A, Appeal Judgement*, 19-IV-2004, párrs. 137-140.
- 27 V. TPIY, *The Prosecutor v. Radovan Karadzic and Ratko Mladic, Case Nº IT-95-5, Review of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, 11-VII-1996, párr. 83; *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, Case Nº IT-95-14/2-T, Judgement*, 26-II-2001, párr. 371; *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Case Nº IT-95-14-A, Judgement*, 29-VII-2004, en el que se entendió que el superior que ordena un acto u omisión estando advertido de que, en sustancia, probablemente se cometería un crimen en ejecución de esa orden tiene la *mens rea* necesaria para ser considerado individualmente responsable del crimen con relación a la orden que dio. A juicio del Tribunal, en este caso, ordenar con tal conocimiento ha de ser considerado como una aceptación del crimen.
- 28 V. TPIY, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, Case Nº IT-95-14/2-A, Appeal Judgement*, 17-XII-2004, párr. 34, reiterando criterio sentado en *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Case Nº IT-95-14-A, Judgement*, 29-VII-2004, párrs. 90-91 y *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case Nº IT-95-14/1-A, Judgement*, 24-III-2000, párr. 183.
- 29 Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, art. 8; v. Liwerant, O. Sara, "Les exécuteurs", en Ascencio, Hervé, Decaux, Emmanuel y Pellet, Alain (dir.), *Droit International Pénal*, París, Pedone, 2000, pp. 211 y ss.; Osiel M.J., "Obeying orders: atrocity, military discipline, and the law of war", *Cal. Law Rev.*, 1998-86, pp. 939 y ss.

y para Ruanda³⁰, en términos más o menos similares, también disponen que el hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad³¹. Si bien la obediencia a las órdenes impartidas es inherente a un sistema de tipo militar, todo individuo responde de los actos que libremente y en pleno ejercicio de sus facultades mentales ha ejecutado, lo que supone un control de la legalidad de la orden que ha recibido. Esto es, que sea contraria al derecho internacional consuetudinario o convencional, estando la persona en condiciones de conocer esa ilegalidad.

Crímenes de guerra en todas las situaciones de conflicto armado

La responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de guerra es un principio del derecho internacional general sentado en el Tratado de Paz de Versalles y en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, pero cabe recordar que los crímenes a los que se refería el primero y en los que conoció el segundo comportaban violaciones de las leyes o usos de la guerra cometidas, precisamente, durante una guerra. Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales amplían el ámbito de aplicación a todo tipo de conflicto armado de carácter internacional, pero nada disponen en cuanto a que, eventualmente, también pueda incurrirse en este tipo de crímenes en situación de conflicto armado sin carácter internacional. En este aspecto, la jurisprudencia de los Tribunales Penales instituidos por el Consejo de Seguridad resulta particularmente valiosa para determinar el alcance del ámbito del derecho internacional humanitario, ya que son las primeras instancias internacionales llamadas a conocer en este tipo de crímenes.

Cuando en el seno del Consejo de Seguridad se votó la Resolución 827 (1993), por la que se aprueba el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, Estados Unidos expresó la opinión, compartida por el Reino Unido y Francia, de que el artículo del Estatuto que atribuía competencia al Tribunal para conocer en las violaciones de las leyes o usos de la guerra cubría las obligaciones establecidas por el derecho internacional humanitario en vigor en el territorio de ex Yugoslavia, en el momento en que se cometieron los actos, incluido el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos adicionales a estos Convenios, de

30 Estatuto del TPIY., art. 7.4; y Estatuto del TPIR., art. 6.4.

31 Ante el Tribunal Internacional Penal para ex Yugoslavia, se planteó la defensa de la obediencia debida en razón de una orden impartida bajo coacción, entendiéndose que, en tal supuesto, debía examinarse ante cada caso si el imputado realmente no tenía la posibilidad de desobedecer y si tampoco tenía la posibilidad moral de elegir o de tratar de hacerlo; se añadió que la coacción no es un eximente de responsabilidad para un soldado acusado de cometer crímenes de lesa humanidad o de guerra que conllevan la muerte de seres humanos inocentes, *The Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case Nº IT- 96- 22 T. Sentencing Judgement*, párr. 19 y *Judgement in the Appeals Chamber*, párr. 19; v. Rowe; Peter, "Duress as a Defence to War Crimes after Erdemovic: A Laboratory for a Permanent Court?", *Yearbook of International Humanitarian Law*, t. I, 1998, pp. 210 y ss.

1977. Esto significa que, según la interpretación de estos tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad, los crímenes de guerra pueden cometerse no sólo en el contexto de un conflicto armado internacional, sino también en el de un conflicto armado que no sea de índole internacional, ya que tanto el artículo 3 común como el Protocolo adicional II de 1977 regulan este tipo de conflictos y establecen la prohibición de incurrir en determinados comportamientos.

Ahora bien, el Protocolo II considera un tipo específico de conflicto armado sin carácter internacional al que sus normas resultan aplicables. Así, tal conflicto ha de desarrollarse en el territorio de una Alta Parte Contratante; han de participar sus fuerzas armadas; los grupos armados que se involucren han de estar organizados; esos grupos han de encontrarse bajo la dirección de un mando responsable; han de ejercer control sobre una parte del territorio; ese control ha de ser tal que les permita realizar operaciones militares; esas operaciones deben ser sostenidas y concertadas; y el control territorial ha de habilitarlos a aplicar las normas del Protocolo II³². En cambio, el artículo 3 común dispone que sus normas son pertinentes cuando el conflicto que no es de índole internacional surge en el territorio de una de las Partes Contratantes, sin especificar más recaudos, con lo que deja abierta la interpretación de su alcance. Es decir que sería posible inferir que las situaciones a las que se aplica no son sólo aquellas a las que se refiere el Protocolo II, aun cuando los derechos y las obligaciones que se establecen constituyen el mínimo que cada parte involucrada en un conflicto ha de respetar.

En ese sentido, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia interpretó que el Estatuto no le otorga competencia solamente en lo que hace al derecho de la guerra relativo a la conducción de las hostilidades, sino que también son de su conocimiento, con tal carácter, las violaciones del artículo 3 común, ya que, si las prohibiciones contenidas en esta norma constituyen el mínimo que han de respetar las partes involucradas en un conflicto armado sin carácter internacional, es razonable que ese mínimo deba respetarse en todo tipo de conflicto armado. A su juicio, conforme al derecho consuetudinario según el cual todas las violaciones de las normas derecho internacional humanitario aparejan responsabilidad penal individual, la violación de las prohibiciones contenidas en esta norma constituye crimen de guerra³³. Cabe señalar que, en el caso en que se sentó esta jurisprudencia, la Fiscalía había basado su acusación a este respecto en violaciones del artículo 3 común, así como en violaciones del Reglamento sobre leyes y usos de la guerra terrestre anexo a la Convención IV de La Haya de 1907, en cuanto a la prohibición de cometer pillaje. La enmarcó en la competencia atribuida a esta instancia

32 Protocolo II, art. 1. 1.

33 Competencia atribuida al Tribunal en el art. 3 de su Estatuto, violaciones de las leyes o usos de la guerra; v. TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case N° IT-94-1-AR 72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2-X-1995; TPIY, *The Prosecutor v. Zejnir Delalic et al., Case N° IT-96-21, Judgement*, 16-XI-1998, opinión confirmada en la apelación, *Judgement*, 20-II-2001, párr. 140-143; TPIY, *The Prosecutor v. Dario Kordic y Mario Cerkez, Case N IT-95-14/2PT, Decision on Joint Defence Motion to Dismiss the Amended Indictment for Lack of Jurisdiction based on the Limited Jurisdictional Reach of Articles 2 and 3*, 12-III-1999.

jurisdiccional internacional para entender en violaciones de las leyes o usos de la guerra. El Tribunal, para llegar a esta conclusión, consideró, en primer lugar, que el Estatuto debía interpretarse en el sentido de que le otorgaba competencia para conocer en toda violación del derecho internacional humanitario que no estuviese prevista en otra de sus disposiciones. Esto es, tanto en el llamado derecho de Ginebra —los cuatro Convenios y los dos Protocolos—, como en el llamado derecho de La Haya, por referencia a las normas adoptadas en 1907. Por otra parte, en la sentencia, recordó el carácter de derecho consuetudinario del contenido del artículo 3 común a los cuatro Convenios de 1949 y se refirió expresamente a la jurisprudencia en ese sentido de la Corte Internacional de Justicia³⁴, a la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda³⁵, así como al informe que había presentado el Secretario General al Consejo de Seguridad, en cumplimiento de lo establecido en la Resolución 808 (1993), y a la declaración efectuada por Estados Unidos, luego de la adopción del Estatuto, puntualizando que tal declaración no había merecido objeciones. Por otra parte, y en respuesta a alegaciones de la defensa según las cuales, con tal interpretación, se violaba el principio *nullum crimen sine lege*, señaló que los crímenes establecidos en el artículo 3 común a los cuatro Convenios también constituían crímenes en la legislación nacional en vigor cuando los actos en cuestión se habían perpetrado. Así, se sentaba la opinión de que la lista de ofensas de la Convención de La Haya de 1907, contenida en el art. 3 de su Estatuto, era enunciativa y que gozaba de la capacidad de conocer en toda violación del derecho internacional humanitario consuetudinario no contemplada en ese instrumento jurídico con el carácter de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, genocidio o crímenes de lesa humanidad³⁶. En opinión del Tribunal, el objeto de estas disposiciones es impedir que un crimen no sea de su conocimiento, lo que posibilita que el fin perseguido por el Consejo de Seguridad al establecerlo se cumpla; esto es, que los culpables no queden sin castigo cualquiera sea el contexto en el que las violaciones se llevaron a cabo. El método teleológico de interpretación y la regla del efecto útil resultan evidentes en el razonamiento seguido por esta instancia internacional.

A través de su jurisprudencia, queda claro el carácter de obligaciones mínimas de lo normado en el artículo 3 común que han de respetar las partes involucradas en

34 CIJ, Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, Nicaragua c. Estados Unidos, C.I.J., Recueil 1986.

35 TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Jugement*, 2-IX-1998.

36 El carácter de “paraguas” de esta norma del Estatuto del Tribunal fue reiterado en el caso *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, *Case N° IT-95-17/1-T, Jugement*, 10-XII-1998, un líder paramilitar bosnio croata, al que también se acusaba de violaciones de las leyes o usos de la guerra contra bosnios musulmanes. Se entendió, en este caso, que la tortura y los ultrajes contra la dignidad personal, incluida la violación, son crímenes de la competencia del Tribunal en razón de lo dispuesto en el art. 3 del Estatuto. Igual criterio se siguió en el caso *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, *Case N° IT-95-14/1-T, Jugement*, 25-VI-1999, un comandante de campo bosnio croata, a quien se acusó, en virtud de la responsabilidad como comandante, de violación de las leyes o usos de la guerra bajo la forma de ultraje contra la dignidad personal y malos tratos físicos y psicológicos a los detenidos, así como en el caso *The Prosecutor v. Goran Jelusic*, *Case N° IT-95-10-T, Jugement*, 14-XII-1999, a quien se acusaba de homicidio, tratos crueles y pillaje, como violaciones de las leyes o usos de la guerra, y homicidio y actos inhumanos, como crímenes de lesa humanidad.

toda situación de conflicto armado. Ahora bien, si estas obligaciones son mínimas y el Protocolo adicional II se adoptó para desarrollar y completar sus normas, ello ha de llevar a la conclusión de que el conflicto armado que no sea de índole internacional al que se aplica el artículo 3 común no necesariamente ha de reunir todos los recaudos que exige el Protocolo II para que sus disposiciones resulten pertinentes. Y a esta conclusión, precisamente, llegó el Tribunal para ex Yugoslavia, cuando estableció que un conflicto armado existe cada vez que se recurra a la fuerza armada entre Estados o la violencia armada se prolonga entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos en el territorio de un Estado³⁷. Esta última alternativa, por cierto, no está contemplada en el ámbito material de aplicación del Protocolo II, al no participar en los enfrentamientos fuerzas armadas gubernamentales, no obstante lo cual resulta obligatorio el respeto de lo dispuesto en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de 1949³⁸.

Por ello, y sobre la base de la práctica de los Estados, sus manuales militares, sus legislaciones internas tendientes a implementar las obligaciones asumidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, la intención del Consejo de Seguridad, la interpretación lógica de su Estatuto y el derecho consuetudinario, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia consideró que el derecho internacional general impone la responsabilidad penal también en caso de infracciones graves del artículo 3 común a los Convenios, sea por la falta de protección debida a las víctimas, sea por violar las reglas referidas a los métodos o medios de combate. Concluyó que tiene competencia sobre tales violaciones sin que al respecto resulte relevante que los actos alegados se hayan cometido en el contexto de un conflicto interno o internacional. Asimismo, profundizando esta interpretación, precisó que, en definitiva, conforme al derecho consuetudinario, esta norma, en tanto contiene las obligaciones mínimas que han de respetar las partes involucradas, resulta aplicable a cualquier tipo de conflicto, tenga éste o no carácter internacional³⁹.

37 TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case N° IT-94-I-AR 72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-I-AR72, 2-X-1995.

38 V. Tavernier, Paul, "La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, noviembre - diciembre 1997, pp. 645 y ss. Cabe señalar que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso Akayesu, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, Jugement, 2-IX-1998*, reiteró esta interpretación, al señalar que, en el derecho internacional humanitario, debe hacerse una clara distinción, en cuanto al ámbito de aplicación, entre las situaciones de conflicto armado internacional, en las que todas sus normas resultan pertinentes; situaciones de conflicto armado sin carácter internacional, en las que se aplican el artículo 3 común y el Protocolo adicional II; y los conflictos armados que no son de índole internacional, en los que sólo tienen pertinencia las disposiciones del artículo 3 común.

39 TPIY, *The Prosecutor v. Anton Furundzija, Case N° IT-95-17, Decision on the Defendant's Motions to dismiss counts 13 and 14 of the indictment (lack of subject matter jurisdiction)*, 29-V-1998; *The Prosecutor v. Zejin Delalic et al., Case N° IT-96-21-A, Jugement, 20-II-2001*, párr. 143.

Ampliación de la noción de “crímenes de guerra”

En consecuencia, dado que la competencia en razón de la materia atribuida por el Consejo de Seguridad a este Tribunal está referida a normas que al momento de su establecimiento formaban parte tanto del derecho internacional consuetudinario como convencional, cabe verificar, a través de sus decisiones, que, en los años transcurridos desde la institución del Tribunal de Nuremberg, la noción de crimen de guerra se ha visto ampliada. En efecto, ella se aplica no sólo a las violaciones graves del derecho internacional humanitario que se cometan en el contexto de una guerra propiamente dicha, sino también a aquellos actos que se perpetren en vinculación con un conflicto armado, tenga éste carácter internacional o no; y ello, aun cuando, en este último supuesto, la violencia armada que se prolonga solo tuviese como protagonistas a grupos armados organizados en el territorio de un Estado⁴⁰.

Esta interpretación se ve avalada si se considera que, al instituir el Consejo de Seguridad el Tribunal para Ruanda, le otorgó competencia, específicamente, para conocer no sólo en las violaciones del artículo 3 común a los Convenios, sino también en relación con el Protocolo II⁴¹; ambas normas son pertinentes en el supuesto de un conflicto armado sin carácter internacional. Este Tribunal estableció que la intensidad de este tipo de conflictos no depende de la opinión subjetiva de las partes involucradas y agregó que el artículo 3 común es de naturaleza consuetudinaria e impone responsabilidad penal individual por las violaciones graves. Es decir, violaciones de una norma que protege valores importantes y que acarrearán graves consecuencias para la víctima⁴².

En su Estatuto, se establece con carácter enunciativo y no limitativo que, entre otros actos, tales violaciones las constituyen los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles, tales como la tortura, la mutilación o toda forma de pena corporal; los castigos colectivos; la toma de rehenes; los actos de terrorismo; los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada, y cualquier forma de atentado al pudor; el pillaje; las condenas dictadas y las ejecuciones sin juicio previo ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como

40 V. Momtaz, Djamchid, “War crimes in non-international armed conflict under the Statute of the International Criminal Court”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, pp. 177 y ss., y Robinson, Darryl y von Hebel, Herman, “War crimes in internal conflicts: article 8 of the ICC Statute”, en *ibíd.*, pp. 193 y ss.

41 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, art. 4.

42 TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Jugement*, 2-IX-1998; cabe señalar, tal como lo hizo el Tribunal en esta sentencia, que Ruanda había ratificado los Convenios de Ginebra, el 5-5-1964, y el Protocolo adicional II, el 19-11-1984. Según uno de los testigos en el caso, el Gral. Dallaire, en el territorio de Ruanda, se desarrollaba una guerra civil entre las fuerzas gubernamentales (FAR) y las RPF bajo el comando del Gral. Kagame. Ambos grupos estaban organizados. Las RPF aumentaron su control sobre el territorio de Ruanda desde mediados de mayo de 1994, y se llevaron a cabo operaciones militares sostenidas hasta el cese del fuego del 18-7-1994, por lo que, en la sentencia, se entendió que se encontraban reunidos los requisitos para la aplicación del Protocolo II.

indispensables por los pueblos civilizados; y las amenazas de realizar los actos en cuestión. Resulta interesante señalar que las mencionadas violaciones constituyen conductas prohibidas en términos más o menos similares en el Protocolo II⁴³, así como en el artículo 3 común a los Convenios⁴⁴, con relación a todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad.

Ahora bien, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 establece que la protección se otorga a las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, sin discriminación alguna de índole desfavorable⁴⁵. El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia consideró que las violaciones de esta norma cometidas contra personas detenidas por fuerzas de la parte adversa, sea cual hubiese sido su participación en las hostilidades antes de ese momento, debían ser consideradas como cometidas contra miembros de fuerzas armadas puestos fuera de combate por la detención. Por ende, estas personas han de gozar de la protección de aquellas normas del derecho internacional consuetudinario aplicable a los conflictos armados tales como las contenidas en el mencionado artículo 3 común⁴⁶.

De los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* y de su jurisprudencia interpretativa del derecho internacional humanitario surge que las violaciones de las prohibiciones contenidas en el artículo 3 común a los Convenios constituyen crímenes de guerra que pueden tener por escenario toda situación de conflicto armado. Sin embargo, cabe tener presente que el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia trata, en dos normas distintas atributivas de su competencia, las violaciones de las leyes o usos de la guerra⁴⁷ y las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949⁴⁸. Con relación a estas últimas, se establece su capacidad para conocer en los actos allí enunciados que se cometan contra las personas o los bienes protegidos por las disposiciones de los Convenios. Esto es, que se trata de actos vinculados con un tipo de conflicto armado: los conflictos armados internacionales.

La cuestión del control

En este aspecto, el Tribunal puso de relieve que, para que esta disposición de su Estatuto fuese aplicable, a diferencia del supuesto referido a las violaciones de las leyes o usos de la guerra, el conflicto debía ser internacional, y señaló que un conflicto armado es internacional si se enfrentan dos o más Estados, pero que también tiene esta naturaleza cuando un tercer Estado interviene con sus tropas o alguna de las partes en el conflicto actúa en el interés de otro Estado. Recordó que paramilitares

43 Protocolo II, art. 4. 2.

44 Convenios, art. 3. 1, en particular, inc. d).

45 Convenios, art. 3. 1).

46 TPIY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et. al., Case N° IT-96-21, Judgement*, 16-11-1998.

47 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, art. 3.

48 *Ibíd.*, art. 2.

y otras tropas irregulares pueden ser considerados combatientes si pertenecen a una parte en conflicto; esto es, si esa parte ejerce un control sobre ellas y si existe una relación de dependencia y lealtad. Ahora bien, a juicio del Tribunal, el control requerido para que se pueda considerar que se trata de unidades que constituyen órganos *de facto* del Estado implica no sólo el financiamiento o el equipamiento, sino también la planificación y la supervisión de operaciones militares, aun cuando no sea necesario que las órdenes o instrucciones se refieran a cada acción militar en particular; es decir que se trata del ejercicio de control global⁴⁹.

Esta caracterización de un conflicto armado como internacional en razón de intervenir en un conflicto interno un tercer Estado que ejerce un control global con relación a una de las partes involucradas resulta particularmente relevante en lo que concierne a la aplicación del régimen de los Convenios de Ginebra de 1949 en materia de infracciones graves, puesto que, para tipificar una conducta como crimen de guerra, las víctimas han de ser personas protegidas en el sentido de estos tratados. Al respecto, cabe señalar que el art. 4 del IV Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra dispone que sus normas amparan a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén en caso de conflicto o de ocupación en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas. Es decir que una de las condiciones de su aplicación es que la persona detenida no sea “súbdita” de quien la detenta. Según el Tribunal para ex Yugoslavia y sobre la base del objeto y fin del IV Convenio, la protección debe extenderse a las personas que se encuentren en poder de una parte, siempre que ésta no les otorgue protección diplomática y los detenidos no le deban lealtad⁵⁰. Tal interpretación revela que, en este caso, se siguió el criterio de la nacionalidad efectiva, sentado de larga data por la Corte Internacional de Justicia⁵¹. Por ende, de ello cabe entender que sólo si la nacionalidad comporta un vínculo genuino entre la persona y el Estado, ésta produce efectos en el derecho internacional; en la especie, el efecto de impedir que el trato que se otorgue esté regulado por el derecho internacional humanitario⁵².

49 TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case N° IT-94-1-A, Judgement, 15-VII-1999*; TPIY, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case N° IT-95-14/1A, Judgement, 24-3-2000*, párr. 145-151.

50 TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case N° IT-94-1-A, Judgement, 15-7-1999*; TPIY, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case N° IT-95-14/1A, Judgement, 24-3-2000*, párr. 151-152.

51 CIJ, caso *Nottenbohm, Liechtenstein c. Guatemala, Recueil*, 1955.

52 El Tribunal, ante la prueba producida, en el caso *Tadic* consideró que las víctimas eran personas protegidas, ya que no le debían lealtad a la República Federativa de Yugoslavia y que el conflicto era internacional, pues actuaban las fuerzas armadas serbio bosnias en el interés de la República Federativa de Yugoslavia; y, en el caso *Aleksovski*, entendió que el conflicto era internacional, en razón de la participación de Croacia y de que las víctimas —bosnios musulmanes— eran personas protegidas. Agregó que, en ciertas circunstancias, ha de acordarse el carácter de persona protegida, a pesar del hecho de que se tenga la misma nacionalidad de los captores.

La relación con el conflicto armado

Los crímenes de guerra, entonces, conllevan violaciones graves de una norma internacional convencional o consuetudinaria que protege valores esenciales, que generan consecuencias graves para la víctima y comprometen la responsabilidad de la persona que la ha infringido. Estos crímenes han de perpetrarse en directa relación con el conflicto armado, sea internacional o no. Ahora bien, esta relación entre la conducta y el conflicto no implica necesariamente que los actos deban llevarse a cabo en el área donde se está combatiendo o durante el curso de un ataque. En efecto, la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario no depende de la voluntad de las partes involucradas, sino del hecho objetivo de la existencia de un conflicto armado⁵³. El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia precisó el alcance de las obligaciones asumidas a este respecto y señaló que el hecho de que los actos de la persona acusada deban relacionarse con el conflicto no implica que se hayan llevado a cabo en la zona donde se esté combatiendo, puesto que las leyes de la guerra se aplican en todo el territorio de las partes en conflicto o, en el caso de conflictos armados sin carácter internacional, en todo el territorio que se encuentre bajo el control de una las partes; y ello, hasta la conclusión de la paz o, en el segundo caso, hasta que se logre una solución pacífica de la cuestión que las enfrenta⁵⁴. En una decisión ulterior, al reiterar esta jurisprudencia, señaló que se puede tomar en cuenta una serie de factores a fin de determinar si los actos están suficientemente vinculados al conflicto para configurar un crimen de guerra. Así, serían indicios de tal vinculación el hecho de que quien lo perpetre sea un combatiente; el hecho de que la víctima sea un no combatiente; que sea un miembro de la parte adversa; el hecho de que pudiese alegarse que el acto podría servir al fin último de una campaña militar; o el hecho de que el crimen se cometió como parte o en el contexto de los deberes oficiales del imputado⁵⁵. Las víctimas pueden ser miembros de las fuerzas armadas enemigas, civiles de la parte adversa, o personas internacionalmente protegidas, es decir que no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades⁵⁶; los crímenes pueden cometerse sea mediante la violencia contra el ser humano, sea a través del empleo de métodos o medios de combate prohibidos.

53 El artículo 1 común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 establece la obligación del respeto de sus normas en todas las circunstancias.

54 TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case N° IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2-X-1995, párr. 70.

55 TPIY, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vucovic, Case N° IT-96-23 and IT-96-23/1A, Appeals Judgement*, 12-VI-2002, párr. 59.

56 TPIY, *The Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigid and Dragoljub Prac-Case N° IT-98-30/1-T, Judgement*, 2-11-2001, párr. 124.

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional

Muchos de los principios del derecho internacional humanitario puestos de relieve a través de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales, que interpretan las normas de sus Estatutos a la luz de la evolución de esta rama del ordenamiento jurídico positivo, así como disposiciones de tratados multilaterales adoptados con el fin de poner límites a la violencia, fueron tomados en cuenta cuando la Conferencia reunida en Roma en 1998 bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En efecto, a este Tribunal se le atribuye jurisdicción para conocer respecto de las personas naturales⁵⁷ cuando la conducta de que se trate constituya en el momento en que tiene lugar un crimen de su competencia⁵⁸; el cargo oficial de una persona no es considerado como un eximente de su responsabilidad⁵⁹; y, a la par que se establece la responsabilidad de los jefes así como la de otros superiores⁶⁰, se dispone que –en principio– la obediencia a órdenes emitidas por un gobierno o un superior tampoco es un eximente de responsabilidad⁶¹.

La Corte goza de competencia para conocer —entre otros crímenes— en los crímenes de guerra⁶². La lista de los que se incluyen en el Estatuto es, por cierto, la más extensa. Sin embargo, en algún modo se les otorga un régimen especial, puesto que un Estado, al expresar su consentimiento en obligarse por el tratado, puede declarar que, durante un período de siete años, contados a partir de la fecha en que entre en vigor a su respecto, no acepta la competencia de la Corte en esta materia cuando se denuncie la comisión de uno de estos crímenes por sus nacionales o en su territorio⁶³. Por otra parte, sólo con relación a ellos es posible que el acusado alegue como eximente de responsabilidad una orden emitida por un gobierno o un superior si estaba obligado por ley a obedecerla, no supiera que la orden era ilícita y ésta no fuera manifiestamente ilícita⁶⁴. Asimismo, también sólo en materia de crímenes de guerra cabe invocar con el mismo alcance la legítima defensa, no ya de la persona sino de la propiedad, cuando se tratase de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar⁶⁵.

En el Estatuto de la Corte, reflejando la evolución del derecho consuetudinario puesta de manifiesto en los Estatutos y en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, se contemplan cuatro categorías de crímenes de guerra; dos de ellas aplicables a los conflictos armados internacionales⁶⁶ y dos referidas a los que no tienen carácter

57 Estatuto de la CPI., arts. 1 y 25.

58 *Ibid.*, arts. 22 y 23.

59 *Ibid.*, art. 27.

60 *Ibid.*, art. 28.

61 *Ibid.*, art. 33.

62 *Ibid.*, art. 5.

63 *Ibid.*, art. 124.

64 *Ibid.*, art. 33.

65 *Ibid.*, art. 31. 1. c).

66 *Ibid.*, art. 8. 2 a) y b).

internacional⁶⁷. Sin embargo, en los Elementos de los Crímenes, adoptados por la Asamblea de los Estados Partes para ayudar en la aplicación e interpretación de los que se confían a la competencia de este Tribunal⁶⁸, se precisa que no se exige que el autor de un crimen de guerra haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional, ni tampoco que tenga conocimiento de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional sino, únicamente, que tenga el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia del conflicto armado, puesto que un crimen de guerra ha de tener lugar en el contexto de ese tipo de conflictos y ha de estar relacionado con él.

Ahora bien, aun cuando en derecho consuetudinario los crímenes de guerra puedan cometerse por una persona a título individual y sin que se le haya ordenado llevar a cabo el acto, para que la Corte ejerza su competencia en este tipo de crímenes se requiere en el Estatuto que “en particular se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”⁶⁹. El término “en particular” dejaría abierta la interpretación del alcance de esta norma a la propia Corte, ya que todo juez es juez de su propia competencia y en base a ello, eventualmente, habría de decidir si, en derecho, corresponde entender en casos individuales⁷⁰.

La primera categoría de crímenes contemplada en situación de conflicto armado internacional está referida a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados⁷¹. En los Elementos de los Crímenes, siguiendo la jurisprudencia interpretativa del Tribunal para ex Yugoslavia, se precisa que no es necesario que el autor tenga conocimiento de la nacionalidad de la víctima, sino que es suficiente que sepa que pertenecía a la otra parte en el conflicto porque, por ejemplo, aún teniendo la misma nacionalidad del autor, el Estado de la nacionalidad no la protege por pertenecer a una etnia distinta de la mayoría. La segunda categoría de crímenes considera otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales “dentro del marco establecido de derecho internacional”⁷². La referencia al derecho internacional podría dar lugar a que se interpretase que un individuo incurriría en responsabilidad, en la medida en que violase principios del derecho internacional humanitario, tales como el principio de distinción entre combatientes y civiles, el de proporcionalidad o el de la necesidad militar.

Los crímenes que se tipifican están vinculados al “derecho de La Haya”⁷³ y son considerados crímenes de guerra en el Protocolo adicional I a los Convenios

67 Ibid., art. 8. 2 c) y e).

68 Ibid., art. 9.

69 Ibid., art. 8. 1.

70 Von Hebel, H. and Robinson, D., “Crimes Within the Jurisdiction of the Court”, en Lee, Roy (ed.), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, en particular sobre este tema, p. 124.

71 Estatuto de la CPI, 8.2 a) i) a viii).

72 Ibid., art. 8. 2 b).

73 Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a la Convención de 1907, arts. 23, 28.

de Ginebra de 1949⁷⁴. Sin embargo, también se incluyen en esta categoría actos violatorios de la protección debida a las misiones de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, a condición de que éstas se estén llevando a cabo de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; es decir, siempre que no participen directamente en las hostilidades⁷⁵. Por otra parte, los ataques intencionales, lanzados a sabiendas de que causarán daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, a condición de que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea⁷⁶, y los dirigidos, también intencionalmente, contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares comportan, asimismo, crímenes de guerra de competencia de la Corte⁷⁷. Resulta interesante señalar, en directa vinculación con las normas que específicamente protegen los bienes culturales en caso de conflicto armado, que esta disposición del Estatuto sólo está referida al ataque intencional contra un único tipo de estos bienes; los edificios dedicados a las artes o monumentos. Por ende, parecerían no considerarse los campos arqueológicos, los libros u otros bienes muebles o inmuebles que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos⁷⁸. El traslado, directa o

74 Protocolo adicional I relativo a las víctimas de los conflictos armados internacionales, arts. 11, 85. 2.3. y 4, aun cuando no se reitere plenamente el lenguaje de estas disposiciones.

75 *Ibid.*, art.8.2 b) iii; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, 1994.

76 *Ibid.*, art. 8. 2 b) iv; en el Protocolo I, art. 35. 3 —como una norma fundamental— se prohíbe el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural y, específicamente, en el art. 55, se dispone que, en la realización de la guerra, se velará por la protección del medio ambiente natural contra tal tipo de daños y se prohíben los ataques contra el medio ambiente natural como represalias. En el ámbito de la ONU, se adoptó, en 1976, la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles; Argentina expresó su consentimiento en obligarse por este tratado en 1987.

77 Estatuto de la CPI, art. 8. 2.b) ix).

78 Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, art. 1; en el Protocolo 2 de 1999 a esta Convención, arts. 10 y 15, se establece la obligación de los Estados Partes de considerar como delito en sus legislaciones internas, entre otros actos, hacer objeto de un ataque un bien cultural —tal como se define en la Convención— que sea un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad; esté protegido por medidas nacionales que reconozcan su valor cultural e histórico y garanticen su protección en el más alto grado; y que no sea utilizado con fines militares o para proteger instalaciones militares, habiendo declarado oficialmente la Parte que lo controla que no se utilizará para esos fines. En el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 85. 4 d), se establece como crimen de guerra el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial cuando no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar y no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares. El Tribunal para ex Yugoslavia, basándose en el Protocolo I, arts. 52 y 53 que contemplan la protección general de los bienes de carácter civil y la protección de los bienes culturales y de los lugares de culto, entendió que hay dos tipos de protección; una general y otra especial. La primera se aplica a todos los bienes de carácter civil y, en virtud de ella, estos bienes no han de ser objeto de ataque ni de represalias a menos que, en las circunstancias del

indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio, también se tipifica como crimen de guerra⁷⁹. Otras disposiciones de este inciso se refieren a la prohibición del empleo de ciertas armas —veneno, gases asfixiantes, tóxicos o similares, balas expansivas— ya contemplada en instrumentos internacionales de 1899 y 1925 que han pasado a formar parte del derecho consuetudinario⁸⁰. En cambio, con relación a armas modernas —como el arma nuclear, las minas antipersonales o las armas químicas o biológicas— que por su propia naturaleza causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados, su empleo sólo será un crimen de competencia de la Corte si en un futuro fuesen objeto de una prohibición completa y fuesen incluidos en un Anexo al Estatuto adoptado luego de siete años de que éste se encuentre en vigor por la Asamblea de Estados Partes o en una Conferencia de Revisión⁸¹. Otra norma importante a la luz de hechos

caso, constituyan un objetivo militar que ofrezca al atacante una ventaja militar definida. La protección especial, en cambio, ampara los bienes culturales y los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, caso en el cual la prohibición de cometer actos de hostilidad contra ellos es absoluta. A juicio del Tribunal, las escuelas y los lugares de oración están amparados por la protección general; TPIY, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, Case N° IT-95-14/2-A, Appeal Judgement*, 17-XII-2004, párrs. 89-90.

- 79 Estatuto de la CPI, art. 8. 2 b) viii, norma que en la opinión de Israel, al adoptarse el texto del Estatuto en la Conferencia de Roma, no reflejaba el derecho consuetudinario vigente en ese momento, puesto que no sólo contempla el traslado de población en el territorio ocupado, sino también el traslado por la potencia ocupante de su propia población al territorio ocupado, lo que —según expresó este Estado— motivaría que votase en contra del texto del tratado. Sin embargo, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia sostuvo que la deportación o el traslado ilegal de civiles pueden tipificarse como un crimen de guerra, ya que se trata de una infracción grave del Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. El Tribunal puntualizó que el elemento material del crimen lo constituye una acción u omisión que tenga por objeto la transferencia de la persona del territorio ocupado o en el territorio ocupado que no se base en la seguridad de la población o en imperiosas razones militares. El elemento subjetivo es la intención de quien lo perpetre de transferir a la persona; TPIY, *The Prosecutor v. Naletilic and Martinovic, Case N° IT-98-34-T, Judgement*, 31-III-2003, párrs. 519-521
- 80 Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, 1925; Declaración de La Haya de 1899, que prohíbe el empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano.
- 81 Estatuto de la CPI, art. 8.2. b) xx); ello no obstante, cabría tener en cuenta la adopción, en el ámbito del derecho internacional humanitario, de tratados multilaterales que limitan medios de combate: Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y su destrucción, 1972; Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, 1980, y sus Protocolos anexos: Protocolo I sobre fragmentos no localizables, Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, Protocolo III sobre Prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias, Protocolo IV sobre armas láser cegadoras, Protocolo sobre Prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos según fue enmendado en 1996; Convención sobre la prohibición el desarrollo, la producción el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, 1993; Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, 1997; Enmienda a la Convención sobre Prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, con sus protocolos I, II y III, 1980; Protocolo sobre los restos explosivos de guerra, 2003.

recientes en el escenario internacional es la que considera crimen reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. El antecedente de esta disposición es la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949⁸². Cabe señalar que otras conductas prohibidas en los Convenios o en el Protocolo I, que sin embargo no se incluyen en esos tratados como infracciones graves o crímenes de guerra y que establezcan la responsabilidad penal individual de quienes incurran en ellas, en el Estatuto de la Corte se les atribuye tal carácter. Así, los atentados contra la dignidad de las personas, especialmente tratos humillantes y degradantes⁸³; los actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra⁸⁴; la prohibición de utilizar la presencia de civiles u otras personas protegidas para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares⁸⁵; la prohibición de hacer padecer hambre intencionalmente a la población civil como método de guerra⁸⁶ o dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional⁸⁷.

En lo que hace a los crímenes de guerra que se cometan en un conflicto armado que no sea de índole internacional, también se contemplan dos categorías. La primera la constituyen las violaciones graves del artículo 3 común de los Convenios⁸⁸; se señala que estas normas no se aplican a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos⁸⁹. La segunda está referida a otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional dentro del marco establecido de derecho internacional⁹⁰. Al respecto, se especifica que estas normas son pertinentes en los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado, cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados

82 *Ibid.*, art. 8.2. b) xxvi); Convención, art. 38 y Protocolo I, art. 77.

83 *Ibid.*, art. 8.2. b) xxi); Protocolo I, art. 75. 2 b).

84 *Ibid.*, art. 8.2. b) xxii); Convenio IV, art. 27.

85 *Ibid.*, art. 8.2. b) xxiii); Convenio IV, art. 28; Protocolo I, art. 51. 7.

86 *Ibid.*, art. 8.2. b) xxv); Protocolo I, art. 54. 1.

87 *Ibid.*, art. 8.2. b) xxiv); Convenios, I/ 19, 20, 24, 35, 53; II/ 22, 23, 36, 39, 41 a 45; IV/ 18, 20 a 22; Protocolo I, arts. 8, 12, 18, 21, 22, 24, 38, 85. 3. f) en cuanto tipifica como crimen de guerra el uso pèrfido del emblema; cabe señalar que estos emblemas, de la cruz roja o de la media luna roja, ocupan un lugar importante en el derecho internacional humanitario, puesto que, en tiempos de conflicto armado, son la manifestación visible de la protección que se confiere en los Convenios y en los Protocolos adicionales al personal sanitario y a las unidades y medios de transporte sanitario, y los Estados deben adoptar medidas internas que regulen su uso.

88 Estatuto de la CPI, art. 8. 2 c).

89 *Ibid.*, art. 8.2. d), Protocolo II, art. 1. 2.

90 *Ibid.*, art. 8.2. e).

o entre tales grupos⁹¹, con lo que —a este efecto— no resulta requisito para tipificar el conflicto la participación de fuerzas armadas gubernamentales. En esta categoría, se incluyen como crímenes de guerra algunos de los actos prohibidos en el Protocolo adicional II a los Convenios de 1949 que se dirijan intencionalmente contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades⁹², así como contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilice los emblemas distintivos de la Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional⁹³, al igual que contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición —en este caso— de que no sean objetivos militares⁹⁴. Asimismo, se tipifican como crímenes de guerra los crímenes sexuales y de género⁹⁵; la prohibición de reclutar o alistar niños menores de 15 años, sea en las fuerzas armadas o en los grupos armados, o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades⁹⁶; la de ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas⁹⁷; saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto⁹⁸; y someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud⁹⁹. Por último, se incluyen como crímenes de guerra en situación de conflicto armado que no es de índole internacional ciertas prohibiciones referidas a los métodos de combate provenientes del Reglamento anexo a la Convención IV de La Haya de 1907 -tales como matar o herir a traición a un combatiente adversario¹⁰⁰, declarar que no se dará cuartel¹⁰¹ o destruir o apoderarse de bienes de un adversario a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo¹⁰², así como la prohibición de dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o asistencia

91 *Ibid.*, art. 8.2. f).

92 *Ibid.* d., art. 8.2. e) i); Protocolo II, arts. 13, 2.

93 *Ibid.*, art. 8.2. e) ii); Protocolo II arts. 9, 10, 11. 1 y 12 segunda parte.

94 *Ibid.*, art. 8.2. e) iv); Protocolo II art. 16.

95 *Ibid.*, art. 8.2.e) vi) siempre que también constituyan una violación grave al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

96 *Ibid.*, art. 8.2. e) vii); Protocolo II, art. 4.3 c).

97 *Ibid.*, art. 8.2. e) viii); Protocolo II, art. 17.

98 *Ibid.*, art. 8.2. e) v); Protocolo II, art. 4. 2 g).

99 *Ibid.*, art. 8.2. e) xi); Protocolo II, art. 5. 2 e).

100 *Ibid.*, art. 8.2. e) ix); Reglamento, art. 23 b).

101 *Ibid.*, art. 8.2. e) x); Reglamento, art. 23 d) y Protocolo II, art. 4.1, último párrafo.

102 *Ibid.*, art. 8.2. e) xii); Reglamento, art. 23 g).

humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados¹⁰³.

Conclusiones

Las infracciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra que comprometen la responsabilidad penal individual de quienes, por acción u omisión, incurran en ellas.

Por cierto, este ordenamiento jurídico es aplicable en situación de conflicto armado internacional. Esto es, si se recurre a la fuerza armada entre Estados. Pero también puede ser pertinente en un conflicto que surja en el territorio de un Estado cuando un tercer Estado interviene con sus tropas o alguna de las partes actúe en el interés de otro Estado que ejerce sobre ella un control global.

Las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, en cambio, no constituyen su ámbito de aplicación, ya que es responsabilidad del Estado mantener o restablecer el orden público o defender la unidad territorial. Sin embargo, si la violencia armada se prolonga entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el territorio de un Estado las partes involucradas tienen los derechos y los deberes que establece el derecho internacional humanitario y, por ende, incurrir en las conductas que se prohíben también constituye crimen de guerra.

A los Estados corresponde, en primer lugar, el juzgamiento de los culpables, pero si no desean o no están en condiciones de ejercer su jurisdicción, la práctica revela la institución de tribunales penales internacionales a fin de que quienes incurran en las conductas prohibidas no queden sin castigo, cualquiera sea el contexto en que las violaciones se llevaron a cabo. Sancionar a los responsables torna evidente la efectiva aplicación del derecho, pues otorga plena eficacia a normas que interesan a la comunidad toda. Quizás en un futuro ello permita dar mejor protección a las víctimas, si acaso fuese utópico pensar que el ser humano se decidiese a erradicar definitivamente la violencia.

103 *Ibíd.*, art. 8. 2 e) iii); Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, 1994.

Acerca de la cooperación de los Estados que no son partes en la Corte Penal Internacional

Zhu Wenqi

Zhu Wenqi es profesor de Derecho Internacional en la Escuela de Derecho de la Universidad Renmin de China

Resumen

Antes de la creación de la Corte Penal Internacional (CPI), la atención de la comunidad internacional se centraba en temas como el significado del establecimiento de la Corte, la importancia de aplicar la justicia penal internacional y el momento de la entrada en vigor del Estatuto de Roma. Una vez instaurada la Corte, la atención se fue trasladando, naturalmente, a cuestiones prácticas, por ejemplo, si la CPI podría funcionar normalmente y cumplir su misión histórica. La cuestión de si la CPI puede funcionar eficazmente y cumplir su cometido depende, en gran medida, del alcance y del grado de cooperación de los Estados. Esa cooperación concierne no sólo a los Estados Partes en la CPI, sino también a los que no son partes. En este artículo, se examina la obligación de cooperar que, con arreglo al derecho internacional, incumbe a los Estados que no son partes, las perspectivas de la cooperación y las consecuencias jurídicas de la falta de cooperación. El autor sostiene que, más allá del principio general del derecho de los tratados, según el cual los tratados son vinculantes sólo para los Estados Partes, cuando la cooperación con la CPI se analiza a la luz de otros principios generales de derecho internacional, ya no es voluntaria sino obligatoria, en el sentido del derecho internacional consuetudinario. Así pues, aunque un Estado no sea parte en la CPI, en algunas circunstancias puede estar sujeto a la obligación de cooperar con ese órgano.

.....

El 11 de abril de 2002, el número de Estados que había ratificado el Estatuto de Roma era superior al necesario para su entrada en vigor¹, lo que permitió la instauración formal de la Corte Penal Internacional (CPI) el 1 de julio de 2002². La creación de un tribunal penal internacional permanente puede describirse como uno de los sucesos más importantes en la historia de las relaciones internacionales contemporáneas y del derecho internacional. Refleja el verdadero *status quo* en el mundo después de la caída del muro de Berlín y el final de la Guerra Fría entre el bloque del Este y el Oeste en 1989-1991, y es un logro concreto en el desarrollo del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos. Inevitablemente, también tendrá amplias repercusiones en la evolución del orden internacional y del derecho internacional en general.

Antes de la creación de la Corte Penal Internacional, la atención de la comunidad internacional se centraba en temas como el significado del establecimiento de la Corte, la importancia de aplicar la justicia penal internacional y la fecha en que podría entrar en vigor el Estatuto de Roma. Tras la instauración de la Corte, la atención se fue trasladando, naturalmente, a cuestiones prácticas, por ejemplo, si la Corte podría funcionar normalmente y desempeñar su misión histórica.

Para que la CPI pueda funcionar normalmente y ser eficaz, es necesario que se cumplan ciertas condiciones fundamentales. Además de las condiciones según las cuales se ha de disponer de un presupuesto financiero y personal profesional adecuados, la cooperación de los Estados es otro factor indispensable. La CPI difiere de los tribunales nacionales en que carece de una fuerza policial de su competencia; tampoco cuenta con sus propias fuerzas armadas. Aunque parece particularmente poderosa porque puede dictar autos de acusación y enjuiciar a personas sospechosas de haber cometido delitos de índole internacional, no puede tomar medidas judiciales, como detener a los acusados imputados en los autos de acusación. Además, durante las investigaciones, la tramitación de los juicios y la ejecución de las sentencias, la CPI está obligada a depender de la cooperación de los Estados en ámbitos como la asistencia en la investigación y la recopilación de pruebas, las detenciones, el traslado de los acusados y la ejecución de las sentencias. Puede decirse, en consecuencia, que el funcionamiento eficaz de la CPI y el logro de su cometido dependen, en gran medida, del grado de cooperación de los Estados.

La cooperación que la CPI necesita de los Estados atañe a todos los aspectos, porque requiere la colaboración de Estados tanto grandes como pequeños; de los Estados europeos, asiáticos, africanos y otros; así como de Estados Partes y

1 El art. 126 del Estatuto de Roma dispone lo siguiente: "El presente Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión". El 11 de abril de 2002, nueve Estados ratificaron o se adhirieron al Estatuto de la CPI, elevando, de una vez, de 57 a 66 el número de Estados que habían ratificado o se habían adherido al Estatuto. Con respecto a los nombres de esos Estados, véase el Monitor de la CPI, publicación de la Coalición de ONG por la Corte Penal Internacional, edición n.º 28, noviembre de 2004, en <<http://www.iccnw.org>> (consultado el 1º de marzo de 2006).

2 Con respecto a los antecedentes de la creación de la CPI, v. <<http://www.un.org/international-law/icc>> (consultado el 1 de marzo de 2006).

de Estados que no son partes en el Estatuto de la CPI (en lo sucesivo, “Estados que no son partes”). Obviamente, la CPI espera contar con la cooperación necesaria de todos los Estados pertinentes durante el curso de las investigaciones judiciales y los juicios. Un factor clave para el éxito de la Corte es que los Estados puedan satisfacer sus solicitudes de cooperación.

La cuestión de la cooperación con la Corte es un tema de índole sumamente práctica, que se relaciona con la soberanía de los Estados. En el presente artículo, se analiza la obligación de los Estados que no son partes de cooperar con la CPI, desde la doble perspectiva de la teoría y la práctica.

La obligación de cooperar de los Estados que no son partes, en el marco del derecho internacional

En principio, los tratados son vinculantes sólo para los Estados Partes. Para los Estados que no son partes, los tratados no crean ni obligaciones ni derechos (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) a terceros. En consecuencia, de conformidad con el principio general del derecho de los tratados, refrendado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la obligación de cooperar de los Estados que no son partes es diferente de la que incumbe a los Estados Partes.

En el Estatuto de Roma, las disposiciones sobre la obligación de cooperar son diferentes para los Estados Partes y los Estados que no son partes. En el artículo 86 del Estatuto hay una disposición general sobre la cooperación y la asistencia judicial entre Estados. En dicho artículo, se dispone lo siguiente: “Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”.

El artículo 87(5) es una disposición sobre la cooperación con la CPI por los Estados que no son partes, y se estipula: “La Corte podrá invitar a cualquier Estado que no sea parte en el presente Estatuto a prestar la asistencia prevista en la presente parte sobre la base de un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada”.

Sólo los Estados Partes están obligados a cooperar. Esta obligación corresponde a los principios generales del derecho convencional. En el artículo 35 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969, se dispone claramente que “una disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación”. En el artículo 34 de dicha Convención también se dispone, sin dejar lugar a dudas, que un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento. Éste también es uno de los principios generales del derecho convencional.

Precisamente por esta razón, en el Estatuto de Roma se establecen disposiciones diferentes para los Estados Partes y para los que no son partes sobre la

cuestión de la cooperación de los Estados. La CPI “estará facultada” para formular “solicitudes de cooperación” a los Estados Partes y éstos están obligados a “cooperar plenamente” con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes. Pero a los Estados que no son partes, la Corte sólo podrá “invitarlos” a “prestar asistencia” sobre la base de un arreglo especial³. El término “invitar” demuestra que la cooperación con la CPI de los Estados que no son partes corresponde a la categoría jurídica de la mera cooperación de “naturaleza voluntaria”.

Las disposiciones más arriba citadas son principios y normas generales del derecho internacional convencional. Sin embargo, si la cooperación de los Estados que no son partes con la CPI se analiza en relación con la autoridad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la competencia de la CPI o los principios generales de derecho internacional, esa cooperación puede, en determinados casos, constituir una obligación imperativa.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la CPI

En ciertos casos, los Estados que no son partes pueden tener la obligación imperativa de cooperar con la CPI, básicamente a causa de la relación que existe entre el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la CPI, y la autoridad del Consejo de Seguridad que dimana de la Carta de las Naciones Unidas. La autoridad del Consejo de Seguridad está estrechamente vinculada con las disposiciones del Estatuto de Roma que establecen la competencia de la CPI.

Según el artículo 1 del Estatuto de Roma, la función de la CPI “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales” (el “principio de complementariedad”). La Parte II del Estatuto proporciona una descripción más pormenorizada del sistema de competencia específico de la Corte. Sus puntos principales comprenden las siguientes disposiciones:

- (1) La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, esto es: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, y el crimen de agresión⁴.
- (2) El Estado que pase a ser Parte en el Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes citados; un Estado que no sea parte podrá, mediante declaración, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate⁵.
- (3) La Corte podrá ejercer su competencia si el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar el crimen, o el Estado del que sea nacional la persona acusada del crimen, es parte en el Estatuto de Roma, o es un Estado que no es

3 Art. 87(5) del Estatuto de Roma.

4 *Ibíd.*, art. 13.

5 *Ibíd.*, art. 12, párr. 3.

- parte pero que ha aceptado la competencia de la Corte⁶. Sin embargo, la Corte tiene competencia sobre todos los casos que le remita el Consejo de Seguridad.
- (4) Hay tres situaciones en las que la Corte podrá ejercer su competencia: (i) cuando un Estado Parte remite un caso al fiscal; (ii) cuando el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite un caso al fiscal; o (iii) cuando el propio fiscal inicia una investigación basándose en material pertinente⁷.
 - (5) La Corte resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, o cuando la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia y el Estatuto de la Corte no permita realizar el juicio⁸.

Así pues, para que la CPI ejerza su competencia, no sólo el fiscal de la Corte puede poner en marcha el mecanismo de investigación y enjuiciamiento; también pueden hacerlo los Estados Partes y el Consejo de Seguridad, remitiendo a la CPI situaciones en las que hayan tenido lugar uno o más crímenes. Dado que los Estados, sean o no Partes en el Estatuto de Roma, son casi todos miembros de los organismos de las Naciones Unidas, cuando el Consejo de Seguridad remite un caso a la Corte para su investigación y enjuiciamiento, involucra a los Estados Miembros de las Naciones Unidas. En otras palabras, la remisión de un caso trae consigo la obligación de cooperar, tanto para los Estados Partes en la CPI como para los que no son Partes.

La autoridad del Consejo de Seguridad deriva de la Carta de las Naciones Unidas. En virtud del artículo 25 de la Carta, todas las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad son vinculantes para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Por lo tanto, cuando el Consejo de Seguridad remite a la CPI un caso penal relacionado con el mantenimiento de la paz mundial, puede solicitar a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas que cooperen con la Corte en la investigación de ese caso. Debido a la naturaleza del Consejo de Seguridad, esas solicitudes son vinculantes para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Ya hubo algunos casos que demuestran el importante papel que el Consejo de Seguridad y sus solicitudes de cooperación desempeñan con respecto a la CPI.

En vista de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad que se cometieron en la región de Darfur, en Sudán, la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentó un informe al secretario general de las Naciones Unidas el 25 de enero de 2005, donde recomendaba que el Consejo de Seguridad remitiera la situación de Darfur a la CPI porque “el sistema judicial de Sudán no

6 Ibid., art. 12, párrs. 1–2

7 Ibid., arts. 13–15.

8 Ibid., arts. 1 y 17.

ha sido capaz de enjuiciar los crímenes que se cometieron en la región de Darfur ni de obligar a los perpetradores a asumir la responsabilidad de sus crímenes, y el Gobierno no está dispuesto a hacerlo”⁹.

Tras recibir el informe, el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el 31 de marzo de 2005 aprobó la resolución 1593, en la que decidió “remitir la situación en Darfur desde el 1 de julio de 2002 al fiscal de la Corte Penal Internacional”¹⁰. El Consejo de Seguridad decidió asimismo que “el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte y el fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente resolución y, aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto, exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente”¹¹.

La aprobación de la resolución 1593 relativa a la situación en Darfur fue el primer caso en que el Consejo de Seguridad puso en marcha el mecanismo de investigación de la CPI con arreglo al artículo 13 (b) del Estatuto. Si bien Sudán es el Estado afectado por la aplicación de esa resolución, no es un Estado Parte en el Estatuto de la CPI. Aunque se opuso a la resolución del Consejo de Seguridad¹², como Estado Miembro de la ONU, Sudán debe respetar las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, obedecer la resolución del Consejo de Seguridad cooperando con la Corte.

La declaración contenida en la resolución 1593 de que “el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte y el fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente resolución” muestra a las claras que todos los Estados que no son partes, Sudán incluido, deben cooperar con la CPI y prestarle asistencia como corresponde.

Los derechos y las obligaciones de los Estados que no son partes se relacionan con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y con los mecanismos de su tratado. De acuerdo con el principio de la “competencia complementaria” establecido en el Estatuto de la Roma, cualquier Estado interesado puede impugnar la competencia de la CPI. Si Sudán se opone a la investigación y al enjuiciamiento por la CPI y puede demostrar que realmente está dispuesto a ejercer competencia con arreglo a dicho principio, y que es capaz de hacerlo, la CPI no tendrá competencia. Sin embargo, en el debate sobre el principio de la “competencia complementaria” *per se*, dado que se exige a los Estados que no son partes contratantes someterse a los procedimientos previstos en el Estatuto de Roma y actuar en consecuencia, se

9 “Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General de las Naciones Unidas”, 25 de enero de 2005, en <http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf> (consultado el 1 de marzo 2006).

10 Párr. 1 de la resolución 1593 del Consejo de Seguridad, del 31 de marzo de 2005.

11 *Ibid.*, párr. 2.

12 Beijing Evening News, 1 de abril de 2005, p. 8.

ha indicado que esos Estados también están obligados a cumplir las obligaciones estipuladas en el Estatuto. Podría decirse que ésta es una nueva faceta del principio jurídico tradicional de que “un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer estado”.

La obligación de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario

Los Estados que no son partes en la CPI están obligados a cooperar con ella no sólo en los casos remitidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sino también en virtud de las disposiciones de los Convenios de Ginebra por las cuales los Estados están obligados a “respetar y hacer respetar” el derecho internacional humanitario (DIH).

Los crímenes que incumben a la competencia de la CPI están comprendidos en la categoría de los crímenes internacionales más graves, incluidos los crímenes de guerra. Como se indica en el artículo 8 del Estatuto de Roma, se entiende por “crímenes de guerra” las “infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”. En consecuencia, en lo que respecta a los crímenes de guerra, existe una estrecha relación entre el Estatuto de Roma y los Convenios de Ginebra de 1949.

Casi todos los Estados del mundo han ratificado o se han adherido a los Convenios de Ginebra de 1949¹³, los cuales, indiscutiblemente, han pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario. En el artículo 1 común a los Convenios y el correspondiente artículo 1 de su Protocolo I se establece la obligación de respetar y hacer respetar el DIH: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio [Protocolo] en todas las circunstancias”. Por lo tanto, de acuerdo con esa disposición, los Estados contratantes no sólo deben respetar sino también hacer respetar los Convenios de Ginebra y el Protocolo I.

Dado que hace hincapié en la especial naturaleza del sistema jurídico del DIH (sistema en el que no se establecen compromisos aplicables a partir de las relaciones recíprocas), el significado particular de esa disposición es exigir la cooperación de los Estados no contratantes. En tanto que las cláusulas de reciprocidad del derecho internacional son vinculantes para cada Estado parte sólo cuando los otros Estados partes cumplen sus obligaciones, la naturaleza absoluta de las normas del DIH hace de éstas obligaciones que se asumen frente a la comunidad internacional en su conjunto, y cada uno de los miembros de ésta tiene derecho a exigir que esas normas sean respetadas.

En su decisión del 27 de junio de 1986 sobre el caso *Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) señaló lo siguiente: “Conforme a los términos del artículo 1 de los Convenios de Ginebra, el Gobierno de Estados Unidos tiene la obligación de “respetar” los Convenios e incluso “hacerlos respetar en toda

13 En fecha del 31 de marzo de 2005, 191 Estados habían ratificado o se habían adherido a los Convenios de Ginebra de 1949. V. <www.icrc.org> (consultado el 1 de marzo 2006).

circunstancia”, ya que tal obligación no sólo dimana de los propios Convenios sino de los principios generales del derecho humanitario, a los cuales los Convenios meramente confieren una expresión concreta.”¹⁴

Por ende, el artículo común 1 se basa en el derecho consuetudinario y determina que cada Estado, haya ratificado o no un tratado, tiene obligaciones que debe asumir. Basándose precisamente en este fundamento teórico, la CIJ afirmó que “por lo tanto, Estados Unidos se encuentra en la obligación de no alentar a las personas o grupos que participan en el conflicto en Nicaragua a violar las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”¹⁵.

Dado que Estados Unidos distribuía manuales de operaciones militares entre las fuerzas militares nicaragüenses que luchaban contra el Gobierno (los “contras”), alentándolos a actuar en una forma contraria a los principios generales del DIH, obviamente estaba infringiendo su responsabilidad negativa de no alentar violaciones del derecho humanitario, porque la obligación de respetar y hacer respetar el DIH es una obligación doble que incumbe a todos los Estados. “Respetar” significa que los Estados deben hacer todo lo posible por garantizar que sus organizaciones y todos los que se encuentren en su jurisdicción respeten las normas del derecho internacional humanitario. “Hacer respetar” significa que todos los Estados, independientemente de que sean o no partes en un conflicto, deben adoptar todas las medidas posibles para asegurar que todas las personas, particularmente las partes en el conflicto, respeten esas normas.

Las reiteradas exhortaciones de la mayoría absoluta de los Estados Miembros del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General de las Naciones Unidas y los Estados Partes en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en pro de la aplicación de los principios del artículo común 1 y solicitando a terceros Estados oponerse a las medidas adoptadas por Israel en los territorios ocupados que violan las disposiciones de dichos Convenios, se basan precisamente en esa obligación de todos los Estados: “hacer respetar” el DIH “en todas las circunstancias”¹⁶.

La disposición contenida en el artículo común 1, que obliga a hacer respetar el DIH, significa que los Estados están autorizados a actuar cuando se violan las normas del DIH. Esa posibilidad de actuar también se interpreta a partir del artículo 89 del Protocolo adicional I, en el que se dispone: “En situaciones de violaciones graves de los Convenios o del presente Protocolo, las Altas Partes contratantes se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”. En consecuencia, su ámbito de aplicación es muy amplio, ya que no sólo promueve el cumplimiento de las normas del DIH, sino que también exige responder a comportamientos

14 Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos de América), Fondo del asunto, Sentencia, CIJ, 1986 Reports, p. 114, párr. 220.

15 *Ibid.*

16 V. el párr. 5 de la resolución 681 (1990) del Consejo de Seguridad, del 20 de diciembre de 1990; las resoluciones del Consejo de Seguridad ES-10/2, del 25 de abril de 1997, ES-10/3, del 15 de julio de 1997, y ES-10/6, del 9 de febrero de 1999, así como el informe del presidente de la Reunión de expertos sobre la aplicación del IV Convenio de Ginebra, celebrada en Ginebra los días 27 y 28 de octubre de 1998.

que infringen el DIH. Aunque esa acción debe basarse en la cooperación con las Naciones Unidas y en el pleno respeto de la Carta de la ONU, la obligación de actuar es, obviamente, muy importante. Y aunque es indiscutible que dicho artículo permite la acción de terceros Estados, lógicamente también establece la obligación de cooperar cuando es necesario perseguir las infracciones graves de los Convenios de Ginebra.

Aunque las obligaciones jurídicas se crean sobre la base del principio según el cual es necesario “hacer respetar” el DIH “en todas las circunstancias”, los cuatro Convenios de Ginebra no establecen con absoluta claridad cuáles son las medidas que los Estados deben adoptar y los procedimientos que deben seguir. No obstante, uno de los objetivos de la creación de la CPI es el enjuiciamiento de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949. Los Estados que no son partes en la CPI, pero sí en los Convenios de Ginebra, están obligados a “hacer respetar” el DIH “en todas las circunstancias”, lo que incluye la obligación extendida de cooperar con la CPI. En todo caso, la obligación de cooperar debe entenderse como la exigencia de que los Estados que no son partes hagan, al menos, el esfuerzo de no obstaculizar las medidas adoptadas por la CPI para castigar o prevenir infracciones graves de los Convenios de Ginebra.

Con el objeto de perseguir los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la región de Darfur, en Sudán, el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 1593, para lo cual se basó en la determinación de que el sistema jurídico de Sudán no era capaz de enjuiciar los crímenes en cuestión y que el Gobierno de Sudán no estaba dispuesto a hacerlo, y decidió a remitir la situación en Darfur a la CPI. La resolución 1593 fue aprobada por 11 votos a favor, ninguno en contra y cuatro abstenciones¹⁷. Entre los cuatro Estados que se abstuvieron, estaban China y Estados Unidos. Estos dos países no son partes en la CPI, pero son miembros permanentes del Consejo de Seguridad con poder de veto. Aunque tienen sus propias posiciones con respecto a la CPI y al estatuto particular de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad que han tenido lugar en la región de Darfur, ninguno de ellos obstaculizó la aprobación de la resolución en la que se abordaba la necesidad de que la CPI previniera o castigara esos crímenes. En cierta forma, también estos países cumplieron su obligación de “hacer respetar” las normas del DIH.

Las perspectivas de la cooperación de Estados que no son partes en la CPI

¿Cuáles son las perspectivas de que presten cooperación los Estados que no son partes en la CPI? Naturalmente, la CPI espera que todos los países cooperen plena e incondicionalmente con ella y que le presten la ayuda necesaria para que pueda desempeñar la misión que le confió la comunidad internacional. Sin embargo, desde el punto de vista de los Estados, es evidente que, en el caso de prestar asistencia a la CPI, primero tendrán que considerar en profundidad su propia soberanía y

17 Párr. 2 de la resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad, del 31 de marzo de 2005.

seguridad nacional. En efecto, los Estados que no son partes en la CPI todavía no han ratificado el Estatuto de Roma, sólo por la preocupación de que la ratificación pueda infringir su soberanía nacional.

Hasta ahora, la experiencia de los dos tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas ha demostrado que obtener la cooperación de los Estados que no son partes representará un desafío para el normal funcionamiento y desarrollo de la CPI.

Aspectos prácticos de la cooperación de los Estados que no son partes en la CPI

La CPI ya ha iniciado su labor. Los dieciocho magistrados de la Corte fueron elegidos el 7 de febrero de 2003, de conformidad con el procedimiento previsto en el Estatuto de Roma, y todos han asumido sus cargos oficiales en La Haya¹⁸; el fiscal jefe, Luis Moreno Ocampo, y los fiscales adjuntos comenzaron a trabajar en forma proactiva, tras asumir sus funciones en marzo de 2003¹⁹.

La dinámica función del Fiscal jefe es el elemento clave que pone en marcha los procedimientos de enjuiciamiento de la Corte en su conjunto. Por ejemplo, la Fiscalía inició, los días 23 de junio y 29 de julio de 2004 respectivamente, las investigaciones formales sobre la situación en la República Democrática del Congo²⁰ y en el norte de Uganda²¹, remitidas a la CPI de conformidad con el artículo 14 de su Estatuto.

En pocas palabras, el cometido de la Fiscalía es investigar y enjuiciar “el crimen de genocidio”, los “crímenes de lesa humanidad” y los “crímenes de guerra” de conformidad con las normas establecidas en el Estatuto. Aunque los Estados Partes y el Consejo de Seguridad también desempeñan un papel en el mecanismo de activación, conforme a las disposiciones del Estatuto de Roma, sólo pueden presentar solicitudes con respecto a “una situación”²². Todos los aspectos específicos de esa situación, por ejemplo si se ha cometido un “crimen”, si se ha establecido un “caso *prima facie*” y si es necesario registrar la solicitud para iniciar la investigación y el enjuiciamiento, han de ser determinados por el fiscal jefe. Esto significa que la autoridad del fiscal jefe en ese mecanismo es más específica y reviste mayor importancia. En el sistema judicial de un Estado, la labor judicial y la policial están

18 Los antecedentes de los dieciocho magistrados y la situación de los trabajos desde que asumieron sus cargos pueden consultarse en Hans-Peter Kaul, “Construction site for more justice: The International Criminal Court after two years”, *American Journal of International Law*, vol. 99, n.º 2, abril de 2005, pp. 370, 375–79.

19 Comunicado de prensa de la CPI, “Election of the Prosecutor – Statement by the President of the Assembly of States Parties, Prince Zeid Ra’ad Al Hussein” (Elección del fiscal – Declaración del presidente de la Asamblea de Estados Partes, príncipe Zeid Ra’ad Al Hussein), 25 de marzo de 2003).

20 Comunicado de prensa de la CPI, “Prosecutor receives referral of the situation in the Democratic Republic of Congo” (Se remite al Fiscal la situación en la República Democrática del Congo), 19 de abril de 2004; Comunicado de prensa de la CPI, “The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court opens its first investigation” (La Fiscalía de la Corte Penal Internacional abre su primera investigación), 23 de junio de 2004.

21 Comunicado de prensa de la CPI, “Prosecutor of the International Criminal Court opens an investigation into northern Uganda” (El fiscal de la Corte Penal Internacional inicia una investigación sobre el norte de Uganda), 29 de julio de 2004.

22 Art. 13 del Estatuto de Roma.

separadas y se asignan a autoridades diferentes, pero en la CPI, la Fiscalía asume la responsabilidad tanto del enjuiciamiento como de la investigación (la función policial). Por lo tanto, el fiscal también debe contar con numerosos contactos con el Estado, a fin de realizar las investigaciones, garantizar el cumplimiento de las órdenes de detención, etc.

La Fiscalía se divide en tres sectores: la División de Competencia, Complementariedad y Cooperación, la División de Investigación y la División de Enjuiciamiento. Conforme a las disposiciones de los artículos 15 y 53 del Estatuto, los deberes de la división de Competencia, Complementariedad y Cooperación son analizar detalladamente los hechos de las situaciones remitidas que correspondan a la competencia de la CPI, y formular recomendaciones sobre los ámbitos de competencia, el principio de complementariedad y la cooperación respecto de las situaciones objeto de investigación y de análisis. La división de Investigación está encargada de la apertura de investigaciones y se divide, a su vez, en varios grupos de investigación y diversos consultores con conocimientos profesionales sobre cuestiones tales como asuntos militares, política y economía. La División de Enjuiciamiento cuenta con abogados de enjuiciamiento y de apelación, cuya función es presentar los casos ante la Corte para juzgarlos²³.

Conforme al Estatuto de Roma, el fiscal jefe está obligado a evaluar casos particulares y a ponderar las evaluaciones de los hechos de los crímenes realizadas con anterioridad a la investigación. Cuando, el 31 de marzo de 2005, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 1593, en la que solicitó a la CPI que juzgara los crímenes cometidos en la región de Darfur, en Sudán, y que determinara la responsabilidad penal de los perpetradores, el Dr. Moreno Ocampo, fiscal jefe de la CPI, el 1 de abril de 2005, adoptó las medidas necesarias para aplicar la resolución del Consejo y expresó la voluntad de coordinar y cooperar con los Estados y las organizaciones internacionales interesadas, incluidas las Naciones Unidas y la Unión Africana (UA)²⁴.

Dado que la CPI está ubicada en los Países Bajos, lejos de países como Uganda, Congo y Sudán, donde tuvieron lugar los crímenes, para investigar y reunir pruebas la Corte necesita la cooperación de las autoridades nacionales, y el fiscal debe trabajar junto con las fuerzas policiales locales. Aunque el Consejo de Seguridad ya ha aprobado la resolución 1593, el fiscal y la propia CPI enfrentarán una situación muy difícil si Sudán, Estado que no es parte en la CPI, y los otros Estados de la UA y de las Naciones Unidas, no proporcionan la ayuda y el apoyo que la CPI desea obtener. Obviamente, también es indispensable contar con el apoyo permanente del Consejo de Seguridad. Indudablemente, la forma en que la CPI afronte la situación en Darfur tendrá gran influencia en la futura evolución de la Corte.

Poco antes de que el Consejo de Seguridad solicitara a la CPI investigar el caso de Sudán, otro Estado africano que todavía no había ratificado ni adherido a la CPI, Côte d'Ivoire, tomó la iniciativa de aceptar la competencia de la CPI con

23 Kaul, nota 18 del presente, p. 373.

24 *Ibid.*

arreglo al artículo 12 (3) del Estatuto²⁵. Todavía no está claro si el Gobierno de Côte d'Ivoire lo hizo a fin de remitir una situación a la CPI o solicitar al fiscal que iniciase una investigación. Pero, sin duda, es interesante que un Estado que no es parte en la CPI haya tomado esa iniciativa y aceptado la competencia de la Corte sin presiones externas.

La cooperación es una cuestión particular y de índole práctica. En vista de la experiencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) en materia de cooperación, es posible que no resulte fácil para la CPI obtener la cooperación de los Estados que no son partes.

Poner en práctica la cooperación mediante la legislación nacional

A fin de cooperar con la CPI, los Estados deben aprobar leyes nacionales para garantizar la conformidad de sus disposiciones jurídicas con las del Estatuto de Roma.

A lo largo de la evolución del derecho penal internacional registrada hasta la fecha, se han instituido no pocos órganos internacionales que ejercen competencia penal, como el TPIY, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), el Tribunal Especial para Sierra Leona y la propia CPI. Aunque los modos de constitución de esos órganos fueron diferentes y sus competencias son distintas, tienen un aspecto común: ninguno de ellos cuenta con fuerzas armadas o policiales propias. En otras palabras, todos necesitan la cooperación y el apoyo de los Estados a fin de cumplir su cometido. Sin embargo, cuando se trata de obtener la cooperación de los Estados, la forma en que se constituye el órgano judicial es importante. Así lo demuestran los casos del TPIY y de la CPI, que se describen a continuación.

En 1993, el TPIY fue instituido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante las resoluciones 808 y 827, en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. A causa de la autoridad del Consejo, la universalidad de la ONU y la índole de las normas aplicables, que forman parte del derecho internacional consuetudinario²⁶, la cooperación no representaba un verdadero problema para el TPIY, el cual, teóricamente, cuenta con la gran ventaja de que todos los Estados Miembros de la ONU están obligados a cooperar con él y prestarle apoyo.

La institución de la CPI se debatió por primera vez en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1994, a partir del proyecto presentado por la Comisión de Derecho Internacional. El proyecto fue analizado exhaustivamente por la Comisión Preparatoria para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional y, finalmente, fue adoptado en una conferencia diplomática celebrada en Roma en julio de 1998.

25 Comunicado de prensa de la CPI, "Registrar confirms that the Republic of Côte d'Ivoire has accepted the jurisdiction of the Court" (El Secretario confirma que la República de Côte d'Ivoire ha aceptado la competencia de la Corte), 15 de febrero de 2005.

26 "En opinión del Secretario General, la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el Tribunal Internacional aplique las normas del derecho internacional humanitario que sin duda forman parte del derecho consuetudinario, de tal modo que no se plantea el problema de que algunos de los Estados pero no todos se hayan adherido a determinadas convenciones". Informe del Secretario General, documento de la ONU S/25704, párr. 34.

Dado que el Estatuto de Roma es un instrumento jurídico internacional que, para entrar en vigor, debía ser ratificado por un número estatutario de Estados, existe automáticamente una distinción entre Estados Partes y Estados que no son partes, cuyas obligaciones de cooperación también difieren.

Como ya se ha mencionado más arriba, la cooperación de los Estados con los órganos de derecho penal internacional requiere la adopción de legislación nacional. En términos generales, el derecho nacional siempre ha desempeñado un papel decisivo en el sistema del derecho penal internacional, sobre todo en lo que respecta a las condiciones de la asistencia judicial, los procedimientos de presentación y cumplimiento de solicitudes de asistencia, y otros aspectos. Cuando el Consejo de Seguridad estableció el TPIY, pidió a los Estados que elaborasen leyes nacionales conexas o modificasen las existentes, a fin de permitir el cumplimiento de sus obligaciones de cooperación.

En el artículo 29 del Estatuto del TPIY se dispone que los “Estados Partes cooperarán con el Tribunal Internacional en relación con la investigación y el enjuiciamiento de las personas acusadas de haber cometido violaciones graves del derecho humanitario internacional”. En la resolución 827 del Consejo de Seguridad se establece específicamente que:

“[T]odos los Estados deberán cooperar plenamente con el Tribunal Internacional y sus órganos de conformidad con la presente resolución y el Estatuto del Tribunal Internacional y que, en consecuencia, todos los Estados deberán adoptar las medidas necesarias con arreglo a su derecho interno para aplicar las disposiciones de la presente resolución y el Estatuto, incluida la obligación de los Estados de acceder a las solicitudes de asistencia y cumplir las resoluciones de una Sala de Primera Instancia con arreglo al artículo 29 del Estatuto.”

Teniendo presente la autoridad del Consejo de Seguridad en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y la índole vinculante de sus resoluciones, poco antes de cumplirse el tercer aniversario del establecimiento del TPIY²⁷, habían adoptado legislación nacional más de 20 Estados, entre otros Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos, Rusia, Alemania, Australia, Nueva Zelanda, Italia, Polonia y Croacia²⁸. Según la respectiva legislación (por ejemplo, en Australia), las relaciones de cooperación con el TPIY simplemente se desarrollarían conforme a la interacción judicial mantenida entre esos Estados y los demás²⁹.

27 1996 *Yearbook of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (Anuario del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia) (en lo sucesivo, el Anuario TPIY) de 1996, cap. V, “State cooperation”, p. 226.

28 Para consultar los textos de las leyes adoptadas por esos Estados sobre la cooperación con el TPIY, v. *ibid.* y el Anuario TPIY 1995.

29 “Se prestará asistencia al Tribunal Internacional de conformidad con las disposiciones aplicables relativas a la asistencia judicial en casos penales en Australia”, Australia, *International War Crimes Tribunals Legislation 1995* (Legislación de los Tribunales sobre Crímenes de Guerra Internacionales), 1995, Sección 2, “Judicial assistance”. V. Anuario TPIY 1995, p. 233.

Dado que la competencia del TPIY se limita a “violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia”, la cooperación de los Estados que formaban ex Yugoslavia es de máxima importancia. El 14 de diciembre de 1995, a consecuencia de los esfuerzos de la comunidad internacional, Bosnia-Herzegovina, Croacia y Yugoslavia firmaron el Acuerdo Marco General de Paz para la paz en Bosnia-Herzegovina (Acuerdo de Dayton)³⁰; Yugoslavia firmó el acuerdo por sí y en representación de la Republika Sprska. Como esas partes habían participado activamente en el conflicto armado en el territorio de ex Yugoslavia, ese documento es de particular importancia para la cuestión de la cooperación. En efecto, en el Acuerdo Dayton se destaca, sobre todo en el artículo IX y en el artículo X del Anexo 1-A, que todos los signatarios acordaron promover la paz y la seguridad de la región y prometieron cooperar con el TPIY³¹.

“Extraditar o juzgar” (*aut dedere, aut judicare*) es un principio que goza de aceptación general y que se aplica normalmente en los trámites de asistencia judicial realizados con el fin de combatir los delitos internacionales. Su significado básico es que si el Estado requerido se rehúsa a otorgar la extradición por determinados motivos, debe remitir la causa a sus autoridades competentes para que procedan al enjuiciamiento de conformidad con el pedido del Estado requirente. La práctica de los tribunales *ad hoc* no se rige por el principio de “extraditar o juzgar”. Aunque el TPIY posee “jurisdicción concurrente” con los tribunales nacionales, junto con la “conurrencia” goza de “primacía”³². Por ende, los Estados deben sancionar leyes que establezcan que, en el curso del procedimiento judicial contra una persona, una vez que el Estado recibe una solicitud de traslado del Tribunal Internacional con respecto a esa persona por el mismo delito, debe suspender su procedimiento judicial interno y otorgar prioridad a la solicitud del Tribunal. Por ejemplo, las leyes de Bosnia-Herzegovina sobre la cooperación con el TPIY disponen específicamente que, en cualquier etapa de un juicio penal tramitado en los tribunales nacionales del país, si el TPIY solicita la entrega de un acusado, la Corte Suprema de Bosnia-

30 En el art. XIII (4) del Anexo 6 (Acuerdo sobre Derechos Humanos) del Acuerdo de Dayton se establece lo siguiente: “Todas las autoridades competentes en Bosnia y Herzegovina cooperarán con las organizaciones establecidas en el Acuerdo sobre un Tribunal Penal para ex Yugoslavia y cualesquiera otras organizaciones autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas cuyo cometido se relacione con los derechos humanos o el derecho humanitario, y les proporcionarán acceso irrestricto”. V. Anuario TPIY 1996, cap. V, “State co-operation”, p. 229.

31 En el art. IX del Acuerdo de Dayton se dispone que: “Las Partes cooperarán plenamente con todas las entidades que participan en la aplicación del presente acuerdo de paz, indicadas en los Anexos del presente Acuerdo, o autorizadas de otro modo por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de conformidad con la obligación de todas las Partes de cooperar en la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de guerra y de otras violaciones del derecho internacional humanitario”. En el art. X del Anexo 1-A, titulado “Acuerdo sobre los aspectos militares del acuerdo de paz” se exhorta a las partes a cooperar plenamente “con todas las entidades que participan en la aplicación del presente acuerdo de paz, indicadas en el Acuerdo Marco General o autorizadas de otro modo por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, incluido el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia”. V. Anuario TPIY 1995, p. 321.

32 En el art. 9 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia sobre “Jurisdicción concurrente” se dispone que el Tribunal Internacional y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente, pero que el Tribunal Internacional tendrá “primacía” sobre los tribunales nacionales.

Herzegovina está obligada a suspender el juicio y entregar el acusado al Tribunal. Alemania posee disposiciones similares³³ y Dusko Tadic, el acusado en el primer proceso iniciado por el TPIY, fue trasladado a La Haya a solicitud del TPIY, mientras era juzgado por los tribunales nacionales alemanes³⁴.

A fin de garantizar la autoridad del TPIY y la validez de sus órdenes, también se adoptaron leyes más específicas. Por ejemplo, el artículo 9 (I) del Anexo 4 del Acuerdo de Paz de Dayton, sobre la Constitución de Bosnia y Herzegovina, establece que las personas que hayan sido condenadas por un crimen, procesadas, o que no hayan respondido al Tribunal después de ser acusadas por el TPIY, no podrán aspirar a cargos en los organismos estatales de Bosnia y Herzegovina³⁵.

En cambio, la CPI carece de esa ventaja con respecto a la legislación nacional. En el artículo 88 del Estatuto de Roma se dispone lo siguiente: “Los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte”. Esta disposición es de orden general y, además, está destinada exclusivamente a los Estados Partes. No se establece obligación alguna para los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma.

La CPI es un órgano judicial penal internacional permanente que puede iniciar procedimientos judiciales en todo el mundo en el caso de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crimen de genocidio y crimen de agresión³⁶. Por lo tanto, la CPI no sólo puede solicitar cooperación a los Estados en cuyo territorio se cometieron el crimen o los crímenes de que se trata; también puede presentar solicitudes de asistencia a informantes que conozcan el tema, ubicados en otros Estados interesados que no son partes en el Estatuto, a fin de que realicen investigaciones y reúnan pruebas. En tales casos, las solicitudes pueden versar sobre pruebas controladas por esos Estados, originadas en los ámbitos del servicio secreto o de las autoridades de inteligencia. Todos estos aspectos hacen que la cooperación de los Estados que no son partes en la CPI sea incluso más importante y sensible.

Cooperación para investigar y reunir pruebas

En la práctica, la cooperación de los Estados con la CPI es específica; una sola parte conduce la investigación y la recopilación de pruebas.

33 En el art. 19 de la ley de Bosnia- Herzegovina sobre la cooperación con el Tribunal Penal Internacional (Decreto con fuerza de ley sobre la Extradición a Solicitud del Tribunal Internacional) se establece lo siguiente: “Cuando en la República se tramiten uno o más procesos judiciales contra el mismo acusado respecto de quien se presentó la solicitud de extradición, la Corte Suprema suspenderá los procedimientos penales por esos hechos a fin de dar prioridad a los crímenes mencionados en el art. 1 del Decreto (en el TPIY). V. Anuario TPIY 1995, p. 337.

34 En el art. 2 de la “Ley sobre la cooperación con el Tribunal Internacional para ex Yugoslavia” de Alemania se establece lo siguiente: Situación con respecto a procedimientos penales en la República Federal de Alemania: (1) A solicitud del Tribunal, los procedimientos penales relacionados con delitos que corresponden a su competencia serán remitidos al Tribunal en cualquier etapa. (2) En caso de presentarse una solicitud con arreglo al párrafo (1), no se incoará proceso alguno contra una persona por delitos de la competencia del Tribunal si dichos delitos están siendo o han sido juzgados por dicho Tribunal. (Ibíd., p. 345).

35 V. Anuario TPIY 1996, cap. V, “State co-operation”, p. 228.

36 V. el art. 13 del Estatuto de Roma, sobre el “Ejercicio de la competencia” de la CPI.

La investigación también es un procedimiento indispensable para que la CPI registre casos para su investigación y enjuiciamiento. Además, para que la CPI pueda desempeñar sus funciones, es imprescindible que el fiscal realice una investigación independiente y eficaz. Dado que la CPI carece de medios propios para hacer cumplir la ley, debe recurrir a la cooperación de los Estados interesados.

Con arreglo al actual sistema de asistencia judicial en materia penal vigente entre los Estados, las autoridades judiciales de todos los Estados pueden, en general, ejercer autoridad judicial sólo en el territorio del propio Estado, y las solicitudes de asistencia judicial deben ser ejecutadas por las autoridades judiciales del Estado requerido. Si los funcionarios judiciales del Estado requirente necesitan ejecutar solicitudes *in situ* en el Estado requerido, o realizar investigaciones y reunir pruebas directamente en su territorio, necesitan la autorización previa del Estado Requerido y no deben violar sus leyes ni adoptar medidas coercitivas. En el curso de las investigaciones, casi siempre es necesario que los funcionarios del Estado requerido hagan los arreglos necesarios y se encuentren presentes durante las actuaciones.

Sin embargo, la importancia de los crímenes que incumben a la competencia de la CPI hace que la investigación toque cuestiones sumamente sensibles. Si, durante la investigación, se permite la presencia de las autoridades nacionales competentes, las personas investigadas se sentirán presionadas, lo que afectará la objetividad y la credibilidad de los resultados de la investigación. Por ende, los investigadores o los fiscales de las autoridades judiciales penales internacionales esperan que las autoridades nacionales pertinentes se inhiban, para poder realizar investigaciones independientes. En tal caso, ¿debe darse al fiscal de la CPI un permiso incondicional para realizar investigaciones *in situ* en el territorio de los Estados Partes, a fin de facilitar el procedimiento, o debe obtenerse el consentimiento previo de los Estados interesados? En este sentido, hay una diferencia muy importante entre la CPI y el TPIY.

En el artículo 29 del Estatuto del TPIY se dispone específicamente que todos los Estados deberán cumplir, sin demoras indebidas, las solicitudes de asistencia formuladas por una sala de primera instancia del TPIY, a fin de identificar y buscar personas, tomar testimonios y producir pruebas, notificar documentos, arrestar o detener personas y trasladar acusados al Tribunal Internacional. En cambio, en el artículo 86 del Estatuto de Roma se exige la “cooperación plena, lo que implica que los Estados Partes deben hacer todo lo posible por cumplir su obligación de cooperar. Pero en el artículo también se incluye la frase “de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto”, lo que significa que debe interpretarse en conjunto con otras disposiciones del Estatuto de Roma que versan sobre la cooperación.

Dado que el TPIY es un órgano instituido por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, a raíz de una situación particular existente en ese momento, los Estados Miembros de la ONU tienen la obligación imperativa de cooperar. Esa obligación dimana del carácter supremo de la Carta de la ONU y de la responsabilidad y la autoridad del Consejo de Seguridad en cuanto al mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales. Por ende, el Consejo de Seguridad desempeña un papel de máxima importancia en lo que se refiere a las obligaciones de cooperación asumidas por los Estados.

Ésa es precisamente la razón por la que Bosnia-Herzegovina adoptó una actitud particularmente dinámica frente a las actividades judiciales del TPIY en su territorio. Celebró con la Fiscalía del TPIY un acuerdo especial sobre cuestiones de cooperación, en el que ofrece al personal del Tribunal libre acceso al país para realizar investigaciones y reunir pruebas³⁷. En el artículo 13 (4) del Anexo 6 al Acuerdo de Dayton, sobre derechos humanos, se dispone específicamente que todas las autoridades competentes de Bosnia-Herzegovina deben cooperar y proveer acceso irrestricto a las organizaciones establecidas en el Acuerdo; los organismos internacionales de supervisión de los derechos humanos establecidos para Bosnia-Herzegovina; los organismos de supervisión instituidos por cualquiera de los acuerdos internacionales detallados en el Apéndice al Anexo; el Tribunal Internacional para ex Yugoslavia, y toda otra organización autorizada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas cuyo cometido se relacione con los derechos humanos o el derecho humanitario³⁸.

En el Estatuto del TPIY se estipula que: “El fiscal tendrá autoridad para interrogar sospechosos, víctimas y testigos, reunir pruebas y realizar investigaciones *in situ*. Al realizar esas tareas, el fiscal podrá, según proceda, solicitar la asistencia de las autoridades estatales interesadas³⁹”. Por ende, cuando el TPIY se traslada a otros Estados para ejecutar órdenes de registro, reúne y examina documentos relacionados con el juicio, lo hace con ayuda local. Mientras que esas investigaciones *in situ* son, por lo general, realizadas con la cooperación y la participación de las autoridades locales, el Tribunal afirma que, debido a la “primacía” prevista en el Estatuto del TPIY, las investigaciones *in situ* no requieren el consentimiento previo de los Estados interesados ni la presencia de las autoridades estatales locales.

La experiencia del TPIY demuestra que, aunque la mayoría de los Estados que ha firmado acuerdos de cooperación con el TPIY no ha incluido disposiciones restrictivas en relación con las investigaciones *in situ*, algunos Estados sí establecen ciertas condiciones previas. Por ejemplo, en la ley de Alemania sobre la cooperación con el Tribunal Internacional para ex Yugoslavia, se dispone que los miembros y los funcionarios autorizados del Tribunal celebren consultas con las autoridades alemanas competentes y que realicen, en forma independiente, actividades destinadas a reunir pruebas, como efectuar interrogatorios y obtener pruebas proporcionadas por testigos. Sin embargo, se estipula que, también en estos casos, la adopción y la ejecución de medidas coercitivas incumbirán a las autoridades alemanas competentes y se ajustarán a las leyes de Alemania⁴⁰. En la ley suiza sobre “Asistencia Especial” permite a los fiscales del Tribunal realizar investigaciones en el territorio de Suiza, sólo después de obtener la autorización del Departamento Federal de Justicia y Policía, y se dispone que, antes de otorgar su autorización, dicho

37 Anuario TPIY 1996, cap. V, “State co-operation”, p. 232

38 *Ibid.*, p. 228.

39 Art. 18, párr. 2 del Estatuto del TPIY.

40 Art. 4, párr. 4 de la “Ley sobre la cooperación con el Tribunal Internacional para ex Yugoslavia” de Alemania; v. también Anuario TPIY 1995, p. 347.

Departamento debe realizar consultas con las autoridades locales (cantonales)⁴¹.

Al realizar investigaciones y buscar pruebas, el TPIY incluso goza de condiciones favorables para obtener el apoyo de la IFOR (fuerza de aplicación multinacional) como tercera parte. La IFOR fue instituida por la resolución 1031 del Consejo de Seguridad, después de la firma del Acuerdo de Dayton. Aunque no era parte en el Acuerdo de Dayton ni estaba específicamente obligada a cooperar con el TPIY, la IFOR se encontraba en la especial posición de contar con la capacidad tanto jurídica como logística de ayudar al tribunal. Con aproximadamente 60.000 soldados, podía prestar ayuda exigiendo a los signatarios del acuerdo que cumplieren su obligación de cooperar, proporcionando guardias de seguridad a los investigadores del TPIY en Bosnia-Herzegovina y protegiendo a los miembros de su personal cuando éstos abrían fosas comunes. De este modo, la IFOR realizó una importante contribución, garantizando el eficaz cumplimiento de la labor de investigación y recopilación de pruebas del TPIY en el territorio de ex Yugoslavia⁴².

Con respecto a la CPI, en el artículo 99 del Estatuto de Roma se dispone que, si el fiscal necesita ejecutar una solicitud de asistencia en un Estado Parte, deberá celebrar consultas previas con el Estado Parte en cuestión, y respetar cualquier condición u observación razonable que imponga ese Estado Parte. En otras palabras, el consentimiento del Estado es una condición previa. Pero cuando el Estado Parte requerido fuere un Estado en cuyo territorio se hubiera cometido presuntamente el crimen, y hubiere habido una decisión de admisibilidad, el fiscal podrá ejecutar directamente la solicitud tras celebrar todas las consultas posibles con el Estado Parte requerido. En otras palabras, no se requiere el consentimiento del Estado.

Si el fiscal de la CPI necesita el consentimiento previo de un Estado Parte para realizar una investigación en su territorio y debe respetar cualquier condición u observación razonable que imponga dicho Estado Parte, entonces el consentimiento de un Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma también constituye, natural e inevitablemente, una condición previa, y resulta incluso más necesario respetar las condiciones razonables impuestas por ese Estado.

Armonización del derecho internacional y el derecho nacional en el proceso de cooperación

Aunque los Estados hayan adoptado legislación destinada a poner en práctica la cooperación, sigue habiendo dificultades en interpretar y aplicar esas leyes.

Desde el punto de vista teórico, los tribunales *ad hoc* fueron instituidos por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. La Carta es un tratado internacional de categoría constitucional⁴³. Por lo tanto,

41 Suiza, Orden Federal sobre la Cooperación con el Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario, art. 22. *Ibíd.*, pp. 330-331.

42 Con respecto a la cooperación y el apoyo prestados al TPIY por la IFOR, v. Anuario TPIY 1996, p. 232.

43 En el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas se estipula lo siguiente: "En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta" (el subrayado es nuestro).

aunque los Estados no pueden oponerse, en su derecho interno, a las obligaciones contenidas en los tratados del derecho internacional y deben, por ende, atenerse a los tratados en lo que respecta a la cooperación judicial, el Estado requerido puede tener su propia interpretación con respecto a cuestiones tales como la forma de determinar si se han cumplido las condiciones pertinentes.

En la experiencia del TPIY, aunque muchos Estados hayan adoptado disposiciones jurídicas en la que expresan la voluntad de cooperar, siguen imponiendo algunas condiciones restrictivas a tal legislación, caracterizadas por la búsqueda de la forma de reconciliar esas disposiciones con sus leyes internas. Si bien el TPIY espera que su Estatuto y sus Reglas de Procedimiento y Prueba se apliquen en cualquier circunstancia posible, es muy probable que haya diferencias entre las normas del Tribunal y la legislación interna de algunos Estados. Para hacer frente a esas circunstancias, algunos Estados han insistido en la necesidad de aplicar sus propias leyes. Por ejemplo, en la legislación suiza se ha establecido expresamente que las normas pertinentes del Tribunal Penal Internacional son aplicables únicamente en la hipótesis de que los crímenes que se investigan sean punibles conforme a las leyes penales suizas⁴⁴. La legislación de Alemania también establece que se aplican a esa cooperación los artículos pertinentes de la ley alemana sobre cooperación judicial en cuestiones penales⁴⁵. La ley de Croacia exige que las solicitudes o decisiones del TPIY se basen en el Estatuto y en las Reglas de Procedimiento de dicho Tribunal y que no infrinjan la Constitución de la República de Croacia⁴⁶. En contraste con las obligaciones de cooperar con los tribunales *ad hoc*, las disposiciones del Estatuto de Roma sobre la cooperación utilizan expresiones más neutras y de carácter más general. El artículo 86 establece lo siguiente: “Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”. La redacción de esta disposición refleja la obligación de los Estados Partes de cooperar, pero no destaca en demasía el carácter imperativo de esa obligación.

De hecho, en la práctica, la cooperación con la CPI debería ser específica y técnica. Por ejemplo, la clave de la cooperación y uno de sus componentes

44 En el art. 17 de la Orden Federal sobre la Cooperación con el Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario se establece lo siguiente: “Con exclusión de cualquier otra condición, se prestará asistencia si la solicitud y los documentos adjuntos a ésta demuestran que el delito: a. es de competencia del tribunal internacional, y b. es punible conforme a las leyes suizas si las medidas solicitadas por un tribunal internacional son coercitivas conforme a lo previsto en la ley de procedimientos. V. Anuario TPIY 1995, p. 329.

45 Según el art. 4 de la Ley de Alemania sobre la cooperación con el Tribunal Internacional para ex Yugoslavia, titulado “Otra asistencia mutua”, “[S]i el Tribunal requiriese la comparecencia personal de una persona que se encuentra en libertad dentro del territorio en el que se aplica la presente Ley, como testigo con el objeto de realizar procedimientos de repregunta, careo o investigación, a fin de garantizar su comparecencia podrán aplicarse los mismos medios jurídicos que los permisibles en el caso de una citación para comparecer ante un tribunal o un fiscal de Alemania”.

46 El texto original del art. 3 de la Ley de Croacia sobre la cooperación con el Tribunal Internacional para ex Yugoslavia es el siguiente: “La solicitud de cooperación o de aplicación de una decisión del Tribunal será aceptada por el Gobierno de la República de Croacia si la solicitud o la decisión se basan en disposiciones apropiadas del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal, y si no infringen la Constitución de la República de Croacia”. V. Anuario TPIY 1996, p. 249.

principales es la forma de entregar al acusado a la Corte, ya que sólo puede realizarse un juicio cuando el acusado está presente. En efecto, éste es uno de los principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, cuando la CPI libra un auto de acusación contra un sospechoso, una cuestión importante que hay que resolver de inmediato es cómo detener al acusado y entregarlo a la Corte. Así pues, las perspectivas de éxito de la Corte pueden depender de la cooperación.

En principio, con objeto de afianzar el funcionamiento y el éxito de la Corte, la entrega de acusados a ésta por parte de los Estados debería constituir una obligación imperativa cuyo cumplimiento no pueda rechazarse por motivo alguno. Además, dado que el cumplimiento de las normas sobre derechos humanos está, en principio, plenamente garantizado por el sistema internacional de derecho penal, los Estados no deberían denegar solicitudes de entrega. Sin embargo, si la cuestión se examina desde otro ángulo, a saber, que las solicitudes pueden rozar intereses nacionales y principios básicos fundamentales, como la cuestión de la soberanía, los Estados consideran necesario formular algunas reservas sobre determinadas cuestiones: por ejemplo, que la persona cuya entrega se solicita no sea uno de sus propios nacionales, que los materiales adjuntos a la solicitud se ajusten a las normas de procedimiento internas del Estado requerido, que es preciso respetar el principio de que “nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito” (*ne bis in idem*), y otras condiciones.

En el Estatuto del TPIY no se establecen motivos para rehusarse a cooperar. Los Estados que han adoptado legislación relativa a la cooperación con el Tribunal *ad hoc* no detallan explícitamente razones que les permitirían rehusarse a cooperar. Sin embargo, algunos Estados han formulado ciertas condiciones a la cooperación.

Por ejemplo, en la ley de Suiza sobre la cooperación con el Tribunal Penal Internacional establece que las entregas de personas deben estar relacionadas con crímenes de competencia del Tribunal Internacional que sean punibles conforme al derecho suizo. Esto significa que debe observarse el principio de la “doble criminalidad”⁴⁷. En la legislación italiana se dispone que si un tribunal italiano ha pronunciado una sentencia definitiva por el mismo hecho y contra la misma persona, no consentirá en entregar a la persona al Tribunal Penal Internacional, invocando el principio de que “nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito”⁴⁸. En la ley de Nueva Zelanda sobre la cooperación con el Tribunal Penal Internacional se dispone específicamente que, si una solicitud de dicho Tribunal menoscaba la soberanía o la seguridad nacionales, Nueva Zelanda podrá rehusarse a cooperar, como también podrá hacerlo si los pasos a seguir no son compatibles con sus propias leyes⁴⁹.

47 Anuario TPIY 1995, p. 329.

48 “El Tribunal de Apelaciones podrá pronunciar una sentencia en la que declare que las condiciones para la entrega del acusado no se han cumplido únicamente en alguno de los siguientes casos... que en el Estado Italiano se haya pronunciado una sentencia definitiva por el mismo hecho y contra la misma persona”, Italia, Decreto ley n.º 544, de diciembre de 1993, Anuario TPIY 1994, p. 167.

49 “La Ley contiene algunas disposiciones misceláneas, entre las que se cuenta la siguiente: existen ciertas circunstancias en las que el Fiscal podrá rehusarse a cumplir solicitudes de asistencia de los Tribunales, incluso (I) cuando el cumplimiento de la solicitud menoscabe la soberanía, la seguridad o el interés nacional de Nueva Zelanda.” V. Anuario TPIY 1995, p. 349.

En realidad, los Tribunales *ad hoc* no están muy satisfechos con el cumplimiento de algunos Estados con sus obligaciones. Por ejemplo, aunque el TPIY libró auto de acusación contra Ratko Mladic en 1995, nunca logró arrestarlo y procesarlo. En mayo de 1996, estuvo presente en los funerales del general Dukic, en Belgrado, y siguió libre; el 22 de mayo de 1996, el presidente del TPIY escribió al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas una carta en la que solicitó se investigara a la República Federativa de Yugoslavia por el incumplimiento de su obligación de cooperar en la detención de Mladic o impedir que saliera del territorio de dicho Estado⁵⁰. También expresó su descontento con respecto a la respuesta negativa y la omisión de la República Federativa de Yugoslavia de ejecutar muchas de las órdenes libradas por el Tribunal en relación con la detención y la entrega de personas⁵¹. Además, aunque Croacia ha adoptado legislación interna sobre la cooperación con el Tribunal Penal Internacional y había prometido prestar cooperación y apoyo, se ha mostrado renuente a proporcionar los materiales y documentos pertinentes en el caso *Tihomir Blaskic*. En ese sentido, el fiscal jefe del TPIY presentó una protesta ante el Consejo sobre la Aplicación de la Paz del Acuerdo de Paz de Dayton, que se reunió en Florencia (Italia) en 1996⁵².

A la luz de la experiencia del TPIY, la disposición del Estatuto de Roma relativa a las extradiciones para los Estados Partes o los Estados que no son partes, establece lo siguiente:

1. El Estado Parte que haya recibido una solicitud de la CPI y de cualquier otro Estado relativa a la entrega o extradición de la misma persona por el mismo delito, notificará a la Corte y al Estado requirente ese hecho.
2. En estas circunstancias, si el Estado requirente es un Estado Parte en el Estatuto, el Estado requerido dará prioridad a la solicitud de la Corte cuando ésta haya determinado que la causa es admisible y en su decisión haya tenido en cuenta la investigación o el enjuiciamiento que lleva a cabo el Estado requirente. Si la Corte aún no ha realizado dicha determinación, el Estado requerido tendrá la facultad discrecional de dar curso a la solicitud de extradición presentada por el Estado requirente, pero no la hará efectiva hasta que la Corte haya resuelto que la causa es inadmisibile.
3. En estas circunstancias, si el Estado requirente no es parte en el Estatuto, el Estado requerido, en caso de que no esté obligado por alguna norma internacional a conceder la extradición al Estado requirente, dará prioridad a la solicitud de entrega que le haya hecho la Corte si ésta ha determinado que la causa era admisible. De otro modo, el Estado requerido tendrá la facultad discrecional de dar curso a la solicitud de extradición que le haya

50 Carta del presidente del TPIY al presidente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 22 de mayo de 1996; Anuario TPIY 1996, p. 231.

51 P. ej., declaración del Magistrado Antonio Cassese, presidente del TPIY, formulada en la Conferencia bienal de examen sobre la aplicación del Acuerdo de Dayton, celebrada en Florencia los días 13 y 14 de junio de 1996, *ibid.*, pp. 261–64.

52 “Acerca del cumplimiento y la cooperación de las partes en ex Yugoslavia”, informe de situación de la Fiscalía, 3 de junio de 1996, p. 1; *ibid.*, p. 231

hecho el Estado requirente. Pero si el Estado requerido está obligado por alguna norma internacional a extraditar la persona al Estado requirente que no sea parte en el Estatuto, el Estado requerido decidirá si hace la entrega a la Corte o concede la extradición al Estado requirente. Para tomar esta decisión, el Estado requerido tendrá en cuenta todos los factores pertinentes⁵³.

Conforme a esta disposición, si un Estado Parte recibe una solicitud de extradición de la Corte y de un Estado que no es parte, el Estado Parte tiene, ante el Estado que no es parte, la obligación internacional de realizar la extradición, pero podrá, a su discreción, optar por extraditar la persona a la Corte o al Estado que no es parte. Esta situación difiere de la “primacía” conferida a los Tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas, lo que demuestra la flexibilidad con que la CPI encara la cuestión de la cooperación.

Acerca de las consecuencias jurídicas de la falta de cooperación de los Estados que no son partes

Aunque la CPI espera que todos los Estados interesados cooperen con ella, cabe preguntarse cuáles son las consecuencias de la falta de cooperación de los Estados.

En el Estatuto de Roma se establece que la Asamblea de los Estados Partes examinará y resolverá cuestiones relativas a la falta de cooperación entre los Estados y la CPI de conformidad con los párrafos 5 y 7 del artículo 87⁵⁴. Básicamente, esta disposición confiere a la CPI la autoridad de remitir casos de falta de cooperación de los Estados a la Asamblea de los Estados Partes. Obviamente, si la falta de cooperación concierne a situaciones remitidas a la CPI por el Consejo de Seguridad, la Corte podrá remitir el asunto al Consejo de Seguridad.

Con respecto a la cooperación de los Estados que no son partes en la CPI, podría surgir la siguiente situación: un Estado que no es parte acepta, inicialmente, cooperar con la CPI, pero a medida que se profundiza en la cuestión y la necesidad de cooperación se torna más específica y sensible, puede cambiar su actitud y ya no estar dispuesto a cooperar con la Corte. Para encarar este problema, es particularmente importante aclarar si existe la obligación efectiva de cooperar. Si el mencionado Estado ha celebrado un acuerdo de cooperación con la CPI, ha asumido, consecuentemente, la obligación internacional de cooperar con la Corte. Si omite cumplir dicha obligación después de haber celebrado dicho acuerdo, el Estado deberá asumir su responsabilidad conforme al derecho internacional. En el artículo 87 (5) del Estatuto de Roma adoptado por los Estados se dispone lo siguiente: “Cuando un Estado que no sea parte en el presente Estatuto y que haya

53 Art. 90 del Estatuto de Roma.

54 Art. 112.2 (f) del Estatuto de Roma.

celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte se niegue a cooperar en la ejecución de las solicitudes a que se refieran tal arreglo o acuerdo, la Corte podrá informar de ello a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto”.

Como se ve, en ambos casos se producen remisiones, pero la disposición sobre la falta de cooperación de los Estados Partes —a diferencia de la norma sobre la falta de cooperación de otros Estados— estipula, además, que la CPI podrá hacer una constatación en ese sentido (es decir, de las circunstancias de la falta de cooperación) antes de efectuar una remisión. La distinción que aparece en esta frase demuestra las ligeras diferencias entre las obligaciones en materia de cooperación de los Estados Partes y los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma.

Si bien puede decirse que sólo hay ligeras diferencias en el texto del Estatuto con respecto a los Estados Partes y los Estados que no son partes, esas diferencias tienen importantes consecuencias en el plano práctico, dado que reflejan formas de abordar la cuestión de la falta de cooperación de los Estados. La clave para resolver esa cuestión reside en las siguientes preguntas. Cuando un Estado que no es parte no coopera, ¿la CPI tiene competencia para encarar la cuestión? En caso afirmativo, ¿cuál órgano en particular de la CPI lo hará, y qué procedimiento habrá de seguirse? Si la CPI no puede encarar la cuestión ¿a qué órgano habrá que remitirla entonces?

Si la cuestión es remitida a la Corte por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la CPI puede informar al Consejo la falta de cooperación del Estado que no es parte. El Consejo tiene autoridad para encarar la cuestión de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. De ser necesario, el Consejo puede incluso considerar la posibilidad de adoptar las sanciones apropiadas contra el o los Estados en cuestión. En todos los demás casos, la CPI puede, al menos, remitir el caso de falta de cooperación a la Asamblea de los Estados Partes de la Corte. Sin embargo, en el artículo 112 (2) (f) no se hace referencia alguna al tipo de medidas que la Asamblea de los Estados Partes podría adoptar al recibir una remisión de este tipo.

Si un Estado que no es parte omite cooperar con la Corte, la Asamblea de los Estados Partes de la CPI obviamente carece de la autoridad o la capacidad para censurar a ese Estado o exigirle que asuma su responsabilidad como Estado. Dado que los Estados que no son partes no han ratificado el Estatuto, no tienen una obligación directa y vinculante en virtud de los principios generales del derecho internacional. Lo que es más, habría una diferencia esencial entre sus derechos y obligaciones y los de los Estados Partes en la CPI. Sin duda, si un Estado que no es parte ha expresado su voluntad de cooperar y ha celebrado un acuerdo con la CPI sobre un caso determinado, ese Estado ha asumido, por consiguiente, la obligación de cooperar en ese caso, al igual que los Estados Partes. La CPI o los Estados Partes en la Corte tienen derecho a exigir a ese Estado que cumpla sus obligaciones de cooperación.

El mismo principio se aplica a los casos remitidos por el Consejo de Seguridad a la CPI. Si el Consejo de Seguridad adopta una resolución con arreglo al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, esa resolución es vinculante para todos los Estados Miembros de la ONU. Consecuentemente, todos los Estados deben

cumplir y todos tienen obligaciones en materia de cooperación. Si un determinado Estado Miembro de la ONU no coopera, la Corte, aunque ese Estado no sea parte en la CPI, puede remitir la situación al Consejo de Seguridad y éste puede adoptar las medidas necesarias de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta.

Sin embargo, cabe señalar que la CPI es ligeramente distinta de los dos Tribunales *ad hoc*. Desde que el Consejo de Seguridad los instituyó como órganos subsidiarios del Consejo, el Estado que se rehúsa a cooperar con ellos puede incurrir en incumplimiento de sus obligaciones directas conforme a la Carta de las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad tiene derecho a responder a tales Estados en forma directa, adoptando medidas con arreglo al capítulo VII de la Carta, y puede incluso llegar a imponerles sanciones. Esta autoridad del Consejo de Seguridad cuenta con fundamentos jurídicos que la garantizan.

La CPI no es un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ni es un órgano de las Naciones Unidas. Si un caso no ha sido remitido a la Corte por el Consejo de Seguridad, la Corte carece de fundamentos jurídicos para remitirlo al Consejo. La remisión a la Asamblea de los Estados Partes difícilmente puede garantizar resultados prácticos, ya que no goza de la misma autoridad que el Consejo de Seguridad y carece de autoridad para imponer a los Estados soberanos sanciones por incumplimiento.

No obstante, la Asamblea de los Estados Partes es una entidad *sui generis*. De las disposiciones generales del Estatuto de Roma se desprende claramente que puede, al menos, adoptar resoluciones en nombre de toda la Corte para censurar la falta de cumplimiento y solicitar al Estado en cuestión que asuma su responsabilidad. Por ende, las resoluciones de la Asamblea sí tienen efectos tanto en los Estados Partes como en los que no son partes, por lo cual influyen las actitudes de éstos respecto de la cooperación con la Corte. Como es lógico, cuantos más Estados se adhieran a la CPI, tanto mayor será la influencia de la Asamblea de los Estados Partes, y tanto más fácil será que tenga efectos en las relaciones de cooperación entre la Corte y los Estados que no son partes en ella.

Conclusión

En principio, los tratados son vinculantes sólo para los Estados Partes y no crean derechos ni obligaciones para los Estados que no son partes. No obstante, si la cuestión se considera a la luz de los principios generales del derecho internacional, esto es, tomando en cuenta la autoridad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con la Carta de la ONU, la posible remisión a la Corte por parte del Consejo de Seguridad y las disposiciones del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949, la cooperación con la CPI deja de ser voluntaria, sino que se transforma en obligatoria en el sentido del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, aunque un Estado no se haya adherido a la CPI, puede de todos modos, en ciertos casos, estar sujeto a la obligación de cooperar con la Corte.

Conforme al artículo 87 del Estatuto de Roma, la Corte puede invitar a

cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto a celebrar un acuerdo sobre la cooperación y la asistencia judicial sobre la base de un “arreglo especial”. La expresión “o de cualquier otra manera adecuada” en el mismo artículo significa que las formas y los medios de cooperación de esos Estados son muy flexibles. En otras palabras, siempre que las partes interesadas afirmen que son apropiados, la CPI y los Estados que no son partes pueden utilizar cualesquiera medios de cooperación y cooperación judicial, independientemente de que sean oficiales o no oficiales.

Desde el establecimiento formal de la CPI, que tuvo lugar el 1º de julio de 2002, han pasado tres años y medio. La comunidad internacional espera que la Corte realmente haga su aparición en el teatro de los juicios. La expectativa es comprensible. Sin embargo, la eficacia y el éxito o el fracaso de la CPI no deben juzgarse por el número de casos efectivamente llevados a juicio. La Corte se instituyó a efectos de castigar los delitos internacionales, lograr la reconciliación entre grupos étnicos y mantener la paz mundial a través de la justicia. El “principio de complementariedad” establecido en el Estatuto de Roma refleja esos objetivos. Por lo tanto, tanto los juicios internacionales como los nacionales serán eficaces si su objetivo es juzgar y castigar a las personas que han cometido crímenes de naturaleza internacional. Si la evolución del derecho penal internacional y el efecto disuasivo de la CPI conducen al funcionamiento eficaz de los ordenamientos jurídicos nacionales, el establecimiento de la Corte merece ser considerado un éxito, aunque el número de los juicios que tramita sea limitado. Si bien la CPI ha cosechado el apoyo de la comunidad internacional en su conjunto, sus recursos y capacidades son, después de todo, limitados. Además, mientras que las cortes penales internacionales pueden conocer de ciertos casos importantes, la lucha contra el delito internacional y a favor de la justicia internacional sigue dependiendo, en gran medida, de los sistemas nacionales.

Por lo demás, el hecho de que las personas que deben rendir cuentas de los crímenes que cometieron eludan el enjuiciamiento y el castigo gracias al incumplimiento de la obligación de cooperar de los Estados supondría, sin duda, un fracaso de la CPI y de toda la comunidad internacional.

En la práctica, la cooperación de todos los Estados con el TPIY también ha sido objeto de obstrucciones importantes, y numerosas órdenes de detención expedidas por el Tribunal no han sido ejecutadas. Por ello, es evidente que, incluso cuando las resoluciones obligatorias del Consejo de Seguridad exigen el cumplimiento de los Estados, algunos de ellos continúan poniendo trabas al cumplimiento a través de sus leyes internas. Por esta razón, la cooperación con la CPI no será fácil en la práctica. Mientras que muchos autos de acusación librados por la TPIY fueron ejecutados por las tropas de la OTAN y las fuerzas de mantenimiento de la paz en el territorio de ex Yugoslavia, no se dispone de esas fuerzas en países como Uganda, Congo o Sudán. Se trata de un problema práctico. Si la Corte expide una orden de detención en respuesta a una solicitud del fiscal formulada conforme al artículo 58 del Estatuto de Roma, pero el cumplimiento de esa orden se demora o no se realiza por la falta de cooperación de los Estados afectados, la autoridad de la Corte se verá indudablemente menoscabada.

Además, la cooperación es una cuestión que toca a ambas partes. El presente

artículo se ha centrado en la cooperación de los Estados con la Corte. Sin embargo, amén de la cuestión relativa a la cooperación de los Estados, también existe la cuestión política de cuáles casos acepta la CPI. Por ejemplo, Côte d'Ivoire presentó una solicitud a la CPI de conformidad con las disposiciones del artículo 12 del Estatuto de Roma, solicitando a la Corte que investigara la situación en el país⁵⁵. Este concepto es ajeno a la intención de los legisladores. La idea original en el establecimiento de la CPI era poner fin a “la cultura de la impunidad”. En otras palabras, su finalidad es juzgar a las personas que han cometido crímenes de su competencia cuando las autoridades nacionales pertinentes no están dispuestas a enjuiciar a sus propios funcionarios y, sobre todo, a sus líderes nacionales, como en el caso de Slobodan Milosevic, o no sean capaces de hacerlo porque tomaron parte en conflictos armados, como Bosnia-Herzegovina y Ruanda. Por ende, el “principio de complementariedad” establecido por la CPI, que permite a la Corte ejercer su competencia cuando un Estado “no está dispuesto” o “no es capaz” de enjuiciar los crímenes es, como se ha explicado, una medida de apoyo destinada a impedir que las personas que hayan cometido crímenes de índole internacional eludan el castigo.

Côte d'Ivoire no es parte en la CPI. Presentó una solicitud a la Corte *per se* porque no está “dispuesto” a enjuiciar los crímenes. En consecuencia, el ejercicio de la competencia por parte de la CPI satisface las condiciones previstas en el Estatuto. Pero si los Estados que no son partes en la CPI le remitieran todos los casos que no están dispuestos a enjuiciar, pero que son de competencia de la Corte, también se plantearía un problema difícil de resolver.

En pocas palabras, el problema de la cooperación de los Estados que no son partes en la CPI es una cuestión práctica específica, sensible e importante, que hay que abordar según las circunstancias particulares de cada caso. Para favorecer el desarrollo ulterior de la CPI, es fundamental encontrar las soluciones satisfactorias que permitan resolver esta cuestión.

55 Comunicado de prensa de la CPI, “Registrar confirms that the Republic of Côte d'Ivoire has accepted the jurisdiction of the Court” (El Secretario confirma que la República de Côte d'Ivoire ha aceptado la jurisdicción de la Corte), 15 de febrero de 2005.

Las organizaciones humanitarias y los tribunales penales internacionales: la cuadratura del círculo

Anne-Marie La Rosa

Anne-Marie La Rosa es asesora jurídica en el Servicio de Asesoramiento de la División Jurídica del CICR. La autora también es profesora de derecho penal internacional en el Centro Universitario de Derecho Internacional Humanitario de Ginebra.

Resumen

En este artículo, se examina el papel de las organizaciones humanitarias en relación con los procedimientos judiciales cuya dimensión mundial fue modificada por el establecimiento de tribunales penales internacionales. Se describen las desavenencias y tensiones que las organizaciones humanitarias afrontan cuando se trata, por un lado, de prestar protección y asistencia a las víctimas de conflictos y otras situaciones de violencia y, por otro, de contribuir a la lucha contra la impunidad en casos de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Se proponen algunos elementos para un marco operacional que podrían contribuir a alcanzar esos ambiciosos objetivos difícilmente conciliables.

.....

Es bien sabido que las organizaciones humanitarias que actúan en situaciones de conflicto para prestar asistencia y protección a la población civil tienen conocimiento de hechos que, en muchos casos, podrían constituir pruebas pertinentes en procedimientos penales internacionales. Como trabajan sobre el terreno, pueden dar cuenta del desarrollo de los sucesos e incluso ser testigos o víctimas directos de violaciones graves del derecho internacional humanitario. A veces, son la única presencia internacional que las partes en el conflicto autorizan en situaciones delicadas y, por consiguiente, en las que hay más probabilidades de que se cometan violaciones del derecho humanitario. Esta reflexión no es, en modo alguno, teórica; en la práctica, los fiscales de los tribunales penales internacionales han recurrido, en varios casos, al testimonio voluntario de representantes de organizaciones humanitarias. Basándose en esa práctica, por lo demás, el Fiscal del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) hubiera querido que un ex empleado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) diera testimonio en 1999. Ello se tradujo en un importante fallo sobre la inmunidad testimonial absoluta del CICR, que luego se consignó en los documentos constitutivos de la Corte Penal Internacional (CPI).

Dado que la CPI ahora ha comenzado a ejercer sus funciones, la cuestión del papel de las organizaciones humanitarias en los procedimientos penales internacionales tiene particular importancia, pues sobrepasa la jurisdicción geográfica limitada de los tribunales *ad hoc*. Abarca todas las situaciones que la CPI podría investigar, que suelen ser las situaciones en que se han realizado o se llevan a cabo actividades humanitarias. En sus investigaciones, los funcionarios de la CPI se ponen en contacto con actores humanitarios nacionales e internacionales, con representantes de terceros Estados, con organizaciones internacionales o con organizaciones no gubernamentales que trabajan, con diferentes fines, en favor de una misma población. Algunas organizaciones que actúan sobre el terreno también se dedican activamente a recabar pruebas que podrían ser útiles para el Fiscal de la CPI, lo que a veces dificulta el establecimiento de una clara distinción entre todos esos actores. El ataque contra trabajadores humanitarios después de que la CPI emitió las primeras órdenes de arresto en Uganda puede ser el signo de que las personas que temen ser perseguidas por la CPI ven a las organizaciones que trabajan sobre el terreno como auxiliares de la investigación, informantes potenciales o testigos claves para el proceso¹. Esas personas pueden verse tentadas a tratar de deshacerse de las organizaciones humanitarias, amenazando directamente la seguridad de sus colaboradores, o simplemente negándoles acceso a las escenas de los crímenes y, por consiguiente, a la población directamente afectada.

El objetivo de este artículo es examinar el estado de la relación que han entablado las organizaciones humanitarias y los tribunales penales internacionales desde que éstos fueron establecidos. Este artículo se refiere, en lo posible, a todas las

1 Pueden hallarse referencias a estos incidentes en la prensa, en Oxfam International, "Recent killings of aid workers leave hundreds of thousands without help and living in fear in northern Uganda" (comunicado de prensa, 26 de octubre de 2005), disponible en: http://www.oxfam.org/en/news/pressreleases2005/pr051026_uganda (visitado el 5 de abril de 2006).

organizaciones humanitarias, aunque, en la práctica, el hecho de que sus cometidos difieran significativamente puede influir en la naturaleza de su relación con los órganos judiciales. Este artículo también se propone presentar el marco jurídico dentro del cual esa relación puede ser más estrecha, y los incentivos instaurados para alentar la cooperación de esos importantes actores en los procesos judiciales. Para ello, se examinan aquí las principales disposiciones de los documentos constitutivos de los tribunales penales internacionales y la reciente evolución en la jurisprudencia pertinente. En la segunda parte de este artículo, se analizan las condiciones necesarias para que el sistema global de la acción humanitaria cumpla su doble objetivo: prestar asistencia y protección a las víctimas de conflictos armados y de otras situaciones de violencia, y sancionar las violaciones graves, cuando éstas exigen la cooperación con los tribunales penales internacionales. En este sentido, se pasa revista a las medidas que podrían adoptarse con fines de prevención, es decir antes de que se requiera la cooperación concreta con los órganos judiciales. Luego, se analizan las diferentes acciones y medidas que las organizaciones humanitarias pueden adoptar para minimizar los efectos que la participación en procedimientos judiciales puede tener en sus actividades y en las de otras organizaciones, cuando la cooperación judicial es inevitable.

Situación de la relación entre las organizaciones humanitarias y los tribunales penales internacionales

El hecho de que se considere que poseen informaciones que podrían utilizarse como pruebas en los procedimientos penales internacionales, llevó a las organizaciones humanitarias a evaluar, en cuanto las jurisdicciones penales internacionales comenzaron a ejercer funciones, los efectos de la cooperación judicial en el desempeño de su cometido. Sin embargo, en general no han publicado las políticas que pueden haber adoptado para establecer los límites de esa cooperación, a pesar de que ello no les ha impedido, en la práctica, entablar vínculos con los tribunales penales internacionales. Sólo el CICR ha sentido la necesidad de recordar su política al respecto, que queda englobada en sus directrices relativas a las gestiones en caso de violaciones del derecho internacional humanitario². Esas directrices dejan en claro que el CICR no participa en procedimientos judiciales, lo que significa que no proporciona documentos internos o confidenciales, o testimonios, aunque se le ofrezca protección. Sin embargo, está dispuesto a entregar documentación a toda parte que la requiera, cuando esa documentación ya haya sido difundida públicamente; este caso ya se ha dado en numerosas ocasiones. Además, está dispuesto a mantener contactos con organismos judiciales sobre temas relativos

2 “Las gestiones del *International Review of the Red Cross* en caso de violaciones del derecho internacional humanitario o de otras normas fundamentales que protegen a las personas en situación de violencia”, *International Review of the Red Cross*, N.º 858, junio de 2005, disponible en www.cicr.org/spa/rev, visitado el 5 de abril de 2006 (en adelante, Directrices). Se publicó una versión anterior de esas directrices en la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, marzo-abril de 1981.

a la aplicación o la interpretación del derecho internacional humanitario³. De ese modo, el CICR procura hallar un equilibrio entre sus prerrogativas operacionales y la obligación que tiene de promover el derecho internacional humanitario y combatir la impunidad.

Otras organizaciones humanitarias han extendido los límites de la cooperación y aceptado participar en procedimientos judiciales internacionales de diferentes maneras. Los acontecimientos muestran que los tribunales penales internacionales *ad hoc* han adoptado la práctica de remitir informes producidos por las organizaciones humanitarias y de derechos humanos, como pruebas a cargo en enjuiciamientos, en algunos casos sin que los autores de los informes tengan que testificar ante el tribunal. Cuando se hace referencia a esos informes en las sentencias, se les atribuye, al parecer, un valor probatorio seguro, al menos por lo que se refiere al contexto en que se han cometido crímenes específicos. Algunas organizaciones humanitarias también han aceptado testificar de manera voluntaria en procesos judiciales, a pesar de que es posible que hayan sido forzadas a hacerlo en virtud de los amplios poderes coercitivos que tienen los tribunales penales internacionales *ad hoc* para hacer cooperar a individuos o entidades que pueden proporcionar pruebas a cargo.

En general, la cooperación de las organizaciones humanitarias se circunscribe cuidadosamente en negociaciones con la parte —en la mayoría de los casos, el Fiscal— que quiere hacerlas comparecer como testigos ante el tribunal. El testimonio también puede depender de algunas adecuaciones, que se examinan en forma detallada a continuación. La jurisprudencia de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* complementa los instrumentos jurídicos aplicables, pues precisa en qué condiciones se otorgan medidas protectivas o privilegios, que estén estipulados en sus documentos constitutivos o no, y qué organizaciones pueden beneficiarse de ellos.

Marco jurídico del testimonio de las organizaciones humanitarias y adaptaciones aplicables

Se describen aquí tres situaciones: los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), el Tribunal Especial para Sierra Leona y la CPI⁴.

3 Directrices, p. 383.

4 Sobre esta cuestión, v. K. Mackintosh, “Note for humanitarian organizations on cooperation with international tribunals”, *International Review of the Red Cross*, vol. 86, N.º 853, marzo de 2004, pp. 131–46.

Los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y Ruanda

Los Estatutos de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* imponen una obligación expresa a los Estados de cooperar con ellos⁵. Disponen específicamente que los Estados deben cooperar con los tribunales y responder sin demora a todo pedido de asistencia, mediante la reunión de testimonios y la obtención de pruebas. La fuerza vinculante de esta obligación dimana de las disposiciones del capítulo VII y el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas⁶. Así pues, los Estados están obligados a tomar medidas internas para establecer un sistema que permita obtener, por la fuerza si es necesario, las pruebas que les soliciten los tribunales, de personas naturales o jurídicas. Si se niegan a hacerlo, se les puede hallar en desacato al tribunal.

Cuando la defensa o el fiscal solicita la cooperación de una organización humanitaria, ésta puede recurrir a varios mecanismos establecidos en los textos constitutivos, sobre todo si se le pide declarar como testigo ante el tribunal, a fin de minimizar los efectos de esa cooperación en sus actividades y reducir en lo posible, y si se reúnen las condiciones necesarias, la publicidad a que pueda dar lugar su colaboración. Por ejemplo, puede proporcionar información al fiscal, pero pedirle que no revele la fuente, aunque la prueba sea exculpatoria e independientemente del propósito previsto⁷. También puede solicitar que se apliquen medidas de protección, que impidan la divulgación de la información al público en general e incluso a la defensa⁸, o solicitar autorización para proporcionar pruebas en una declaración por escrito, y no en un testimonio oral ante el tribunal⁹.

Sierra Leona

Las condiciones establecidas para el Tribunal Especial para Sierra Leona son similares a las que se aplican a los dos tribunales penales internacionales *ad hoc*, salvo que, en este caso, sólo el Estado de Sierra Leona está obligado a cooperar con el Tribunal. En un acuerdo entre Sierra Leona y las Naciones Unidas, el Gobierno se compromete a cooperar con el Tribunal Especial¹⁰. En consonancia con el espíritu

5 Estatuto del TPIY, art. 29; Estatuto del TPIR, art. 28. Esta obligación es reafirmada por el Consejo de Seguridad de la ONU, en la Resolución 827 (1993), párr. 4, sobre el TPIY, y en la Resolución 955 (1994), párr. 2, sobre el TPIR. V. también el art. 54 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de los Tribunales.

6 TPIY Blaskic, Sala de Apelaciones, Caso No. IT-95-14, *Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997* (29 de octubre de 1997), párr. 26.

7 RPP de los Tribunales, reglas 68 (enmendada en 2004) y 70. Para una interpretación exhaustiva de esta disposición, que no toma en consideración el propósito de la divulgación de la información de manera confidencial (por ejemplo, a los efectos de obtener pruebas nuevas), v. TPIY, Milosevic, Sala de Apelaciones, *Caso N.º No. IT-02-54, public version of the confidential decision on the interpretation and application of Rule 70 of the RPE of the Tribunals* (23 de octubre de 2002), párrs. 20 y 25.

8 *Ibid.*, regla 75.

9 *Ibid.*, regla 92 bis.

10 *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*, art. 17 (16 de enero de 2002).

de ese acuerdo, la legislación de aplicación dispone que toda orden emitida por el Tribunal tendrá la misma fuerza o efecto que las órdenes emitidas por los tribunales nacionales; lo que significa que es posible obligar a una persona renuente a declarar como testigo y que esté en el territorio de Sierra Leona, incluida una persona vinculada con una organización humanitaria, a comparecer ante el Tribunal¹¹. Sin embargo, está claro que ese poder no es válido fuera de Sierra Leona y que no existe una obligación similar que vincule a otros Estados.

Corte Penal Internacional

A diferencia de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc*, que fueron establecidos por resoluciones del Consejo de Seguridad, de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, la CPI fue establecida por consenso. Por otra parte, los tribunales penales internacionales *ad hoc* tienen primacía sobre los tribunales nacionales, mientras que la finalidad de la CPI es complementarlos, y todos los mecanismos de cooperación se establecieron sobre la base de esa premisa. De modo que la fuerza vinculante de la CPI no deriva de los poderes que la Carta de las Naciones Unidas otorga al Consejo de Seguridad. Sin embargo, la obligación de cooperar rige tanto para los Estados que son Partes en el Estatuto de Roma de la CPI como para los que no lo son, porque están vinculados por las disposiciones del derecho internacional, y en especial, del derecho internacional humanitario. Concretamente, los Estados Partes tienen la obligación general, de conformidad con el Estatuto de Roma, de cooperar plenamente con la CPI en la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia¹². Además, dispone que los Estados deben cumplir las solicitudes de asistencia formuladas por la CPI, facilitando la comparecencia voluntaria de testigos ante la Corte, lo que supone que la CPI misma no posee los poderes necesarios para obligar a un testigo a declarar¹³. Sin embargo, es posible, por supuesto, que diferentes legislaciones nacionales sean más coercitivas que los requisitos del Estatuto y dispongan sanciones para los testigos que se muestren renuentes a comparecer ante la CPI.

Por supuesto, no hay disposición convencional alguna que obligue a los Estados que no son Partes en el Estatuto de Roma a cooperar con la Corte. Ahora bien, la posibilidad que en el Estatuto se da a esos Estados de hacerlo¹⁴ es perfectamente conforme con la obligación que ellos tienen en virtud del derecho internacional humanitario de poner término a las infracciones graves. Asimismo, podría considerarse que los Estados que no son Partes en el Estatuto que cooperan con la Corte están cumpliendo su obligación de adoptar medidas para poner término a las violaciones graves del derecho internacional humanitario¹⁵.

11 *The Special Court Agreement, 2002, Ratification Act, 2002*, art. 20.

12 Estatuto de Roma, art. 86.

13 *Ibíd.*, art. 93 (1) (e).

14 *Ibíd.*, art. 87 (5).

15 Protocolo adicional I, art. 89.

Los documentos constitutivos de la CPI establecen mecanismos similares a los de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para alentar a los testigos a declarar y proporcionar pruebas. El Fiscal puede convenir en que no divulgará, en ninguna etapa del procedimiento, los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su confidencialidad y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas¹⁶. Análogamente, los testigos pueden contar con varias medidas de protección, que limitan la divulgación de la información¹⁷. Se dispone expresamente que todas las medidas de esa índole que adopte la Corte deben ejercerse de manera que no menoscabe los derechos del acusado y las normas que garantizan un juicio equitativo e imparcial, y que tome en consideración las necesidades de las víctimas, requisito que no establecen los tribunales *ad hoc*¹⁸. Por último, las organizaciones humanitarias pueden prevalerse de la norma de confidencialidad, sosteniendo que la información que poseen a causa de sus funciones no está sujeta a divulgación¹⁹. Si bien se reconoce que sólo el CICR tiene privilegio profesional, lo que significa que la información, los documentos o cualquier otra prueba que lleguen a manos del Comité en el desempeño de sus funciones tienen carácter privilegiado y, por lo tanto, no están sujetos a divulgación, las reglas permiten que otras organizaciones humanitarias prueben que su información es confidencial²⁰.

Jurisprudencia

Las decisiones adoptadas por los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* y el Tribunal Especial para Sierra Leona desde 1999 han complementado el fallo emitido en el asunto Simic, relativo a los trabajadores humanitarios en general. Algunas de esas decisiones consideran las disposiciones descritas más arriba y establecen las condiciones de aplicación, mientras que otras examinan la cuestión del reconocimiento de privilegio, que daría protección a los trabajadores humanitarios e impediría que fueran obligados a testificar debido a la naturaleza de la labor que desempeñan.

16 Estatuto de Roma, art. 54 (3) (e), y Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, regla 82.

17 Estatuto de Roma, art. 68.

18 *Ibid*

19 CPI, Reglas de Procedimiento y Prueba, regla 73.

20 Regla 73, párr. 2: "En cuanto a la subregla 5 de la regla 63, las comunicaciones que tengan lugar en el contexto de una categoría de relación profesional u otra relación confidencial se considerarán privilegiadas y, en consecuencia, no estarán sujetas a divulgación en las mismas condiciones que en las subreglas 1 a) y 1 b) si la Sala decide respecto de esa categoría que: a) Las comunicaciones que tienen lugar en esa categoría de relación forman parte de una relación confidencial que suscita una expectativa razonable de privacidad y no divulgación; b) La confidencialidad es esencial para la índole y el tipo de la relación entre la persona y su confidente; y c) El reconocimiento de ese carácter privilegiado promovería los objetivos del Estatuto y de las Reglas". Las condiciones establecidas en las subreglas a) y b) establecen que la divulgación sólo puede ordenarse cuando la parte interesada autoriza esa divulgación o cuando ha revelado voluntariamente el contenido de esa comunicación a un tercero y éste da prueba de esa divulgación.

El Comité Internacional de la Cruz Roja: el asunto Simic

Este asunto bien conocido planteó la cuestión de si un antiguo intérprete del CICR podía declarar como testigo de cargo, actuando por su propia iniciativa, en un asunto del que conocía el TPIY²¹. En una decisión emitida en julio de 1999, la Sala de Primera Instancia llegó a la conclusión de que el CICR goza del privilegio absoluto de abstenerse de divulgar la información y que, por lo tanto, no puede ser obligado a declarar como testigo o a proporcionar pruebas de ningún tipo. La Sala de Primera Instancia añadió que ese privilegio forma parte del derecho internacional consuetudinario y es vinculante para el Tribunal.

Si bien reconoció el privilegio de no divulgación, la Sala de Primera Instancia tomó la precaución de limitar el alcance como precedente que otras organizaciones humanitarias podrían atribuir a la decisión en el asunto Simic. Subrayó el estatuto *sui generis* del CICR entre las organizaciones humanitarias y reconoció que tiene la personalidad jurídica internacional necesaria para realizar la “labor fundamental” que le asignó la comunidad internacional de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario, a saber “prestar protección y asistencia a las víctimas de conflictos armados”²². Además, señaló que la inmunidad testimonial se basa, en gran medida, en la extensa práctica del CICR de trabajar con las partes en conflicto con discreción y de forma estrictamente confidencialidad, enfoque que se fundamenta en su adhesión permanente a los principios fundamentales que rigen sus actividades, en particular los de imparcialidad, independencia y neutralidad. La Sala añadió que “la inobservancia de la confidencialidad [en particular, mediante el testimonio] tendría el efecto adverso de destruir la relación de confianza en que [el CICR] basa su trabajo”²³. Esto diferencia aún más al CICR de las otras organizaciones humanitarias, cuyos estatutos o prácticas alientan la denuncia de las violaciones de las que son testigos. Otra decisión del TPIY sobre un corresponsal de guerra, emitida en 2002 por la Sala de Apelaciones, da una indicación más clara sobre las medidas que el tribunal está preparado a tomar para proteger a los actores humanitarios.

21 Varios autores han examinado este asunto: G. Rona, “El privilegio del CICR de no testificar: confidencialidad en la acción”, *International Review of the Red Cross*, N.º 845, marzo de 2002, disponible en <http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5tdqmk?opendocument> (visitado en enero de 2007); S. Jeannot, “Reconocimiento de la regla tradicional de la confidencialidad del CICR. Una decisión importante del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia”, *International Review of the Red Cross*, N.º 838, junio de 2000, disponible en <http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDP4D> (visitado en enero de 2007); S. Jeannot, “Testimonio de los delegados del CICR ante la Corte Penal Internacional”, *International Review of the Red Cross*, N.º 840, diciembre de 2000; A.-M. La Rosa, *Juridictions pénales internationales – la procédure et la preuve*, Presses Universitaires de France, París, 2003, pp. 157-210.

22 Simic, Caso N.º IT-95-9, *Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for a Ruling Concerning the Testimony of a Witness* (27 de julio de 1999), párrs. 47 y 72.

23 *Ibid.*, párr. 64.

Corresponsales de guerra: el asunto Brdjanin

En este asunto, la Sala de Apelaciones conoció de una apelación sobre una citación emitida por la Sala de Primera Instancia para que un corresponsal de guerra testificara en relación con una entrevista que había realizado, mientras cubría el conflicto en ex Yugoslavia²⁴. Concretamente, en febrero de 1994, el *Washington Post* publicó un artículo del apelante, Jonathan Randal, en que relataba lo dicho por una persona que estaba siendo enjuiciada en el TPIY. Estas declaraciones del acusado traslucían su intención criminal en relación con algunos de los crímenes que se le imputaban. La finalidad de la citación era, en especial, confrontar al periodista ante el tribunal en relación con la exactitud de las declaraciones citadas en el artículo. Es importante observar que esa decisión no se refería a la protección de fuentes confidenciales, pues, por la publicación de la entrevista, éstas eran conocidas. La cuestión, en ese caso, era si se debería reconocer un privilegio a los corresponsales de guerra que les permitiera negarse a testificar en procedimientos judiciales.

La Sala de Primera Instancia consideró que debía responder a tres preguntas. En primer lugar, ¿tiene el trabajo de los corresponsales de guerra un interés general? En caso afirmativo, la segunda pregunta es: ¿puede el hecho de hacer testimoniar a los corresponsales de guerra ante un tribunal menoscabar su capacidad de realizar su tarea? Si así es, ¿qué criterio sería adecuado aplicar para conciliar el interés público de proteger la labor de los corresponsales de guerra y el interés público de que el tribunal cuente con todas las pruebas pertinentes disponibles y, cuando corresponda, el derecho del acusado a refutar la prueba en su contra? Estas preguntas también pueden formularse, como se verá más abajo, en relación con la protección de las fuentes de un funcionario de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en un asunto que actualmente trata el Tribunal Especial para Sierra Leona.

Por lo que respecta a las dos primeras cuestiones, la Sala de Primera Instancia respondió afirmativamente. En su opinión, los corresponsales de guerra cumplen un papel fundamental al llamar la atención de la comunidad internacional sobre los horrores y la realidad de los conflictos²⁵. Es importante proteger la capacidad de los corresponsales de guerra de cumplir sus funciones, no porque pertenecen a una categoría profesional especial, sino porque su labor de investigación e información permite a los ciudadanos de la comunidad internacional recibir información crucial de las zonas de conflicto. La Sala de Apelaciones reconoció que es imposible determinar con certeza si el hecho de hacer comparecer a los corresponsales de guerra como testigos ante el TPIY puede obstaculizar su capacidad de trabajo y en qué medida, pero se negó a descartar esa posibilidad precipitadamente. Lo importante es que se siga considerando a los corresponsales de guerra como observadores independientes y no como potenciales testigos de cargo.

24 Brdjanin, Sala de Apelaciones, Caso N.º IT – 99-36, *Decision on interlocutory appeal* (11 de diciembre de 2002).

25 *Ibíd.*, párr. 36. Además, observa que “la información revelada por los corresponsales de guerra en más de una ocasión ha proporcionado importantes indicios a los investigadores de este Tribunal”

Así pues, consideró que

“hacer testimoniar *con regularidad* a los corresponsales de guerra ante el Tribunal Internacional puede tener graves consecuencias en su capacidad de obtener información y, por ende, en su capacidad de informar al público sobre temas de interés general. La Sala de Apelaciones no obstaculizará innecesariamente el ejercicio de profesiones que sirven al interés público”.²⁶

Por último, la Sala consideró que, antes de obligar a un corresponsal de guerra a declarar como testigo ante el tribunal, éste debe sopesar el interés público de facilitar la labor de los corresponsales de guerra y los intereses de la justicia de contar con todas las pruebas pertinentes. Tomando en consideración estas condiciones, el Tribunal sólo puede emitir una citación a un corresponsal de guerra si se llenan dos condiciones. Por una parte, se debe demostrar que el testimonio solicitado tiene un valor directo e importante para determinar una cuestión fundamental en el asunto de que conoce el Tribunal y, por otra, que ese testimonio no puede obtenerse razonablemente de otra fuente²⁷.

Esta decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY tiene particular resonancia, habida cuenta de la autoridad que la emite, y es vinculante para las salas de primera instancia²⁸. Por lo demás, no debe olvidarse que los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* comparten los jueces de apelación²⁹ y que el Tribunal Especial para Sierra Leona se guía, tal como establecen sus documentos constitutivos, por las conclusiones de las Salas de Apelaciones de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc*³⁰.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: el asunto Brima

En este asunto, aún por resolver, la fiscalía ha apelado contra una decisión de la Sala de Primera Instancia de ordenar a un ex miembro de la Misión de la ONU en Sierra Leona a revelar las fuentes de la información contenida en los informes que había producido sobre la situación en el país durante el período a que se refería el escrito de acusación³¹. En otras palabras, el Fiscal se opone a que ese funcionario

26 Ibid., párr. 44 (el subrayado es nuestro).

27 Ibid., párr. 50.

28 Sobre esta cuestión, v. TPIY, Aleksovski, Sala de Apelaciones, Caso N.º IT-95-14/1, Fallo (24 de marzo de 2000), párr. 107. V. también TPIR, Semanza, Sala de Apelaciones, Caso N.º ICTR-97-20, Decisión, Opinión Separada del Juez Shahabuddeen (31 de mayo de 2000).

29 Estatuto del TPIR, art. 13, párr. 4; Estatuto del TPIY, art. 14, párr. 4.

30 Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 20, párr. 3.

31 Tribunal Especial, Brima, Caso N.º SCSL-04016, *Decision on the Prosecution's oral application for leave to be granted to witness TF1-150 to testify without being compelled to answer any questions in cross-examination that the witness declines to answer on grounds of confidentiality pursuant to rule 70 (B) and (D) of the Rules* (16 de septiembre de 2005). V. *ibid.*, *Dissenting Opinion of Justice Doherty on the Prosecution's oral application for leave to be granted to witness TF1-150 to testify without being compelled to answer any questions in cross-examination that the witness declines to answer on grounds of confidentiality pursuant to rule 70 (B) and (D) of the Rules* (22 de septiembre de 2005).

rompa el acuerdo de confianza que había establecido previamente con un tercero, a fin de obtener información relevante para el ejercicio de sus funciones³².

La Sala de Apelaciones examina el alcance de las disposiciones de las Reglas de Procedimiento y Prueba destinadas a proteger las fuentes de la información remitida al Tribunal y plantea la cuestión de saber si esa categoría de empleado puede, en razón de la índole del trabajo que realiza, reclamar un privilegio, que le permitiría negarse a revelar la identidad de sus fuentes. En el pasado, para zanjar esa cuestión, se había decidido no obligar a los testigos a revelar esa información, por lo que la Sala no había tenido que decidir si ese privilegio existía o no³³. Considerando el importante papel que desempeñan, se autorizó al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a Amnistía Internacional y a Human Rights Watch a comparecer como *amici curiae*³⁴.

Si bien tiene algunas semejanzas con los casos examinados más arriba, este asunto presenta varias diferencias sustanciales. Implica a un funcionario de las Naciones Unidas que pertenece al mismo sistema que los tribunales penales internacionales *ad hoc* y cuya principal función es informar sobre violaciones de los derechos humanos. En ese sentido, la finalidad de su tarea es la denuncia, y debería ser alentado a testificar ante los tribunales penales internacionales, como mencionó la Sala, porque la finalidad de los informes que produce es reunir información de primera mano de personas que han sido testigos o víctimas de violaciones que son de la competencia de estos tribunales. Como algunas de las personas temen que su testimonio pueda atraer a la opinión pública, por lo general el fiscal les promete que no revelará su identidad. De modo que, en este caso, la confidencialidad está asociada a la relación de confianza entablada con las personas que pueden dar información y no con las autoridades, con las que por lo general no tiene contactos al respecto. Debe garantizar la confidencialidad, a fin de ganarse la suficiente credibilidad como para alentar a las personas con las que se entrevista a que tengan confianza en él. Los tribunales penales internacionales han reconocido sistemáticamente que ese tipo de empleados tienen inmunidad jurisdiccional por ser funcionarios de las Naciones Unidas, lo que exige que las salas soliciten al Secretario General que suspenda la inmunidad, si desean que esos funcionarios testifiquen ante los tribunales. El privilegio de abstenerse de divulgar las fuentes se añadiría entonces a la inmunidad jurisdiccional, que en este caso se suspendió con la condición de que el funcionario atestiguara a puertas cerradas, lo que fue autorizado³⁵.

32 Ibid., Prosecution appeal against decision on oral application for witness TF1-150 to testify without being compelled to answer questions on grounds of confidentiality (19 de octubre de 2005), párr. 50.

33 TPIY, Blaskic, Caso N.º IT-95-14, Decision of Trial Chamber I on protective measures for General Philippe Morillon, witness of the Trial Chamber (12 de mayo de 1999); TPIR, Bizimungu, Caso N.º 99-50, Decision on Defence motion for exclusion of portions of testimony of expert witness Dr. Alison Des Forges (2 de septiembre de 2005).

34 Sus informes fueron presentados los días 15 y 16 de diciembre de 2005, y la respuesta de la defensa se emitió el 17 de enero de 2006.

35 Cabe observar que ese mismo testigo fue apremiado (pero se negó) a revelar sus fuentes en el caso Norman (Caso N.º SCSJ-03-14), en el que dio testimonio a puertas cerradas.

A la luz de lo expuesto, parece difícil establecer cualquier tipo de analogía entre este caso y el caso Simic, que se refiere a la absoluta inmunidad testimonial del CICR y se basa en consideraciones jurídicas que no se aplican en este caso. Tomando en cuenta la naturaleza *sui generis*, el estatuto jurídico y la misión fundamental del CICR de prestar ayuda a las víctimas, que dimanan de los textos fundamentales del derecho internacional humanitario, reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto, los principios que rigen las actividades de la Institución y sus modalidades de trabajo, el caso Simic no puede servir de precedente para este caso o en casos relacionados con otros actores humanitarios. Los métodos de trabajo del CICR que se basan en la discreción y la estricta confidencialidad tienen como objetivo su relación con las autoridades y las partes en conflicto, a fin de obtener acceso a las víctimas y, de ese modo, desempeñar con eficiencia su cometido, y no reunir pruebas con fines de denuncia o información, como en el asunto Brdjanin. Sin embargo, este último asunto podría servir, en cierta medida, como guía, cuando se reconozca que se está ante intereses públicos contradictorios, se procure conciliarlos, y se proponga una solución para hacer justicia, respetando plenamente las normas y los principios de un juicio equitativo. En realidad, ésta es la postura adoptada en la opinión disidente emitida por uno de los magistrados³⁶.

Voluntarios de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja

Se han emitido dos decisiones en relación con dos casos que se remitieron al TPIR sobre voluntarios que trabajaban sobre el terreno para Sociedades Nacionales en el territorio de un tercer Estado durante un conflicto. Se planteaba la cuestión de saber si los trabajadores humanitarios que pertenecen a instituciones que forman parte del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, del mismo modo que el CICR, tienen derecho al mismo tipo de inmunidad testimonial que esta Institución, cuando participan en acciones de socorro internacionales y, en tal caso, en qué medida y con qué condiciones. En ambos casos, la defensa se opuso a la comparecencia de un testigo de cargo, argumentando que era necesario, en primer lugar, obtener la autorización del CICR, habida cuenta de la aplicación del principio de inmunidad testimonial reconocido en el asunto Simic.

Ambas decisiones reconocen la inmunidad testimonial absoluta del CICR, la cual impide a los actuales o antiguos empleados del CICR testificar ante un tribunal³⁷. Si bien, en la primera decisión, la Sala evitó pronunciarse sobre la cuestión de hecho, argumentando que ni el CICR ni la Sociedad Nacional de que se trataba se oponían a que el testigo prestara testimonio, en la segunda, llega a la conclusión de que éste trabajaba para la Sociedad Nacional y no para el CICR cuando observó los hechos relevantes para el caso³⁸. Además, la Sala halló que el privilegio

³⁶ Brima, v. nota 31.

³⁷ TPIR, Nyiramasuhuko, Caso N.º ICTR-97-21, *Decision on Ntahobali's extremely urgent motion for inadmissibility of witness TQ's testimony* (15 de julio de 2004); Muvunyi, Caso N.º ICTR-2000-55, *Reasons for the Chamber's decision on the accused's motion to exclude witness TQ* (15 de julio de 2005).

³⁸ Muvunyi, nota 37, párr. 14.

testimonial del CICR no se aplica a las Sociedades Nacionales³⁹, excepto cuando los empleados de la Sociedad Nacional formen parte de los equipos del CICR por un período de tiempo limitado⁴⁰. En esos casos, la participación a la que se refiere la Sala es diferente de las acciones de socorro internacionales en que los componentes del Movimiento actúan en forma coordinada⁴¹. Sin embargo, añade que no se ha producido prueba alguna para establecer que las Sociedades Nacionales, en algunas situaciones, podrían gozar de inmunidad testimonial por derecho propio, lo que implica que no descarta por completo la posibilidad de demostrar la existencia de una forma de inmunidad testimonial para las Sociedades Nacionales que no sea dependiente de la inmunidad otorgada al CICR. Sin embargo, aún deben definirse las condiciones y los métodos de aplicación. Por último, si bien la Sala consideró que, con arreglo al derecho internacional, no tenía la obligación de solicitar autorización de la Sociedad Nacional para conocer el testimonio de los testigos, es lamentable que la parte que quería hacer comparecer al voluntario como testigo —la fiscalía, en este caso— no se hubiera comunicado antes con la Sociedad Nacional, en el debido momento, a fin de ofrecerle la oportunidad de intervenir, si así lo deseaba.

Asistencia a las víctimas y represión de las violaciones: ¿conciliar lo inconciliable en el sistema global de la acción humanitaria?

Ante la creciente complejidad del entorno humanitario, cabe preguntarse si aún es posible y viable perseguir el doble objetivo de asistir a las víctimas y condenar públicamente las violaciones en el actual entorno humanitario, sobre todo cuando ello implica cooperar con los tribunales penales internacionales que trabajan en el mismo lugar de operaciones. Si sobre el terreno se asocia a las organizaciones humanitarias con un órgano judicial, las personas susceptibles de ser enjuiciadas podrán sentirse amenazadas e intentar neutralizar esos órganos. Éstos pueden decidir terminar toda cooperación, negar o restringir el acceso a las víctimas, sin hacer distinción entre las diferentes organizaciones *in situ*. La experiencia ha demostrado que, lamentablemente, hay quienes no dudan en amenazar o menoscabar la seguridad del personal de las organizaciones humanitarias, forzándolo a abandonar

39 Concretamente, la Sala subraya que: 15... el CICR y las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja son organizaciones totalmente diferentes en el plano jurídico, y debe hacerse una clara distinción entre ellas en todo momento. La [Sociedad de la Cruz Roja de Bélgica] es una organización nacional con un estatuto nacional y acuerdos nacionales. Está regida por órganos establecidos por sus estatutos... 16. Si bien el derecho internacional concede al CICR el privilegio excepcional de no divulgar la información que poseen sus empleados en relación con las actividades del CICR y, por lo tanto, prohíbe a la Sala aceptar esa información, la Sala opina que las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja no gozan de ese privilegio. El privilegio deriva del papel fundamental y único del CICR en el régimen establecido por los Convenios de Ginebra y su primer Protocolo (se omiten las citas).

40 Muvunyi, nota 37, párr. 17.

41 *Ibid.*, párr. 16. Sobre esta cuestión, v. Acuerdo sobre la organización de las actividades internacionales de los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Acuerdo de Sevilla), Consejo de Delegados, 25-27 de noviembre de 1997, en particular los artículos 5 y 6 (situaciones en que el CICR es responsable de la dirección y la coordinación general).

la zona y a poner término a las actividades que despliegan en favor de las personas afectadas. El consiguiente clima de tensión y hostilidad puede causar un deterioro en el diálogo de las organizaciones que siguen teniendo acceso a las víctimas con las partes concernidas.

El interés de este artículo no es, en modo alguno, argüir en pro de la tipificación de los modos de acción empleados por las organizaciones humanitarias, o anteponer una modalidad de trabajo a otra o permanecer inactivos ante las violaciones de los derechos fundamentales. En opinión de la autora, la existencia de diversos modos de acción ha servido, en la práctica, a los intereses de las víctimas. La finalidad es, más bien, centrar la atención en la formulación de condiciones que permitan, por una parte, que todas las personas con las que las organizaciones humanitarias entablan contactos comprendan mejor las acciones que éstas realizan y, por otra, que los medios de acción de esas organizaciones sean lo más coherentes y previsibles posible cuando se trate de cooperar con los tribunales penales internacionales. Sin embargo, si, a la luz de los criterios establecidos, una organización humanitaria decide cooperar con un tribunal penal internacional o es obligada a hacerlo, debe estar plenamente consciente de las consecuencias y hacer uso de los mecanismos establecidos en las disposiciones pertinentes, a fin de reducir al mínimo los efectos de esa acción en las otras actividades que realiza y en el ámbito humanitario en general.

Políticas más previsibles: pensar antes de que surja la necesidad de cooperar en procesos judiciales

La denuncia y la persuasión son dos medios de acción o gestiones para hacer frente a violaciones o para prevenirlas, con miras a promover un mayor respeto del derecho internacional. La persuasión se utiliza para convencer a las autoridades responsables de la conducta ilícita de que prevengan o pongan término a las violaciones de las normas internacionales; en cambio, la denuncia de las violaciones se utiliza como medio de hacer presión sobre las autoridades u otras entidades que han cometido violaciones, a fin de que cambien su conducta. Son modos de acción complementarios que se utilizan ante casos de violación, y corresponde a cada organización evaluar la situación y elegir el enfoque que le permitirá lograr los mejores resultados. Por ejemplo, el primer modo de acción al que el CICR recurre en caso de violación del derecho internacional humanitario por una parte concreta, es emprender gestiones basadas en un diálogo bilateral y confidencial⁴². Esta opción de la Institución deriva de una postura pragmática que se basa en años de experiencia, la cual ha demostrado que la confidencialidad permite mantener un diálogo franco con las autoridades y entidades concernidas, evitando el riesgo de politización que

42 Con respecto a las directrices mencionadas más arriba, este enfoque también se prefiere en otras situaciones de violencia en las que actúa el CICR. V. nota 1. V. también J. Kellenberger, "Acción humanitaria: ¿hablar o callar?", *International Review of the Red Cross*, N.º 855, septiembre de 2004, disponible en www.cicr.org/spa/revista. Para un análisis de las modalidades de trabajo del CICR en relación con la detención, v. A. Aeschlimann, "La protección de los detenidos: la acción del CICR tras las rejas", *International Review of the Red Cross*, N.º 857, marzo de 2005, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

conlleva el debate público. Esta política también tiene el objetivo a largo plazo de lograr un cambio permanente de la conducta que contribuya a un mejoramiento duradero de la situación y, por consiguiente, a aliviar el sufrimiento de la población afectada por conflictos o situaciones de violencia.

Sin embargo, en muchas situaciones, el CICR trabaja junto a otras organizaciones que pueden estar mucho más dispuestas a condenar públicamente las violaciones, mientras persiguen el otro objetivo, es decir, prestar asistencia a las personas afectadas por esas violaciones. No se trata de favorecer un modo de acción en detrimento de otro, o de evaluar cuál es más eficaz; deberían verse, simplemente, como modos de acción complementarios que se utilizan para abordar la cuestión de las violaciones y que enriquecen el sistema global de protección y asistencia humanitarias.

Con todo, el establecimiento de tribunales penales internacionales con competencia para enjuiciar a las personas responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario ha cambiado la situación por lo que respecta a las posibles consecuencias de los modos de acción a que dan prelación los actores humanitarios y, especialmente, en la manera en que son percibidos por las partes en conflicto. En este nuevo contexto, en que se cree que las organizaciones humanitarias poseen información de primera mano, la denuncia ya no sólo se asimila a declaraciones públicas, sino que se ha convertido también en sinónimo de procesos judiciales. Como se dijo más arriba, esa asociación puede afectar la calidad del diálogo humanitario y alentar a las personas susceptibles de ser enjuiciadas en esos tribunales a limitar el acceso a la escena de sus crímenes, lo que puede tener graves consecuencias para toda la acción humanitaria. Habría que respaldar los esfuerzos por reducir al mínimo esas consecuencias adversas, haciendo más previsible las actividades que esas organizaciones despliegan sobre el terreno y su cooperación en procesos penales internacionales. En todo caso, debería quedar claramente establecido que el objetivo de las organizaciones humanitarias, es decir, las organizaciones que se dedican a aliviar el sufrimiento de las personas, sin distinción alguna de índole desfavorable⁴³, no es trabajar para los tribunales penales internacionales, aunque tengan los mismos ideales.

En este contexto, el CICR publicó, en junio de 2005, sus directrices sobre las gestiones que realiza en caso de violaciones del derecho internacional humanitario o de otras normas fundamentales que protegen a las personas en situaciones de violencia. Si bien se subraya que el modo a que da prelación el CICR son las gestiones bilaterales y confidenciales, las directrices también dejan en claro que la confidencialidad no es un fin en sí mismo, y tampoco es incondicional: en realidad, “el sentido y la justificación de la confidencialidad de las gestiones del CICR derivan de la calidad del diálogo que mantiene con las autoridades y, por consiguiente, del efecto que sus gestiones bilaterales confidenciales surtan en el ámbito humanitario”⁴⁴.

43 Tomado de los Principios Fundamentales declarados por la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, citado por la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Fallo del 27 de junio de 1986, Merits, Rec. 1986, pp. 14 y ss., párr. 242.

44 Directrices, v. nota 2, punto 2.3 “Modos de acción subsidiarios”.

Si sus gestiones no producen el efecto deseado, el CICR se reserva el derecho a recurrir a otros modos de acción subsidiarios, incluida la denuncia pública, cuyas condiciones de aplicación se especifican detalladamente en las Directrices⁴⁵.

El CICR hará una declaración pública sobre el hecho de que los actos atribuidos a una parte en conflicto constituyen una violación del derecho internacional humanitario sólo en circunstancias excepcionales y cuando estén reunidas las cuatro condiciones siguientes:

- (1) las violaciones son importantes y repetidas o susceptibles de repetirse;
- (2) los delegados han sido testigos directos de esas violaciones, o la existencia y la amplitud de esas violaciones se conocen por medio de fuentes seguras y comprobables;
- (3) las gestiones bilaterales realizadas confidencialmente y, llegado el caso, los esfuerzos de movilización humanitaria, no han logrado que cesen las violaciones;
- (4) tal publicidad beneficia a las personas o poblaciones afectadas o amenazadas.⁴⁶

Las directrices explican que el CICR recurrirá a la denuncia pública cuando tenga esperanzas de que, de ese modo, las autoridades o las entidades interesadas se verán incitadas a mejorar la sustancia de su diálogo con el CICR y tomarán más en cuenta sus recomendaciones. Al establecer condiciones estrictas con arreglo a las cuales puede recurrir a ese modo de acción y hacer públicas sus recomendaciones, el CICR evita tomar por sorpresa a las partes, lo que provocaría reacciones contraproducentes para el diálogo humanitario.

Sin embargo, la denuncia pública que pueda hacer el CICR no debe confundirse con el hecho de proporcionar pruebas a un tribunal penal internacional. Son dos modos de acción diferentes, que no persiguen el mismo objetivo, no responden a la misma lógica y no conciernen a las mismas autoridades. El propósito de la acción humanitaria es, ante todo, salvar vidas, no determinar responsabilidades penales. Esta es una justificación para que el CICR no proporcione testimonio ni documentos confidenciales en relación con investigaciones o procesos legales relativos a violaciones específicas, incluso de forma confidencial⁴⁷. En la práctica, quienes trabajan para organizaciones humanitarias por lo general no están bien equipados para recolectar pruebas de conformidad con los estándares técnicos requeridos por los procedimientos judiciales penales.

45 Además de la denuncia pública, las directrices mencionan la movilización humanitaria y una declaración pública sobre la calidad del diálogo confidencial bilateral, como otros modos de acción subsidiarios que podrían utilizarse antes de proceder a la denuncia pública.

46 Las mismas directrices se aplican a las violaciones de las normas fundamentales que protegen a las personas en situaciones de violencia.

47 Directrices, nota 2.

Desarrollo de los modos de acción cuyo objetivo es minimizar los efectos de la cooperación judicial

Hay varias maneras de minimizar los efectos de la cooperación judicial en el ámbito humanitario, que se basan en la práctica y en los textos pertinentes de los tribunales penales internacionales *ad hoc*. Sin embargo, es importante observar que no es tanto el acto de cooperar en procedimientos judiciales como los riesgos que conlleva esa cooperación lo que puede socavar las actividades destinadas a prestar protección y asistencia a las víctimas.

Argumento basado en el privilegio

Los desarrollos en la jurisprudencia antes mencionados revelan que algunas organizaciones internacionales y no gubernamentales que actúan, sobre todo, en el ámbito de los derechos humanos se basan en la naturaleza de su cometido (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) o en las funciones que cumplen (Amnistía Internacional y Human Rights Watch) para el reconocimiento del derecho de no divulgación de la información en procedimientos judiciales. Si se lo reconoce, ese derecho podría extenderse, por analogía, a otras organizaciones humanitarias. Ya se ha observado que el antecedente sentado por la decisión en el asunto Simic poco contribuye al establecimiento de ese reconocimiento. Sin embargo, el asunto Brdjanin ofrece más posibilidades, pues el tribunal considera que se trata de equilibrar intereses públicos contradictorios y asegurar que se haga justicia de conformidad con los estándares de un juicio equitativo. En realidad, esto es lo que los *amici curiae* y el Fiscal del Tribunal Especial para Sierra Leona están intentando demostrar en el asunto relativo a un ex miembro de la Misión de las Naciones Unidas en Sierra Leona, cuando debaten sobre el reconocimiento de un privilegio que le permita no revelar las fuentes de la información utilizada en los informes que produjo, con el argumento de que necesita preservar la relación de confianza con testigos potenciales y víctimas directas de las violaciones, a fin de obtener información de su parte.

Naturalmente, todas esas organizaciones también pueden reclamar un privilegio de no divulgación para los empleados que pertenecen a ciertas categorías profesionales (abogados, médicos, etc.), a quienes por lo general se reconoce un privilegio profesional debido a la índole confidencial de las tareas que realizan.

Protección de la confidencialidad

Como se dijo más arriba, las organizaciones humanitarias también pueden dar información a la parte que lo requiera, con la condición de que se preserve su índole confidencial⁴⁸. A pesar de que no hay garantías de que la información provista por la organización o el hecho de que ha cooperado no se filtrará, lo que tendría las consecuencias indeseables antes descritas, este modo de acción permite

48 V. más arriba, texto que acompaña las notas 7 a 20.

a las organizaciones humanitarias concentrarse, por lo menos ante la opinión pública, en prestar asistencia a poblaciones necesitadas. Los mecanismos disponibles para preservar la confidencialidad también pueden ser útiles en caso de que las organizaciones estén obligadas a dar la información con que cuentan.

Testimonio: medidas de protección y formas de prestar testimonio

Testificar es la forma más visible de cooperación con los tribunales penales internacionales. Sin embargo, hay algunos mecanismos que pueden emplearse para reducir al mínimo la visibilidad. Por ejemplo, una organización humanitaria puede pedir que se apliquen medidas de protección, siempre que se reúnan las condiciones establecidas en las disposiciones pertinentes, sobre todo las relativas a la seguridad. Esas medidas incluyen prestar testimonio a puertas cerradas, la no divulgación pública de las actas del juicio y la expurgación en las actas públicas del tribunal de los datos que puedan revelar la identidad de la organización interesada. Además, puede solicitarse a los testigos que den pruebas en una declaración por escrito, en lugar de que testifiquen ante el tribunal, o que se presenten como testigos expertos, lo que, en la práctica, suele otorgarles mayor libertad para mantener la confidencialidad de sus fuentes⁴⁹.

Sin embargo, cuando una de las partes solicita a una organización que testifique en procedimientos penales internacionales, ésta no debería esperar que el tribunal emita un requerimiento antes de negociar las condiciones en las cuales comparecerá. En la práctica, los tribunales suelen estar dispuestos a conceder las medidas de protección consensuadas previamente con las partes, incluida la medida de prestar testimonio a puertas cerradas, a pesar de que, en este caso, a veces se compromete el principio de publicidad de los debates judiciales.

Observaciones finales

La represión penal internacional como medio de castigar, prevenir y poner término a violaciones graves del derecho internacional humanitario es ahora uno de los modos de acción al que los Estados, las organizaciones internacionales y la sociedad civil dan prelación casi unánimemente, y el hecho de que los tribunales penales internacionales hayan comenzado a ejercer sus funciones sin duda ha cambiado las características del ámbito humanitario en general. Se ha visto que la presencia de un componente judicial sobre el terreno puede incitar a las personas susceptibles de ser investigadas y sometidas a procesos penales, que por lo general son las que pueden mejorar la situación, se retiren del diálogo humanitario e incluso nieguen a las organizaciones humanitarias el acceso a los lugares en que han cometido crímenes y, por consiguiente, a las víctimas. También pueden verse tentadas a amenazar la seguridad de los trabajadores humanitarios, pues los perciben como potenciales testigos a cargo o informantes.

⁴⁹ TPIR, Bizimungu, nota 33.

Sin duda, la situación para las organizaciones humanitarias es paradójica, y difícil de resolver; es como tratar de dar con la cuadratura del círculo. Por un lado, no pueden desentenderse del importante papel de los procesos penales internacionales en los esfuerzos por lograr un mayor respeto del derecho y, por otro lado, piensan en el peligro que pueden correr sobre el terreno, si dejan que se tenga la impresión de que pueden cooperar en procedimientos penales. Además, una negativa categórica a cooperar podría llevar a que se les obligue a testificar en virtud de los poderes asignados a los tribunales penales internacionales, cuando no haya una inmunidad.

A la luz de estas observaciones, se propone que las organizaciones humanitarias aborden la cuestión mucho antes de que se solicite su participación en procesos judiciales, con miras a incorporar los términos y las condiciones en virtud de los cuales recurrirían a la denuncia pública y la medida en que ello implicaría la cooperación judicial dentro del marco de una estrategia operacional coherente. Esto permitiría que todas las partes interesadas tengan una percepción más clara de los modos de acción utilizados por las organizaciones humanitarias y haría que sus acciones sean más coherentes y previsibles. A su vez, esto ayudaría a evitar sorpresas y reacciones que resultarían contraproducentes para el ámbito humanitario en su conjunto. Deben continuar los esfuerzos por lograr una mayor concienciación de los tribunales penales internacionales sobre estas cuestiones, con miras a que tengan una mejor comprensión del alcance de la cooperación y de las diferentes formas que ésta puede adoptar.

Además, se ha visto que, cuando una organización humanitaria decide cooperar con un tribunal penal internacional o se ve compelida a hacerlo, hay mecanismos que pueden utilizarse para minimizar los efectos de la cooperación en sus demás actividades y en la acción humanitaria en general. Esperamos que este artículo, al identificar las tensiones y los factores antagónicos relacionados con estas cuestiones, contribuya a hallar un equilibrio entre la asistencia y la protección de las víctimas, el propósito fundamental de la acción humanitaria, y los avances en la lucha contra la impunidad, con tribunales nacionales e internacionales que trabajen juntos para crear un sistema de justicia verdaderamente universal.

INTERNATIONAL **REVIEW** of the Red Cross

Debate humanitario: derecho, políticas, acción
**Comisiones de la Verdad
y la Reconciliación**

EDITORIAL

Las comisiones de la verdad y de la reconciliación han demostrado ser una herramienta importante para ayudar a las sociedades a transigir con la herencia del pasado. Forman parte de diferentes proyectos destinados a reconstruir el tejido social, económico y jurídico de una sociedad tras un conflicto o un régimen autoritario. Por lo común, procuran determinar quiénes fueron las víctimas, la verdad sobre lo que padecieron, y la forma en que se podría encarar y reparar el dolor sufrido. Mientras que la función de los tribunales es determinar la inocencia o la culpabilidad del presunto perpetrador, las comisiones de la verdad se centran en las víctimas y en sus experiencias individuales.

La tarea de las comisiones de la verdad es echar luz, de forma circunstanciada, sobre los abusos cometidos en el pasado. En los juicios, la atención se centra en el acusado y en la protección de sus derechos. En cambio, las comisiones de la verdad suelen permitir que las víctimas relaten su historia en un lugar menos formal y aséptico. Esta modalidad también tiene una utilidad terapéutica: la elucidación de los hechos en los procedimientos de revelación de la verdad es una forma de catarsis para las víctimas, y las familias, al enterarse de la suerte que corrieron las personas desaparecidas, pueden iniciar el proceso de duelo. Además, las comisiones son un medio que permite a las víctimas obtener reparaciones por los abusos sufridos. A menudo, esas reparaciones son de índole simbólica y suelen instrumentarse a través de la prestación de servicios.

Las comisiones de la verdad pueden producir pruebas concretas de crímenes terribles. Sin esas pruebas, es posible que los grupos sociales, étnicos o políticos vinculados a la violencia estén menos dispuestos a aceptar la responsabilidad por los papeles que desempeñaron sus grupos. También concretan, en cierta medida, el proceso de responsabilización, al señalar a las instituciones y, por extensión, a las personas que las encabezan. Sin embargo, tienden a no nombrar a los presuntos perpetradores, sino a hacer hincapié en las fallas institucionales que permitieron que ocurrieran los crímenes y a proponer reformas para prevenir la repetición de esos sucesos.

Las comisiones de la verdad alientan la articulación de las narraciones históricas de los sobrevivientes y procuran integrar sus relatos. Comprender lo que una generación desea transmitir a la siguiente sobre lo que sucedió en un conflicto es tan importante como el medio por el cual se transmite esa historia. El reconocimiento oficial, expresado a través de las constataciones de una comisión, puede ayudar a las víctimas a recuperar su dignidad.

La cuestión de cómo lograr alguna forma de reconciliación y sanar las heridas de una sociedad que ha sido sometida al genocidio, violaciones masivas, torturas y otros daños físicos y psicológicos, no tiene una respuesta fácil, y menos aún si las condiciones previas que dieron lugar al conflicto siguen vigentes e inalteradas. La finalidad de la reconciliación es ayudar a una sociedad a dejar atrás su pasado turbulento y encarar un futuro más estable y menos violento.

Gracias a su índole menos conflictiva, las comisiones de la verdad y de la reconciliación parecen ser más capaces de promover la reconciliación que los juicios. La estabilidad social y política que surge de la verdadera reconciliación abarca tanto los vínculos interpersonales como las relaciones sociales más amplias dentro de las comunidades y entre ellas, que no pueden abordarse en los procesos judiciales. La reconciliación requiere la avenencia entre los antiguos antagonistas, la transigencia con las injusticias y la violencia del pasado, la elaboración de nuevas relaciones sociales y políticas y el reajuste de las identidades grupales. Cada sociedad necesita crear su propia fórmula para superar la devastación sufrida, especialmente tras haber padecido atrocidades masivas.

Las comisiones de la verdad y de la reconciliación son, por ende, de índole inherentemente política, no sólo por su origen, sino también por sus resultados. Uno de los casos más claros de una comisión marcada por el compromiso político fue el de la Comisión de la Verdad en Chile. Aunque la labor de esa Comisión fue muy valiosa, su mandato se vio severamente limitado: sólo podía investigar muertes y desapariciones, pero no casos de tortura u otras violaciones de los derechos humanos; todas sus audiencias se celebraron a puertas cerradas, y se le prohibió nombrar a los culpables. Lo mismo puede decirse de la labor de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, fruto de una serie de arreglos políticos. Esos arreglos objetables, como amnistiar a personas culpables de graves violaciones de los derechos humanos, suelen ser vistos como la única alternativa frente a la posibilidad de que vuelva a estallar un conflicto.

Desde la Segunda Guerra Mundial, la lucha contra la impunidad se ha convertido en una preocupación universal, sobre todo en los casos de graves violaciones del derecho humanitario y de los derechos humanos. Sin embargo, a pesar de las exhortaciones a la justicia y la rendición de cuentas, los funcionarios gubernamentales a menudo optan por amnistiar a las personas responsables de violaciones atroces de los derechos humanos, alegando que sólo este procedimiento impedirá el rebrote del conflicto y ayudará a la sociedad a lograr una transición estable del conflicto a la paz. En lugar de procurar instituir procedimientos penales completos contra los criminales de guerra y los autores de violaciones de los derechos humanos, los Gobiernos apelan, cada vez más, a las comisiones de la verdad, reemplazando los juicios penales por la revelación de la verdad.

En los casos de crímenes internacionales cometidos por motivos políticos, incluidos los crímenes de lesa humanidad, puede concederse la amnistía a raíz de un acuerdo negociado, o porque resulta materialmente imposible enjuiciar a los culpables. La amnistía puede, entonces, redundar en la impunidad de los principales culpables y socavar la credibilidad de las comisiones de la verdad y la reconciliación como mecanismo clave para el establecimiento de una nueva sociedad. El deseo de ver a los culpables pudrirse en la cárcel nace, al menos en parte, del sentido de satisfacción que genera, por lo común, el funcionamiento de la justicia punitiva, incluso si se duda de las ventajas de ésta.

Se plantea, pues, el dilema de alcanzar un equilibrio entre el deseo de materializar los aspectos punitivos de los procedimientos penales, incluido el castigo de los culpables, y la necesidad de sanar a la sociedad en su conjunto. Esquemáticamente, desde el punto de vista de los derechos humanos, en las sociedades en transición, es necesario robustecer la justicia; en contraste, desde el punto de vista político, los procedimientos penales pueden obstaculizar o, al menos, demorar la reconciliación, y es mejor mirar hacia el futuro en lugar de volver al pasado. Un notable ejemplo de ese dilema es la amnistía ofrecida en julio de 2006 por el Gobierno de Uganda al Ejército de la Resistencia del Señor con el fin de lograr el cese de las hostilidades, a pesar de los espantosos crímenes cometidos por ese grupo. Esa medida contrasta marcadamente con la reciente orden de detención librada por el fiscal de la Corte Penal Internacional.

Según el informe del Secretario General de las Naciones Unidas, el concepto de la justicia de transición comprende una serie de procesos y mecanismos que una sociedad pone en marcha para intentar transigir con los abusos sistemáticos cometidos en el pasado, a fin de garantizar la rendición de cuentas, aplicar la justicia y alcanzar la reconciliación. Ese concepto implica que, en situaciones de transición, la función de la justicia es diferente de la que cumple en otros momentos. A diferencia de la visión habitual de la justicia como un sistema basado en conceptos bien establecidos de orden, estabilidad y comunidad, el papel de la justicia en situaciones de transición parece ser el de ayudar a pasar de una situación de conflicto a una situación de “paz”. La justicia de transición adopta muchas formas: sanciones penales (como los juicios y las condenas penales), o sanciones no penales (como la purga del sector público) e incluso la amnistía. Todas esas formas tienen complejas dimensiones políticas, históricas, jurídicas, psicológicas y morales. La justicia de transición puede ser punitiva o represiva, basarse en procedimientos judiciales o en la reparación. Sin embargo, la importancia de la justicia como un medio para lograr la transición es evidente. Se parte de la hipótesis de que la actuación de la justicia es una condición fundamental para alcanzar la paz y la reconciliación verdaderas. Este concepto de la década de 1990 parece haberse originado en el deseo de restablecer la justicia como eje de los procesos de transición.

El papel de las comisiones de la verdad y la reconciliación es diferente de la función judicial. Por lo general, las comisiones se proponen como un proceso alternativo que ayude a fundar un futuro profundamente diferente. Aunque el proceso judicial es un componente clave de toda transición, ciertamente no es suficiente por sí solo. Adolece de importantes limitaciones en su capacidad de testimoniar la verdad de los traumas colectivos, y se concentra sólo en algunos perpetradores. Normalmente, el mecanismo judicial no puede ocuparse más que de la punta del iceberg de los abusos sistemáticos. Además, el poder judicial puede haberse degradado o incluso haber sido cómplice de los abusos cometidos en el pasado. En los casos de abusos generalizados, es posible que el sistema judicial no sea capaz de juzgar a todos los culpables en un plazo razonable. En los casos de conflictos armados internos, es posible que todos los participantes hayan cometido abusos graves o hayan estado asociados con ellos. También puede resultar difícil reunir pruebas suficientes, sea porque fueron destruidas o porque los hechos sucedieron tiempo atrás. Se plantean problemas similares con los testimonios de los testigos oculares.

Por ende, en el proceso de la verdad y la reconciliación, el papel de la justicia puede verse seriamente limitado y cobrar pertinencia muchos años después. La importancia del paso del tiempo con respecto a las medidas de la justicia de transición se ha puesto de manifiesto en algunos países de Sudamérica. Fueron necesarios más de veinte años para que, en Argentina y Chile, los responsables de las violaciones de derechos humanos compareciesen ante la justicia. A principios de la década de 1980, Argentina estableció comisiones de la verdad para investigar los abusos perpetrados bajo la ex junta militar, pero las medidas adoptadas para enjuiciar a los culpables provocaron la amenaza de un nuevo golpe militar, lo que llevó a introducir leyes destinadas a impedir los procesamientos. Sólo en 2005, la Corte Suprema proclamó la inconstitucionalidad de esas leyes y abrió las puertas a los juicios penales por los crímenes cometidos en Argentina.

Promover la justicia, la responsabilidad, el alivio psicológico y la reconciliación es una tarea extremadamente difícil y costosa, que puede llevar diez o más años y requerir numerosas intervenciones. Las necesidades de las víctimas deben evaluarse en relación con los objetivos de corto y largo plazo de la sociedad. Se deben reducir al mínimo los daños causados a cada sobreviviente, mientras se consagran los máximos esfuerzos a alcanzar esos objetivos. Esos esfuerzos sólo tendrán éxito si se suman a otras medidas de reconstrucción social. El hilo conductor entre la justicia de transición, la política, el trauma físico o psicológico y el objetivo de las comisiones de la verdad y la reconciliación es el apremiante deseo de las víctimas de recuperar la dignidad y asegurarse un futuro mejor.

Toni Pfanner
Redactor jefe

COMISIONES DE LA VERDAD Y LA RECONCILIACIÓN

Entrevista a Salomón Lerner*

Salomón Lerner fue presidente de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú de 2001 a 2003. Tras dos décadas de conflicto armado, violencia política y sufrimientos causados por un régimen autoritario, el Gobierno de Perú estableció dicha Comisión para abordar los factores que hicieron posible la violencia, y las consecuencias de la destrucción y los padecimientos físicos y morales, sobre todo en los sectores más humildes y empobrecidos de la sociedad peruana. La Comisión publicó su informe el 28 de abril de 2003. Salomón Lerner es ahora presidente del Instituto para la Democracia y los Derechos Humanos, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la que fue rector de 1994 a 2004. Además, fue presidente de la Unión de Universidades de América Latina, donde antes había sido vicepresidente para las universidades de la región andina. Tras haber estudiado derecho en Perú y obtener un doctorado en filosofía en la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica), el doctor Lerner trabajó en varias instituciones académicas y ahora es investigador asociado en la Universidad de Tokio. Además de muchos otros reconocimientos, el doctor Lerner fue condecorado, en 2003, con la Orden al Mérito de la Policía Nacional del Perú como Gran Oficial, por el Ministerio del Interior de Perú.

⋮⋮⋮⋮

¿Qué significa para la sociedad de un país darse cuenta de la necesidad de una comisión de la verdad?

La creación de una comisión de la verdad, en cualquier sociedad, implica el reconocimiento de un drama y de una desgracia acaecidos en su seno y que merecen ser, de algún modo, puestos al descubierto. Pero, ante todo, la creación de una comisión de la verdad es el inicio de una toma de conciencia de que en un país hay una sociedad viva, que es protagonista de su historia, y que dicha historia se presenta

* La entrevista fue realizada el 10 de abril de 2006, en Lima, por la profesora Elizabeth Salmón, del Consejo editorial de de la *International Review of the Red Cross*, y Philippe Gaillard, jefe de la delegación del CICR en Perú.

con las características de relativo desconocimiento que obligan a una revisión del pasado de modo tal que pueda afirmarse tanto la identidad de esa nación, así como asegurarse los fundamentos de su desarrollo futuro. Una comisión se crea porque hay algo que no llega a ser asimilable en aquello que la memoria nos ofrece; porque en una determinada sociedad surge la necesidad de investigar ese pasado.

Les diría que finalmente lo que hay es una necesidad de revisar las pruebas pertinentes para que esa historia, que uno acostumbra recitar, se demuestre correcta y efectivamente vivida por esa sociedad y, por lo tanto, susceptible de ser asumida.

La eficacia de una comisión de la verdad depende de la existencia de una demanda social de justicia, pero no sólo una demanda de parte de las víctimas, sino de la sociedad entera ¿En qué medida una comisión es más eficaz si es que hay todo un sentir social con relación a la necesidad de crearla?

Considero evidente que la consistencia del trabajo que pueda realizar una comisión de la verdad proviene de una necesidad sentida por todo el organismo social, no simplemente por aquellos que, habiendo sido víctimas, piden de algún modo que se les haga justicia a través de una evocación fidedigna de aquello que ocurrió. No es la comisión de la verdad un modo pleno de resarcir a las víctimas; constituye, más bien, una manera de comenzar con esa reparación, un proceso que apunta a restablecer la verdadera identidad histórica y social de un pueblo que, presumiblemente, ha errado el camino. Desde tal perspectiva, creo que las comisiones de la verdad se hallan reforzadas en su legitimidad en tanto que obedecen a un sentir compartido por todos, y no sólo se constituyen como una respuesta a las demandas de verdad y justicia hechas por quienes fueron directamente víctimas de atropellos.

Ciertamente, creo que es difícil que se pueda crear una comisión de la verdad sólo como respuesta al reclamo de aquellos que fueron víctimas. Las comisiones de la verdad surgen cuando hay una experiencia socialmente compartida; cuando la categoría de víctima de alguna manera se hace mucho más extensa y profunda, en el sentido de abarcar no solamente a los que fueron directamente vulnerados, sino a todo el cuerpo social que ha sufrido traumas que lo afectan de modo significativo en el curso de su vida normal. Y es deber, entonces, de quienes gobiernan una nación y de quienes tienen la responsabilidad de sacar adelante a un país, recoger esta exigencia de revisión del pasado y responder así tanto al sector directamente concernido de las víctimas cuanto a todo el cuerpo social que también ha sido lesionado, pues no se puede afirmar de una sociedad que ella vive en la normalidad cuando un sector de la misma ha sido violentado en sus derechos fundamentales sin que se haya investigado sobre tales hechos y se hayan extraído de tal examen las conclusiones pertinentes.

Se habla del concepto de verdad. ¿Una comisión de la verdad descubre una verdad, la muestra o la construye? ¿Y eso tiene que ver con una tradición fenomenológica que dice que no es posible llegar a una verdad objetiva?

Ahí hay un problema interesante desde el punto de vista de la filosofía y también desde la experiencia vivida. Si nos quedamos con la pura noción de verdad predicativa, categorial, aquella que ha estado vigente durante más de veinte siglos de pensamiento occidental, es decir, la verdad como adecuación o concordancia entre aquello que se dice y el objeto de quien se dice algo, como la correspondencia entre lo que se piensa y aquello sobre lo cual se piensa, creo que no alcanzamos a comprender de modo pleno la verdad que persigue una comisión de la verdad.

No se trata, y esto creo que se experimentó muy claramente en el caso de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, de simplemente investigar hechos objetivos, mensurables, cuantificables, situados en el espacio y que se pueden datar en el tiempo; hay un sentido quizás más rico de la verdad, aquel que usted indicaba como un concepto fenomenológico de la verdad, si es que por ello entendemos un proceso de descubrimiento, de corrimiento de velos y, por tanto, como exploración de sentidos, de significados referidos a actos humanos, es decir a acciones razonadas y voluntarias que comprometen el campo de los valores y la moralidad.

¿Cómo afecta la moralidad la labor de las comisiones de la verdad?

Las comisiones de la verdad están hechas para enfrentarse no a hechos brutos de la naturaleza, sino a acciones en las que hay motivaciones, decisiones y opciones éticas que nos colocan en el terreno del bien y del mal. Desde esa perspectiva, una comisión de la verdad juega su destino no tanto en el terreno de las verdades científicas –si bien no puede prescindir de ellas– sino más bien en el horizonte de los actos significativos, aquellos que sólo pueden ser cumplidos por los hombres y que, por ello, tienen relevancia moral. Lo que, a mi entender, se le pide a una comisión de esta naturaleza es una hermenéutica ética que permita juzgar conductas en relación a principios que han sido atropellados y sobre los cuales se construye tanto el destino de cada persona como la coherencia y sanidad del cuerpo social. Así pues, es ese sentido, si se quiere apofántico de la verdad, el que corresponde a lo que los griegos llamaban *aletheia*, el que tendría que asumirse como el que brinda fundamento y razón de ser a la existencia de las comisiones de la verdad y al trabajo que ellas cumplen. Por lo menos, así lo entendimos los miembros de la Comisión de la Verdad del Perú.

¿Hasta qué punto la verdad tal como usted la entiende, está construida?

La pregunta es legítima. Hemos hablado de interpretación y quien habla de interpretación habla, entonces, de alguien que pone algo de sí. Yo le diría que, si es que esta interpretación se realiza en función de determinados parámetros morales, y si además se cuenta con un anclaje en hechos comprobados, si finalmente la verdad que se expone consiste en un relato abierto, posible de ser ulteriormente enriquecido, en

fin, si no se está realizando un pronunciamiento ex cátedra y que se ha de convertir en dogma, entonces ahí tenemos una noción de verdad que creo es satisfactoria: develar el sentido de los hechos humanos en función de comportamientos que tienen que ser morales, a partir de hechos científicamente establecidos y con una lectura abierta a interpretaciones que puedan complementar esta especie de búsqueda inacabable de una verdad que, lo sabemos, jamás será total.

¿Cuál es la relación de ese concepto de verdad con la justicia?

Tal como nosotros lo experimentamos, fue una relación íntima, puesto que asumimos la verdad, entendida del modo que he descrito, como un primer paso que debía acercarnos a la justicia. En efecto, la búsqueda de sentido para diferentes comportamientos, la autenticidad con la cual rindieron su testimonio los actores del proceso estudiado, entender también lo que puedan haber sido las motivaciones, las sinrazones de los atropellos, fue ya un comienzo de justicia para con las víctimas, y diría también para con los victimarios, porque —y eso lo decía ya Hegel— el victimario tiene también el derecho a la justicia, tiene el derecho a ser castigado, en el sentido de que se abran para él las ocasiones de redimirse a través de la sanción que merece. Así pues, quedó claro para nosotros que, sin la verdad, no era posible la justicia, la cual adquiriría legitimidad a partir de una lectura auténtica y ética de los hechos.

¿Y en el sentido penal?

Pienso que sólo tiene sentido hablar de la justicia en el ámbito de la ley penal positiva si es que entendemos que ella existe a partir de determinadas normas morales, que son aquellas que en última instancia la validan. En el ámbito penal, “este más acá” es aquel que nos dice que los hechos que se han ejecutado con conciencia y propósito, por ende, en ejercicio de la libertad, implican responsabilidad y son merecedores de la sanción establecida.

Tratándose de actos realizados conscientemente en contra de lo que son valores inherentes a la persona, ellos acarrearán una responsabilidad que ha de ser asumida por el culpable. Ahora bien, en tanto que vivimos en sociedad y dentro de ella existe la autoridad que regula nuestras relaciones en vistas al cumplimiento de la justicia, le toca a dicha autoridad, al Estado, el objetivar la sanción correspondiente. Ello, como decía antes, no expresa únicamente el derecho de la sociedad a defenderse; es también la ocasión otorgada al que delinquirió para redimirse a través de la pena.

A finales de los años ochenta, un ex ministro de Relaciones Exteriores de Colombia dijo que la peor derrota del Estado sería perder la “batalla” de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. ¿Comparte esta opinión?

Estoy de acuerdo con esa afirmación porque perder esa batalla equivale a menoscabar de modo sustantivo la legitimidad de cualquier Estado. La razón de ser del Estado es la organización de la sociedad de modo tal que, dentro de ella, todos y cada uno puedan ser considerados personas. Si es que hay siquiera un ser humano

al que no se le reconoce su dignidad, ni su derecho a la vida y a la libertad, entonces el Estado que permite eso es un Estado que él mismo se pone en cuestión, y por ello abre la posibilidad para que fuerzas contrarias lo combatan y desconozcan. Esto a veces es difícil que lo entiendan los gobiernos que de alguna manera administran el Estado, poniendo en riesgo toda la estabilidad de la vida social. Curiosamente, hay veces en las que pareciera que lo anterior sí lo comprenden quienes combaten al Estado. Por ejemplo, Sendero Luminoso, en el caso peruano. El gran objetivo de Sendero —y Guzmán, en ese sentido, actuó con inteligencia maligna y perversa— era que el Estado se ensuciara y que violara los derechos humanos, porque se percataba de que en ese momento, desde el punto de vista ético, el Estado ponía en riesgo la superioridad moral que legitimaba su lucha contra el terror. En los documentos pertenecientes a Sendero sobre la rebelión en los penales indican cómo su intención era provocar al Estado para que cometiera genocidio, y el Estado cayó en la trampa y así perdió puntos en su combate contra el terrorismo.

“Ser humanitario es, antes que todo, ser política y militarmente correcto”. ¿Qué le parece esta afirmación?

Estoy de acuerdo con ella. La razón es simple: la dimensión ética y la dimensión práctica no se contradicen; la corrección no es en modo alguno obstáculo para la eficacia. El mejor favor que se le puede hacer a la democracia y a una sociedad es justamente abogar por el respeto de los valores que la fundan. El fin supremo del Estado, lo sabemos, es la persona humana. De allí que la correcta observancia de la vida política dentro de la democracia como sistema y el rol pertinente asignado a las fuerzas del orden que sirven a la sociedad —entendiéndolas como civilizada garantía del orden interno y justa defensa de los intereses de la Nación frente a amenazas de terceros— constituyan la mejor manera de cumplir con ese precepto constitucional que coloca al hombre como fin supremo de la vida social organizada.

En medio del genocidio ruandés a finales de abril de 1994, un dirigente del Frente Patriótico Ruandés, hoy día en el poder, contestó con respecto a las masacres: “Así es, pero no se olvide de que incluso durante y después del holocausto hubo sobrevivientes”. ¿Cómo interpreta esta respuesta?

Me ha dejado un poco desconcertado. No quisiera entender que lo que le dijo ese dirigente era que podía admitirse un holocausto en tanto hubiera sobrevivientes, considerándolos a éstos como un “pis aller” (en castellano sería: “mejor eso que nada”) ¿Es ese el sentido de la afirmación de este señor? ¿Finalmente aunque haya un holocausto, habrá siempre sobrevivientes?

Tal vez pensaba que “uno puede capitalizar la muerte hasta de sus propios hermanos”.

Me parece horrible y me parece que esa afirmación va de la mano y es del mismo calibre que las atrocidades que se cometieron. Porque, en última

instancia, (este señor) está juzgando una cuestión tan trágica para la historia de la humanidad como es el Holocausto o lo que ocurrió en Ruanda, desde la perspectiva absolutamente mercantil del costo-beneficio y de pérdidas que, finalmente, son aceptables. Es inadmisibles la pérdida de tan siquiera una vida humana. Pero aquí (en su afirmación) no se trata de una vida humana, sino de verlo un poco al por mayor, es decir: “total, si sobreviven algunos entonces, de alguna manera, se valida lo anterior, se valida que hayan muerto otros”. ¡Por Dios! Esta frase es de un absoluto cinismo. O sea que porque haya una memoria fiel, ¿hay que aceptar desgracias tremendas que puedan ser recordadas? Yo creo que no. Es preferible la ausencia de la memoria en tanto que no haya nada que recordar, y que se viva una vida serena y apacible. No por tener siquiera una exaltación de lo que es la memoria como conmemoración y como compasión, debemos pagar nosotros el precio de la muerte de la gente; es un precio demasiado alto. Yo creo que la memoria común se puede construir sin la necesidad de que esté referida a tragedias.

Del mismo modo, cuando, en 1996, el ejército israelí bombardeó un campo de refugiados en Líbano, y murieron 106 mujeres y niños, los “hermanos” de los muertos estaban supuestamente “alegres” porque el error político y militar les dio dividendos políticos.

Eso se equipara en sí mismo a una frase, muy socorrida, que la dijo un general del ex presidente Juan Velasco Alvarado, que luego fue ministro durante el segundo gobierno de Fernando Belaúnde: el “gaucho” Cisneros. Él decía que si hubiera que matar a 20 civiles para que con ellos se eliminaran dos o tres terroristas, entonces esa acción se justificaba. Es decir, habría que aceptar la idea de costos humanos marginales (daños colaterales) aplicando las medidas de costo-beneficio a seres que no admiten ese rasero. Estamos en el terreno de lo cualitativo, de lo que es bueno y que es malo, de lo que es humano, no de lo que es eficaz.

Esto de aquí, desgraciadamente, es parte de una lógica planetaria que va más allá de los conflictos. Es el meollo y el fondo mismo de una vida planetaria, tecnológica, tecnificada del mundo actual, en donde el supremo bien es la eficacia, y se pagan los costos que haya que pagar por ella. Creo que vivimos épocas de gran cinismo y en donde la lógica del mercado, es la que prevalece. El poder disponer incluso del hombre mismo. La filosofía de la fungibilidad es la que hoy funciona. Incluso el hombre es fungible, es sustituible. Eso va contra lo humano del hombre. Se olvida que cada hombre es un mundo y que la historia de cada hombre es la historia universal.

En esta dualidad de verdad y justicia, ¿qué papel ocupa el concepto de reconciliación?

Lo que le puedo decir, para no hablar en abstracto, es lo que ocurrió con la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. En la mencionada Comisión,

cumplimos un arduo trabajo de reflexión sobre temas de la filosofía. Ello nos permitió establecer un marco teórico que hiciera inteligible y sustentable todo lo que finalmente tuvimos que decir y proponer como recomendaciones, reparaciones y reformas.

Para nosotros, los conceptos de verdad, justicia y reconciliación estaban vinculados, de modo tal que se exigían recíprocamente. Me explico: para nosotros, la verdad —de raigambre moral— debía, para afirmarse plenamente, conducirnos a la justicia. Ésta, entendida tanto como sanción de crímenes cuanto como reparación de daños, era, a su turno, la condición necesaria para aproximarnos a un adecuado proceso de reconciliación.

Hablar, pues, de una sociedad reconciliada (que no es lo mismo que hablar de una sociedad sin conflictos, porque la conflictividad forma parte de la vida social), implicaba la acción de la justicia que nace de la verdad sin que, por tanto, la tarea se halle concluida. La justicia es condición necesaria, pero no suficiente, para la reconciliación; es una condición necesaria porque sin ella, para nosotros, las fracturas, los traumas sociales y las heridas quedarían abiertos, por más que se diga, muchas veces de modo interesado, que el paso del tiempo cura esos males. De otro lado, no es condición suficiente, porque si no cambian las condiciones que llevaron al conflicto, evidentemente, éste tendrá las posibilidades de renacer y todo este proceso doloroso de investigación de la verdad y de administración de la justicia se irá por la borda, pues las soluciones encontradas no resolverán el fondo mismo de los problemas que alimentan la violencia.

¿De qué modo encararon las condiciones subyacentes que condujeron al conflicto?

La reconciliación que nosotros propusimos consistía en una especie de refundación del pacto social en el Perú; es decir una nueva manera a través de la cual los peruanos pudieran entenderse entre sí y una nueva manera —más justa, más incluyente— en la que los habitantes de nuestro país pudieran ser entendidos por el Estado que los representa. Esta refundación la expresábamos también en un concepto que para nosotros es esencial: el de la ciudadanía plena, es decir, el reconocimiento por parte del Estado y la sociedad de los derechos inherentes a su condición de personas y de peruanos, para muchísima gente que, hasta ahora, sigue ausente de la vida del país. Personas que, al decir del sacerdote Gustavo Gutiérrez, son insignificantes para un Estado precario y débil, y para una sociedad egoísta que parece no tener otra preocupación que la salvaguarda de sus privilegios. Por eso pienso que no basta con que haya verdad, no basta con que se sancione a los culpables, no basta con que se pueda resarcir a las víctimas; si todo finalmente sigue igual en la estructura y el comportamiento del Estado y de la sociedad, estaremos destinados a repetir experiencias horribles.

Después de la entrega del informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en agosto de 2003, la sensación que tiene el Perú es que el informe ha tenido pocas repercusiones. ¿Significa eso un fracaso?

Yo diría que fracaso relativo. Pienso que dentro de un escenario ideal, cuando nace una comisión de la verdad obedeciendo a las razones que le expuse, es decir, como una exigencia del cuerpo social y no como simple pedido de un sector de la población, el informe final que ella produzca, si es que se ha trabajado con rigor y honestidad, será admitido y se hará realidad dentro de la historia de esa nación y de ese pueblo. En el caso del Perú, pienso que hubo sectores de la población que, aún antes de que naciera la Comisión de la Verdad, opinaron que no era necesario que ella existiera; yendo más lejos, hubo gente que se opuso de un modo muy tajante a que se creara esa comisión en el entendido de que el pasado, muerto está, y que cuanto más tiempo transcurriera alejándonos de ese pasado sería mejor, porque daría oportunidad para que las heridas cerrasen y para que la memoria histórica fuera aceptable, pues el olvido habría cumplido su tarea. Existiendo, pues, esa oposición desde un principio, no debe de extrañar que un sector de la población peruana no se haya mostrado dispuesto a aceptar lo que dice el Informe Final. Ahora bien, creo que es en el terreno de la vida política y a nivel de las autoridades gubernamentales en donde hemos encontrado las mayores desilusiones, pues es en esos terrenos en los que surgió una falta de interés —cuando no un rechazo virulento— al trabajo de la Comisión; situación que, en última instancia, no hace sino revalidar las objeciones tenidas desde un inicio.

Pero al lado de ello, es también necesario anotar que son numerosas las personas e instituciones que, habiendo seguido nuestro trabajo, habiendo sido testigos de las audiencias públicas realizadas y a la luz de las recomendaciones propuestas, han comprendido la importancia del esfuerzo desplegado y la necesidad imperiosa de hacer reformas sustanciales dentro de nuestra vida social, a la luz del diagnóstico de la realidad peruana que es, a fin de cuentas, la gran lección que nos deja el trabajo cumplido.

Todos estaban emocionados cuando, en 2003, el informe final de la Comisión fue entregado al presidente y, por ende, al pueblo peruano. ¿Cómo se sentía usted en ese momento?

Hay situaciones en las cuales el tiempo se condensa. Dicen que cuando uno va a morir, toda su vida la revisa en un instante. Guardando las distancias y un poco analógicamente, le puedo decir que en esos momentos, mientras leía mi discurso en el Palacio de Gobierno, frente a las más altas autoridades del país, se comprimió en mi mente, a manera de un fogonazo y casi de modo inconsciente, lo que fueron más de 24 meses de trabajo y, especialmente, lo que me fue dado experimentar en las numerosas visitas que tuvimos que realizar al interior del país. Se me aparecieron, asimismo, escenas estremecedoras de las audiencias públicas y en ellas el decir dolorido de personas que habían sufrido terriblemente. Todo eso,

de pronto, podría sintetizarse en las palabras que en una audiencia pública dijera con agobio y humildad, en un castellano apenas articulado, un campesino: “Señor Comisión de la Verdad, ojalá pues que ustedes usen justicia y que yo alguna vez llegue a ser peruano”. Creo que esa frase condensa toda la experiencia terrible del país, a la cual nos acercamos nosotros para revivirla en forma vicaria.

Calificaría entonces mi emoción como una tonalidad afectiva, que afloró ahí, sin quererlo, como una respuesta no pedida que surgía al decirle al presidente: “Aquí, señor presidente, están las personas que no tuvieron voz”. Ahí me sentí muy cerca de todas esas personas que sufrieron tanto, y por ello, creo, sentí que casi no podría seguir hablando. No fue, sin embargo, ésta la única vez que los miembros de la Comisión nos hemos sentido remecidos. En las audiencias públicas, si bien las mujeres cedían más fácilmente a la emoción y derramaban en silencio lágrimas, los otros miembros varones, también sentíamos el alma estrujada. En mi caso, y a propósito de lo ocurrido en Palacio, no sé si inconscientemente lo que deseaba era transmitirle un pedido de compasión al presidente.

¿Su experiencia como presidente de la Comisión de la Verdad y Reconciliación ha modificado al filósofo?

Totalmente y ¿sabe por qué? Porque he tenido la maravillosa oportunidad, que creo que pocos filósofos tienen, de enfrentar teorías filosóficas que las conozco, mal que bien, con la vida. En la filosofía se habla, pues, de la ética, de Aristóteles, de Kant, de Hegel, de Marx, de la libertad, de la justicia, de la verdad, del conocimiento, del valor de la ciencia; pues bien, todo eso, de alguna manera, estaba puesto a prueba con los hechos del día a día, que nos tocaba examinar.

Sucedió, pues, que asuntos sobre los cuales los filósofos y los sociólogos desarrollan interesantes y complejos estudios, que luego se traducirán en sesudos ensayos, se hicieron para nosotros carne. Se plantearon dilemas entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad. ¿Cómo debíamos actuar nosotros? ¿Debíamos decir la verdad de lo que encontráramos, aún cuando supiéramos que estas verdades podrían traer conmoción social, situaciones de malestar, e incluso, de pronto, de desconfianza hacia la propia Comisión, si es que halláramos algo que fuera censurable en las fuerzas armadas, en los buenos, y algo rescatable en los supuestos malos? ¿Teníamos que decir la verdad a toda costa o, siguiendo más bien la ética de la responsabilidad, debíamos tratar de, sin ocultar la verdad, no mostrarla en toda su crudeza en función de una serena vida social? Hubo allí argumentos de un lado y de otro.

¿Cómo afrontó esos dilemas?

Yo le puedo decir que triunfó la ética de la convicción en el seno de la Comisión y que entendimos perfectamente que nuestro deber era señalar la verdad sin tapujos, aún cuando esto no nos ganara los afectos de la clase política e inclusive de algún sector de la Iglesia. Se nos plantearon graves problemas, por ejemplo:

¿quiénes debían ser considerados víctimas? ¿Podían, en algún caso, ser víctimas los terroristas? Resultó claro para nosotros que un terrorista comprobado, que es secuestrado, torturado y luego desaparecido, era una víctima. Pero sabíamos cuán difícil sería hacer que la gente comprendiera eso y lo aceptara. Tan difícil, que la actual Ley de Reparaciones —que sólo existe hasta ahora en el papel— no considera víctimas a los terroristas, aún cuando hayan sido muertos en otras circunstancias que no sean las del combate.

Entonces, en especial los temas éticos, el tema antropológico —qué es, finalmente, lo que nos hace dignos, lo que nos hace hombres— fue lo que tuvimos que tratar y sobre lo cual, ya en el terreno de los hechos, debíamos pronunciarnos. Se nos presentaron, en cierto modo, todos los cuestionamientos que tan magistral y desgarradoramente plantea Primo Levi en su libro *Si esto es un hombre*. Así pues, todas estas cosas nos las preguntábamos y para mí, que venía de la filosofía, fue especialmente importante. Inclusive la consideración de estos temas fue importante para filósofos colegas míos, porque me reunía con ellos todas las semanas, los martes en la noche, para discutir sobre estos temas. Creo que hemos aprendido mucho, y todos ellos han ganado una cierta dosis de realidad en medio de su reflexión puramente teórica.

A principios de junio de 1994, a pocos días de que la capital Kigali cayera en manos del Frente Patriótico Ruandés, un grupo de matones llegó al hospital del CICR para entregar a una joven mujer tutsi y dijeron: “Ella es enfermera y ha estado todos estos meses con nosotros. A pesar de ser tutsi, no la queremos matar porque va a ser más útil trabajando en su hospital que muerta”. ¿Será que dentro de un marco de terror absoluto, lo bello puede llevar a conmover más que el horror?

Esa experiencia que usted ha vivido creo que la han tenido también muchas personas en los campos de concentración nazis, y hay testimonios de ello. Allí en esos lugares, donde se había perdido toda esperanza, en el fondo, a veces una frase, una pequeña melodía susurrada, una persona, abría un paréntesis de serenidad. Es que los seres humanos somos capaces de lo peor, pero tenemos unas antenas que están dispuestas a apreciar lo bello, a recrear, aun con poquísimas cosas, lo bueno, lo valioso del mundo y maravillarse.

Que uno sea lo que es, con todo lo horrible y trágico que eso pueda acarrear, es la maravilla de las maravillas. Con mi sola presencia, hago que el mundo tenga forma y sentido. Mi conciencia es una luz que ilumina las cosas, pero es, además, luz de ella misma. Ella me dice que, a pesar del lastre de mi pasado, de la carga de mi corporeidad, soy un ser de posibilidades, que no he dicho aún mi última palabra y que tengo ante mí, abierto y múltiple, el futuro, para escribir en él con mi comportamiento, y así ser el autor de mi propia historia.

El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?

Yasmin Naqvi*

Yasmin Naqvi es doctorando en Derecho Internacional en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra; diplomada en estudios superiores (DES) con especialización en Derecho Internacional (Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra) y Licenciada en Letras (B.A.) y en Leyes (LL.B.), con honores, por la Universidad de Tasmania.

Resumen

El derecho a la verdad ha surgido como concepto jurídico en los planos nacional, regional e internacional y se refiere a la obligación de los Estados de proporcionar información a las víctimas, a sus familiares o a la sociedad en su conjunto sobre las circunstancias en que se cometieron violaciones graves de los derechos humanos. En este artículo, se examina la noción del derecho a la verdad y se pone a prueba la fuerza normativa del concepto contra la práctica de los Estados y los organismos internacionales. Además, se consideran algunas de las consecuencias prácticas de transformar la “verdad” en un derecho jurídico, sobre todo desde la perspectiva del derecho penal.

.....

* Este artículo se basa en una ponencia presentada en el T.M.C. Asser Instituut en La Haya, el 29 de mayo de 2006, como parte de la serie de conferencias sobre derecho penal supranacional.

“El pueblo tiene el mismo derecho a la verdad que a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad”. Epicteto (55-135)

“La paz, si es posible; pero la verdad, a toda costa”.
Martín Lutero (1483-1546)

Introducción: la importancia de la “verdad jurídica”

El propósito fundamental de los procesos penales, sean nacionales o internacionales, es impartir justicia para reparar presuntos agravios cometidos por individuos. Al menos desde el punto de vista del derecho de *common law*, en los procesos judiciales, más que encontrar la verdad, se procura ofrecer pruebas que demuestren la culpabilidad o la inocencia —pruebas que son impugnadas, cuestionadas o interpretadas de diferentes maneras— para ganar el caso. Podría decirse que el método de investigación que se aplica en los sistemas de derecho romanista hace mayor hincapié en encontrar la verdad, pero el resultado final es el mismo: el caso se gana o se pierde si se convence, o no, al juez o al jurado de la culpabilidad o la inocencia del acusado. La “verdad jurídica” es tan sólo un producto secundario de un mecanismo de solución de diferencias.

Sin embargo, en los juicios en los que se investigan crímenes internacionales, la importancia de ese producto secundario que es la verdad jurídica ha asumido una nueva dimensión, debido, sin duda alguna, a los especiales objetivos fijados para el derecho penal internacional. Esos objetivos van mucho más allá de la mera determinación de la culpabilidad o la inocencia de algunos individuos, y pueden abarcar desde fines elevados, como contribuir al “restablecimiento y mantenimiento de la paz”¹ o al “proceso de reconciliación nacional”², hasta luchar contra la impunidad, disuadir o prevenir con respecto a violaciones futuras, satisfacer las necesidades de las víctimas y hacer valer sus derechos, eliminar del escenario político a actores políticos peligrosos, restablecer el estado de derecho y reafirmar el principio de la legalidad. Los objetivos también abarcan el efecto simbólico y ritual que produce el juicio penal en comunidades divididas, y permiten desplazarse de la culpa de la comunidad hacia la responsabilidad individual, reconstruir identidades nacionales a partir de interpretaciones del pasado a través del análisis y del proceso jurídicos penales, y dejar constancia de los hechos históricos con un sello jurídico.

¿Cómo llega aquí el derecho a la verdad? Se aduce que este concepto jurídico se entrecruza con los procedimientos penales internacionales en diversas formas: a veces, robustece la intención de enjuiciar a las personas acusadas de crímenes internacionales, y otras, anula la atención en el acusado individual, para,

1 Considerando 9 del preámbulo de la resolución del Consejo de Seguridad 808 (1993), del 22 de febrero de 1993, sobre el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

2 Considerando 7 de la resolución del Consejo de Seguridad 955 (1994), del 8 de noviembre de 1994, sobre el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

en cambio, centrar un caso en las repercusiones generales de los juicios penales internacionales. El deseo de llegar a la verdad puede incluso utilizarse para justificar el no enjuiciamiento de ciertos presuntos infractores en situaciones de “amnistía a cambio de la verdad” o de “inmunidad de uso” de la declaración. Algunas de las respuestas a la repentina terminación del caso *Milosevic*, visto por el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), a consecuencia del fallecimiento del ex líder yugoslavo, bastan para explicar esas repercusiones en términos sencillos. Svetozar Marovic, el presidente de Serbia y Montenegro, comentó: “Su muerte priva a la historia de la verdad completa”³. Milan Kucan, ex presidente de Eslovenia, se expresó en forma algo diferente: “Ahora, la historia tendrá que juzgar a Milosevic”⁴. Por otro lado, la fiscal del TPIY, Carla Del Ponte, mientras se lamentaba por la pérdida de justicia para las víctimas de los crímenes de los que se acusaba a Milosevic, deseaba subrayar que los testimonios de 295 testigos y unas 5.000 pruebas instrumentales presentadas al tribunal durante el juicio “representan un caudal de pruebas que han quedado registradas”⁵. Presumiblemente, el propósito de esta afirmación era destacar que la falta de sentencia no impidió que el juicio, con sus cuatro años de duración, alcanzase algunos de sus objetivos, en particular el de satisfacer, en alguna medida, el derecho a la verdad o el de dejar constancia de los hechos históricos. La pregunta que sigue sin contestar es si se necesita una sentencia para conceder a esas pruebas el estatuto de “verdad”⁶.

Llegado este punto, baste señalar que el derecho a la verdad, si realmente existe en el derecho internacional, se entrelazaría estratégicamente con los objetivos más amplios del derecho penal internacional, podría mencionarse, entre otros, el de restablecer y mantener la paz (porque, al exponer la verdad, las sociedades son capaces de prevenir la repetición de sucesos similares); facilitar los procesos de reconciliación (porque se considera que conocer la verdad es fundamental para ayudar a la reconciliación de comunidades escindidas)⁷; contribuir a erradicar la impunidad (porque saber la verdad sobre la identidad de los responsables

3 V. BBC News, “Former Yugoslav President Slobodan Milosevic has died in the detention centre at the Hague tribunal: Reaction to the news” (El ex presidente de Yugoslavia, Slobodan Milosevic, murió en el centro de detención del Tribunal de La Haya: reacciones ante la noticia”), 12 de marzo de 2006, en: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4796704.stm#world> (consultado el 23 de marzo de 2006).

4 *Ibid.*

5 Conferencia de prensa de la fiscal del TPIY, Carla Del Ponte, La Haya, 12 de marzo de 2006, en <http://www.un.org/icty/latest-e/index.htm> (consultado el 23 de marzo de 2006).

6 En la misma conferencia de prensa, la fiscal del TPIY también destacó la decisión de la Sala de Primera Instancia del 16 de junio de 2004, en la que rechazó la moción de la defensa de desestimar los cargos debido a la falta de pruebas. De este modo, de conformidad con la Regla 98bis, confirmó que la fiscalía contaba con pruebas suficientes y adecuadas para fundamentar una condena respecto de los 66 cargos. Sin embargo, de ningún modo puede interpretarse que esta decisión implique que Milosevic hubiese sido hallado culpable. La única interpretación posible es que “podría” haber sido así. V. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, IT-02-54-T, 16 de junio de 2004, párr. 9.

7 V. Decreto Supremo n.º 355, por el que se establece la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile: “Sólo sobre la base de la verdad será posible satisfacer las exigencias elementales de la justicia y crear las condiciones indispensables para alcanzar una efectiva reconciliación nacional”.

de violaciones conduce a la rendición de cuentas)⁸; reconstruir las identidades nacionales (fomentando la unidad de los países a través del diálogo sobre la historia común)⁹, y dejar constancia de los hechos históricos (porque la “verdad” sobre lo que sucedió puede ser objeto de un debate abierto y vigoroso en el tribunal, lo que fortalece la credibilidad de las pruebas aceptadas en el proceso penal). También cabría argumentar que el derecho a la verdad subyace al propio proceso del acto de procesamiento penal, dado que garantiza la correcta investigación de los crímenes y la transparencia en la forma de los procedimientos de *habeas corpus*, en las detenciones efectuadas por el Estado, y exige el acceso público a los documentos oficiales. Cuando se han pronunciado sentencias, la satisfacción del derecho a la verdad puede, plausiblemente, formar parte de las reparaciones a las víctimas¹⁰.

Todas estas consideraciones ligeramente amorfas llevaron a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su sexagésimo primer período de sesiones, a adoptar la resolución 2005/66, en la cual “[r]econoce la importancia

- 8 V. el Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, Addendum: “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, documento de la ONU E/CN.4/2005/102/Add.1, del 8 de febrero de 2005 (en adelante, “Principios actualizados para la lucha contra la impunidad”). En el Principio 2, se declara que “[c]ada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes”. En el Principio 4, se dispone lo siguiente: “Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.” En el Principio 1, se establece como obligación del Estado garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de las violaciones. El primer proyecto de esos principios se recoge en el Anexo II del informe final revisado preparado por el señor Joinet de conformidad con la decisión 1996/119 de la Subcomisión, documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.
- 9 V. Alemania, Ley n.º 12/2597, del 14 de mayo de 1992, sobre el establecimiento de la Comisión Investigadora sobre “Análisis y elaboración de la historia y las consecuencias de la dictadura del SED”, párr. I: “Analizar y elaborar la historia y las consecuencias de la dictadura del SED [Partido Comunista de Alemania Oriental, conocido como el Partido de la Unión Socialista de Alemania] en Alemania es un deber que han de cumplir conjuntamente todos los alemanes. Es una tarea particularmente importante para lograr la verdadera reunificación de Alemania”.
- 10 V. el Principio 11 de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, resolución 2005/35 de la Comisión de Derechos Humanos, del 19 de abril de 2005; resolución del Consejo Económico y Social 2005/35, del 25 de julio de 2005 (en adelante, “Principios básicos sobre recursos y reparaciones”), donde se dispone que “entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima (...) c) acceso a información pertinente sobre las violaciones (...)”. En el Principio 22 b) se dispone que el derecho a la reparación de la víctima comprende, como una modalidad de la satisfacción, “la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad (...)”. Asimismo, en el Principio 24 se establece que “las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como a conocer la verdad acerca de esas violaciones”.

de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos”. Pero, reconocer la importancia de un derecho es una cosa, y otra muy diferente es definirlo en el marco del derecho internacional. Por esa razón, en la resolución se pide que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos prepare un estudio sobre ese derecho “en el que figure información sobre los fundamentos, el alcance y el significado de ese derecho en el derecho internacional”, que se tomará en consideración en el próximo (sexagésimo segundo) período de sesiones. La finalidad del presente artículo es formular un análisis crítico de los fundamentos conceptuales de este derecho, explicar la noción del derecho a la verdad, y examinar sus consecuencias jurídicas, si las hay. En otras palabras, se procura determinar si se trata de un derecho real, identificable, con parámetros claros y que se pueda aplicar, o de una ficción jurídica, una herramienta narrativa utilizada para llenar el vacío cuando nuestros sistemas normativos actuales resultan insuficientes.

Tras una reseña del surgimiento del derecho a la verdad en el ámbito del derecho internacional, en este artículo se inicia el proceso de examinar su significado, lo que exige examinar detenidamente ámbitos distintos del derecho internacional (la filosofía y, en alguna medida, la historiografía). A continuación, se examina la forma en que esas nociones llegaron a incorporarse en los textos jurídicos y la jurisprudencia internacionales, y se analizan algunas de las consecuencias probables de la transformación de la “verdad” en un derecho jurídico.

Breve reseña del surgimiento del derecho a la verdad en el derecho internacional

El derecho a la verdad ha surgido como un concepto jurídico en diferentes jurisdicciones y ha adoptado diversas formas. Sus orígenes se remontan al derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros, refrendado por el derecho internacional humanitario en los artículos 32 y 33 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, de 1977, y a las obligaciones que incumben a las partes en conflictos armados de buscar a las personas dadas por desaparecidas. Las desapariciones forzadas de personas y otras violaciones manifiestas de los derechos humanos durante períodos de violencia masiva extrema auspiciada por el Estado, particularmente en diversos países de América Latina, pero también en otras partes del mundo, dieron lugar a una interpretación lata del concepto del derecho a recibir información sobre las personas desaparecidas, y condujeron a la identificación y al reconocimiento del derecho a la verdad por parte de diferentes órganos internacionales, en particular la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas, y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Dichos órganos invocaron en forma creciente este derecho a fin de hacer valer y reivindicar otros derechos humanos fundamentales, como el derecho al acceso a la justicia y el derecho a recursos eficaces y a la reparación.

También expandieron el ámbito del derecho a la verdad más allá de la información sobre los sucesos en relación con personas desaparecidas, a fin de incorporar detalles sobre otras violaciones graves de los derechos humanos y el contexto en el que ocurrieron. Por lo tanto, en términos generales, en su origen, el derecho a la verdad se relaciona estrechamente con el concepto de la víctima de una violación grave de los derechos humanos. Al igual que las garantías procesales, el derecho a la verdad surge después de cometerse la violación de otro derecho humano, y aparentemente, es violado cuando las autoridades no proporcionan información particular sobre la violación inicial, sea mediante la revelación oficial de información o la aparición de esa información a raíz de un juicio, sea a través de otros mecanismos cuyo objetivo es esclarecer la verdad.

El fundamento de ese derecho residiría en el derecho de las víctimas o de sus familiares a recibir información sobre los sucesos de que se trata, para ayudarles en el proceso de recuperación. Entre otras cosas, produciría una sensación reconfortante de final, permitiría a las víctimas recuperar su dignidad y facilitaría vías de recurso y reparación por las violaciones de sus derechos y/o por la pérdida sufrida. Además, el derecho a la verdad ha representado una salvaguardia contra la impunidad. Por esta razón, se ha utilizado para impugnar la validez de las leyes de amnistía general que protegen a los perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos conforme al derecho internacional, así como para alentar la transparencia y la responsabilidad en el ejercicio del gobierno.

En el período posterior a los conflictos armados o en los períodos de tensiones internas, el derecho a la verdad se ha invocado a menudo para ayudar a las sociedades a comprender las causas subyacentes de los conflictos o de las violaciones generalizadas de los derechos humanos. Muchos países han intentado aplicar este derecho mediante el establecimiento de comisiones de la verdad o comisiones investigadoras. Podría decirse que el derecho a la verdad también puede aplicarse mediante otros procedimientos, como los juicios públicos, la divulgación de documentos del Estado, la gestión adecuada de los archivos respectivos y el acceso del público a la información.

El concepto de la verdad

A fin de saber cómo sería el derecho a la verdad, o cuáles serían sus efectos, es necesario comprender, en alguna medida, el significado de verdad. Hace tiempo que los filósofos intentan desentrañar el significado de verdad. Tradicionalmente, se traza una distinción entre la verdad como cuestión social y como cuestión intelectual. La cuestión de si existe un “derecho” a la verdad parecería corresponder a la primera categoría, esto es, a la verdad como cuestión social, en vista del concepto jurídico de que se trata de un derecho que el Estado debe reconocer al individuo.

Una definición comúnmente aceptada de la verdad es el acuerdo entre la mente y la realidad. Esta noción debe distinguirse de la opinión probable. Para William James, “las ideas verdaderas son las que podemos asimilar, validar, corroborar y

verificar”¹¹. En otras palabras, la verdad se mide mediante pruebas. Para Locke, “la verdad y la falsedad pertenecen...sólo a las proposiciones”, esto es, a afirmaciones o negaciones que involucran al menos dos ideas. Esto sugiere un esquema más adversativo, cercano a la “verdad jurídica”, que puede ser determinada por un juez o un jurado. Kant resume de forma meridiana esa opinión: “La verdad y el error... sólo pueden encontrarse en un juicio”, lo que explica por qué “los sentidos no yerran; no es porque siempre juzgan correctamente, sino porque *no juzgan en absoluto*”¹². Es interesante señalar que, al igual que la palabra alemana “*Recht*” (Derecho, derecho jurídico, justo, verdadero), el término árabe para designar la verdad, “*al-Îlaqq*” (al Haq) también significa “justo” (en contraposición con “injusto”, pero también en el sentido de un “derecho jurídico”), así como “justicia” e incluso “ley” (aunque, al igual que la palabra alemana “*Gesetz*”, también hay otra palabra para ese concepto: *qĀnŪn*). Esto sugiere una concepción de la verdad que sigue los lineamientos de Kant, aunque en la teología islámica, “la Verdad” es una de las características inalienables de Dios, y por lo tanto, goza de una calidad absoluta y “a-humana”¹³.

Respecto a esto, en la doctrina cristiana, la verdad es considerada algo que una persona “hace”, y esa acción tiene efectos redentores (“la verdad os hará libres”, Jn 3,21), y también representa un acto de Dios (“el que obra verdad [o: lo que es verdadero] va a la luz, para que quede de manifiesto que sus obras están hechas según Dios”, Jn 3,21)¹⁴. La definición metafísica de la verdad propuesta por Tomás de Aquino acepta que es necesario aplicar el juicio para cerciorarse de la verdad, pero se dice de un juicio que es verdadero sólo cuando “está de acuerdo con la realidad externa”¹⁵. Esto coincide, en alguna medida, con la conocida definición de la verdad postulada por Aristóteles: “El decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es falso; mientras que el decir de lo que es que es, o de lo que no es que no es, es verdadero”¹⁶. Esto significa una verdad moral: decir lo que queremos decir. Indica la existencia de una obligación del Estado de decir que lo que sucedió es lo que sucedió.

Pero en este punto, entramos en el ámbito de una declaración sobre lo que sucedió. Si aceptamos la idea de Jacques Derrida de que “nada hay fuera del texto; todo es un juego textual, sin conexión alguna con la verdad original”¹⁷, entonces, de

11 William James, *Essays in Pragmatism*, Hafner Publishing Company, Inc., Nueva York, 1948, p. 160.

12 Immanuel Kant, *Critique of Pure Reason* (Crítica de la Razón Pura), editado y traducido al inglés por Paul Guyer y Allen W. Wood, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (el subrayado es nuestro).

13 Matthijs Kronemeijer, “An Arab voice of compromise: Hazem Saghieh’s *In Defence of Peace* (1997)”, tesis de maestría en letras, Universidad de Utrecht, Departamento de lenguas y culturas árabes, persas modernas y turcas, p. 71.

14 Con respecto a estos aspectos y citas de las teologías islámica y cristiana, agradezco las observaciones y la ayuda de Matthijs Kronemeijer.

15 Ésta es una reformulación del conocido postulado “*Veritas est adaequatio rei et intellectus*” (La verdad es la adecuación entre la cosa y el intelecto). V. Tomás de Aquino, *De Veritate* Q.1, A.1&3; cf. *Summa Theologiae* (Suma Teológica) Q.16.

16 Aristóteles, *Metafísica*, 1011b25

17 Jacques Derrida, *Prophets of Extremity*, University of California Press, Berkeley, 1985, p. 3.

repente, el derecho a la verdad empieza a parecerse más al derecho a una declaración oficial sobre lo que sucedió. Ésta puede coincidir o no con lo que realmente ocurrió, pero aun así, hay una obligación del Estado de revelar algo. En otras palabras, se trata ahora del uso del lenguaje por el Estado.

Además, si tomamos la idea de Derrida de que la escritura no se limita a la noción occidental de la escritura basada en un alfabeto fonético o simbolizada en un libro, sino que abarca las múltiples formas de la expresión humana, entonces, esas “declaraciones” del Estado no tienen por qué adoptar una forma particular, sino que podrían expresarse en forma auditiva, visual, musical, en imágenes o mediante la escultura. Esto podría significar que el derecho a la verdad también podría satisfacerse, al menos en parte, mediante acciones del Estado tales como erigir monumentos dedicados a las víctimas, u obras de arte o composiciones musicales que explican lo sucedido. Este tipo de reconocimiento aparece en algunas sentencias. Por ejemplo, en su sentencia sobre los “casos de Srebrenica”, la Cámara de Derechos Humanos de Bosnia-Herzegovina ordenó a la República Serbia, entre otras cosas, pagar una suma de dinero, por única vez, al Monumento Conmemorativo y Cementerio de Srebrenica-Potocari. Pero, desde el punto de vista de Derrida, esto sería meramente un “indicio” que entra en un juego de diferencias, sujeto a distintas interpretaciones, siempre en disputa e implicado con el poder y la violencia, que, en realidad, nunca produce verdades definitivas¹⁸. Pero Derrida no quería decir que se puede, simplemente, darle a un “indicio” cualquier interpretación que a uno se le ocurra. Usaba ciertos protocolos de lectura, y en realidad, su enfoque de la interpretación es similar a la definición de historia propuesta por el famoso filósofo e historiador italiano Benedetto Croce: la exploración de la verdad histórica del pasado a partir de un interés actual¹⁹.

Esta noción de que la verdad es relativa al interés actual reaparece en diversas obras filosóficas e historiográficas. En *Principles of Psychology*, James postula que nuestras concepciones o teorías no sólo deben “poder dar cuenta satisfactoriamente de nuestra experiencia sensible”, sino que también debe evaluarse si satisfacen “nuestras necesidades estéticas, emocionales y activas”²⁰. Esta idea recuerda la observación de Walt Whitman de que “cualquier cosa que satisfaga el alma es verdad”²¹.

El relativismo de la verdad es un concepto que cobra importancia en la formulación jurídica del derecho a la verdad, porque la información que se ha de proporcionar puede deducirse de las necesidades del derechohabiente. Además, la teoría pragmática de la verdad toma en cuenta principalmente los signos extrínsecos, es decir, no algún rasgo de la propia idea o pensamiento, sino sus consecuencias.

18 Jacques Derrida, *Of Grammatology*, traducido al inglés por Gayatri Chakravorty Spivak (1967), Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1976, pp. 7–8, 60–62 ss.

19 Benedetto Croce, *History: Its Theory and Practice*, traducido al inglés por Douglas Ainslie, Harcourt, Brace and Co., Nueva York, 1921, pp. 11–26, reeditado como “History and chronicle” en Hans Meyerhoff (ed.), *The Philosophy of History in Our Time*, Doubleday Anchor, Nueva York, 1959, p. 45.

20 William James, *Principles of Psychology*, 1890, Harvard University Press, Boston, 1983, p. 940.

21 Walt Whitman, Prefacio a *Hojas de Hierba* (1855), Bantam Books, Nueva York, 1983.

Esta teoría está claramente representada en algunos de los mecanismos de aplicación del derecho a la verdad, como las Comisiones de la Verdad y Reconciliación, que, en virtud de su mandato, suelen investigar la “verdad” de los sucesos del pasado al tiempo que evalúan la forma en que el proceso de búsqueda de la verdad contribuirá a la reconciliación. Por ejemplo, el objetivo declarado de la Comisión de la Verdad y Amistad establecida por Indonesia y Timor Leste en marzo de 2005 es “establecer la *verdad concluyente* con respecto a los sucesos producidos antes e inmediatamente después de la consulta popular celebrada en 1999, *con miras a fortalecer la reconciliación y la amistad* y garantizar que tales sucesos no vuelvan a ocurrir”²².

Volviendo a las versiones posmodernistas de la verdad, también cabe examinar la afirmación de Michel Foucault de que “la verdad no se halla fuera del poder, ni le falta poder: ... La verdad es una cosa de este mundo: se produce sólo en virtud de múltiples formas de coacción”²³. En otras palabras, la “verdad” es la construcción de las fuerzas políticas y económicas que mantienen la mayor parte del poder en la red social. Debe entenderse como “un sistema de procedimientos ordenados para la producción, regulación, distribución, circulación y funcionamiento de afirmaciones”²⁴. Entonces, desde esta perspectiva, ¿dónde queda el derecho a la verdad, si la verdad no es más que una expresión de poder transmitida a través de las estructuras sociales?

Se ha criticado a los posmodernistas por abandonar la verdad²⁵. Una crítica más difundida entre los antiposmodernistas es el extremo relativismo que, según se ha postulado, deja la puerta abierta a ideas fascistas o racistas de la historia, sin forma alguna de afirmar que esas ideas son falsas. Para dar un ejemplo de esta postura, una de las famosas justificaciones de los juicios de Nuremberg era “establecer sucesos increíbles mediante pruebas creíbles” a fin de que las generaciones futuras no pudiesen dudar de la realidad de esos sucesos²⁶. Sin embargo, a pesar de éste y de otros juicios, la negación del Holocausto apareció y cobró ímpetu a partir de mediados de los años setenta, y, en cierta medida, se ha culpado al posmodernismo porque, al parecer, alienta interpretaciones divergentes de la verdad histórica²⁷.

22 Términos de referencia de la Comisión de la Verdad y Amistad establecida por la República de Indonesia y la República Democrática de Timor Leste, 10 de marzo de 2005 (el subrayado es nuestro).

23 Michel Foucault, *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977*, Colin Gordon (ed.), Harvester Wheatsheaf, Londres, 1980, p. 114. V. también la traducción al inglés de Meaghan Morris y Paul Patton (eds.), “Truth and Power”, Michel Foucault: *Power, Truth, Strategy*, Feral Publications, Sydney, 1979, pp. 131–132.

24 Más adelante, Foucault afirma que “la verdad está ligada, en una relación circular, con los sistemas de poder que la producen y la sostienen, y con los efectos del poder que la verdad induce y que, a su vez, la extienden. Un ‘régimen’ de verdad”.

25 Joyce Appleby, Lynn Hunt y Margaret Jacob, *Telling the Truth about History*, W.W. Norton, Nueva York, 1994, p. 213.

26 Informe de Robert H. Jackson sobre Atrocidades y Crímenes de Guerra, dirigido al presidente, 7 de junio de 1945, *Department of State Bulletin*, 10 de junio de 1945, p. 1071.

27 Por ejemplo, según Richard J. Evans, “la mayor amplitud e intensidad de las actividades de los negadores del Holocausto desde mediados de los años setenta” refleja “el clima intelectual posmodernista”, *In Defence of History*, Granta Books, Londres, 1997, pp. 238–241. V. el debate sobre sus opiniones en Ann Curthoys y John Docker, *Is History Fiction?*, UNSW Press, Sydney, 2006, pp. 209–211.

La cuestión de la verdad histórica acerca del Holocausto alcanzó un punto crítico cuando David Irving inició un juicio por difamación contra Deborah Lipstadt²⁸. En su libro *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory* (Negación del Holocausto: crecientes ataques contra la verdad y la memoria) (1993), Lipstadt narra que Irving había adoptado la postura de negador a finales de los años ochenta, convencido por ciertas “pruebas” de que era imposible, desde el punto de vista químico y físico, que los alemanes hubieran gaseado judíos en gran escala. Mientras que la defensa contrató a expertos en historia para trabajar en el caso, Irving decidió defenderse solo. El caso culminó en la condena de Irving. El tribunal determinó que las críticas historiográficas de las obras de Irving formuladas por la acusada eran justificables²⁹: “dado que, en general, la falsificación de los datos históricos fue deliberada... Irving estaba motivado por el deseo de presentar los acontecimientos en una forma acorde a sus propias creencias ideológicas, aunque para ello tuviese que distorsionar y manipular pruebas históricas”³⁰.

Lógicamente, la finalidad de este juicio no era determinar la verdad sobre el Holocausto sino examinar la validez de las afirmaciones de Lipstadt sobre la obra de Irving acerca del Holocausto. Sin embargo, el fallo fue aclamado como una “victoria de la verdad”. Por ejemplo, el *Daily Telegraph* proclamó que “consiguió, para el nuevo siglo, lo que los tribunales de Nuremberg o el juicio contra Eichmann habían logrado para las generaciones anteriores”³¹. Sin embargo, la propia Lipstadt, en el libro que era el motivo central del juicio, se oponía irónicamente al enjuiciamiento de los negadores, dado que “podía transformarlos en mártires por la causa de la libertad de expresión” y también planteaba el problema de la imprevisibilidad de los procesos judiciales.

El ejemplo de este juicio nos devuelve a la noción de la verdad como una idea que se puede verificar y corroborar mediante pruebas, pero también plantea la cuestión de cuánta flexibilidad debe permitirse en las diferentes interpretaciones de la verdad. Aunque algunos advierten contra la atmósfera permisiva que genera el posmodernismo, que tolera incluso a los negadores de los “hechos” históricos más documentados³², un posmodernista aduciría que las diferentes interpretaciones de la verdad son fundamentales para precaverse contra regímenes absolutistas, como el régimen nazi³³.

28 *David John Cadwell Irving v. Penguin Books Limited and Deborah E. Lipstadt*, [2000] EWHC QB 115.

29 *Ibid.*, párr. 13.141.

30 *Ibid.*, párr. 13.163. V. también Richard J. Evans, *Telling Lies about Hitler: The Holocaust, History and the David Irving Trial*, Verso, Londres, 2002, p. 198.

31 V. <http://www.hdot.org/ieindex.html> (consultado el 26 de marzo de 2006).

32 Steven Aschheim, *Culture and Catastrophe*, Macmillan, Basingstoke, 1996, pp. 13 y 193.

33 Dan Stone, *Constructing the Holocaust: A Study in Historiography*, Vallentine Mitchell, Londres y Portland, 2003, p. 16.

De este debate se desprenden las siguientes ideas que se pueden esgrimir sobre el concepto de la verdad:

- la verdad es un asunto social. Puede generarse mediante procedimientos y estructuras sociales (lo que sugiere que es posible *acordar* la verdad). Ejemplo de ello es un proyecto encabezado por la UNESCO, titulado “Escribir la historia de Burundi”, cuyo propósito era establecer una versión oficial, científica y acordada de la historia de Burundi desde su origen hasta 2000, “para que todos los burundeses puedan interpretarla del mismo modo”³⁴;
- es algo que puede verificarse o, al menos, corroborarse mediante pruebas³⁵;
- puede consistir en una declaración o dictamen oficial acerca de acontecimientos sucedidos;
- la verdad implica la obligación de decir que lo que sucedió, sucedió realmente (esto implica un acto de buena fe y adopta la forma de una obligación que atañe a los medios más que a los resultados, análoga a la obligación de investigar adecuadamente los crímenes)³⁶;
- dicha "declaración" puede adoptar diversas formas de expresión: visual, auditiva, artística, etc.;
- la "verdad" es relativa a las necesidades del presente y a sus consecuencias;
- puede haber diferentes versiones de la "verdad", o "verdades" divergentes, siempre que éstas sean verificables (véase, por ejemplo, el informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, que abordaba cuatro tipos diferentes de verdad: la verdad fáctica y forense, la verdad personal y narrativa, la verdad social y la verdad sanadora y restauradora).

34 Esta idea se originó en la Conferencia sobre la Historia de Burundi, convocada por la UNESCO y celebrada en 1997 con la participación de unos 30 expertos burundeses de diferentes tendencias políticas. Se concibió en el espíritu del Acuerdo de Arusha. En el artículo 8 del Protocolo I del Acuerdo se establecen los principios y las medidas relacionados con la reconciliación nacional. Según el texto del párrafo 1 c), “la Comisión [Nacional de la Verdad y la Reconciliación] también será responsable de aclarar toda la historia de Burundi desde el principio, a fin de informar a los burundeses sobre su pasado. La finalidad de este ejercicio de esclarecimiento es reescribir la historia de Burundi para que todos los burundeses puedan interpretarla del mismo modo”. La historia se dividió en períodos, entre unos 50 autores tanto burundeses como extranjeros, expertos en historia, geografía, lingüística y antropología. El objetivo principal del proyecto era que sirviese como herramienta didáctica en las escuelas primarias y secundarias, y como manual de historia para el público en general. V. el Informe de la misión de evaluación sobre el establecimiento de una comisión internacional de investigación judicial para Burundi, S/2005/158, 11 de marzo de 2005.

35 No obstante, si algo no puede verificarse mediante pruebas positivas, es posible que el problema sea de índole práctica, no existencial. Por ende, este elemento no debe aplicarse en forma estricta, sino sólo como principio rector en el marco de este análisis.

36 V. Juan E. Méndez, “The Right to Truth”, en Christopher C. Joyner (ed.), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17-21 September 1998*, St. Agnes, Erès, 1998, p. 264 (“...el Estado responsable debe cumplir (...) [con el derecho a la verdad] hasta el límite de sus posibilidades y de buena fe”).

El derecho a la verdad en el derecho internacional

Dado que el “derecho a la verdad” no se encuentra refrendado *per se* en ningún instrumento jurídico universal, hay dos opciones posibles para caracterizarlo como fuente de derecho: el derecho a la verdad como derecho vigente en el ámbito del derecho consuetudinario, o el derecho a la verdad como principio general de la ley³⁷.

El derecho a la verdad como un derecho consuetudinario

Hay ciertas dificultades en caracterizar el derecho a la verdad como un derecho consuetudinario en el marco del derecho internacional. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia describe la costumbre como la “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”³⁸. El profesor Meron señala que la “investigación inicial [de alguno de los derechos humanos consuetudinarios] debe orientarse a determinar si, como mínimo, tanto la definición de la norma básica para la que se reclama la categoría de derecho consuetudinario como, preferiblemente, los rasgos generales de esa norma, han sido generalmente aceptados”³⁹. Parecería que, en el caso del derecho a la verdad, no es fácil satisfacer esas prescripciones iniciales. Aparte de la clara norma del DIH sobre la obligación de proporcionar a los familiares de las víctimas información sobre las circunstancias de la desaparición de personas, la definición de un “derecho a la verdad” más general parece incierta. Sin embargo, el derecho a la verdad ha sido reconocido, sin objeción alguna, por varios órganos internacionales y tribunales de nivel internacional y nacional, y ha sido refrendado como principio rector en numerosos instrumentos por los que se establecen comisiones de la verdad y reconciliación, así como en ordenamientos jurídicos nacionales. Algunos expertos en derecho también han señalado que el derecho a la verdad es un derecho consuetudinario⁴⁰. Obviamente, es necesario examinar esas fuentes más de cerca, para ver cómo identificaron ese derecho y qué características pueden discernirse.

En la siguiente breve exposición sobre la práctica del Estado y *opinio juris*, los indicadores preferidos del profesor Meron para la identificación de un derecho

37 V. las fuentes formales del derecho internacional, recogidas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

38 V. el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38 1) b).

39 Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Law as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 93.

40 V. la reunión citada por L. Despouy, Relator Especial sobre los derechos humanos y los estados de excepción (E/CN.4/Sub.2/1997/21), en su 8º informe anual, documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/1995/29 Corr. 1, según el cual los expertos concluyeron que el derecho a la verdad ha alcanzado la categoría de norma del derecho internacional consuetudinario. Para una opinión diferente, v. Méndez, nota 36 *supra*, p. 260, nota al pie 9.

humano consuetudinario proveen un marco útil⁴¹: “en primer lugar, el grado en que la declaración de un derecho en particular en un instrumento sobre derechos humanos, en especial un tratado de derechos humanos, se ha repetido en otros instrumentos sobre derechos humanos, y, en segundo lugar, la confirmación del derecho en la práctica nacional, principalmente a través de la incorporación de ese derecho en las leyes nacionales”⁴². Ningún tratado de derechos humanos hace mención explícita de este derecho. El concepto más cercano se encontraría en el artículo 24 2) del proyecto de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptado el 23 de septiembre de 2005 por el Grupo de Trabajo, entre sesiones, sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En dicho artículo se dispone lo siguiente: “Todas las víctimas tienen el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, los progresos y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida”⁴³. Además de esta norma, también existe, como ya se ha dicho, el artículo 32 del Protocolo adicional I, en el que se codifica el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros durante un conflicto armado internacional. El análisis del derecho internacional humanitario consuetudinario realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha confirmado que ésta es una norma del derecho consuetudinario y es aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales⁴⁴. Al transferirse este

41 V. también la Nueva redacción (tercera) de la Ley de Relaciones Exteriores de Estados Unidos, de 1987, § 701: “La práctica aceptada como generadora de derecho consuetudinario de los derechos humanos incluye: la adhesión prácticamente universal a la Carta de las Naciones Unidas y sus disposiciones sobre derechos humanos, y la aceptación prácticamente universal y frecuentemente reiterada de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aunque sea sólo en principio; la participación prácticamente universal de los Estados en la preparación y adopción de acuerdos internacionales por los que se reconocen los principios relativos a los derechos humanos en general o ciertos derechos en particular; la adopción de principios relativos a los derechos humanos en general o a ciertos derechos en particular; la adopción de principios relativos a los derechos humanos por los Estados miembros de organizaciones regionales en Europa, América Latina y África (...el apoyo general de los Estados a las resoluciones de las Naciones Unidas en las que se declaran, reconocen, invocan y aplican los principios internacionales relativos a los derechos humanos como ley internacional; las medidas adoptadas por los Estados para adecuar sus ordenamientos jurídicos o prácticas internas a las normas o los principios declarados por los órganos internacionales, y la incorporación de disposiciones relativas a derechos humanos, directamente o por referencia, en las constituciones y leyes nacionales; la invocación de principios relativos a los derechos humanos en la política nacional, en la práctica diplomática y en las actividades y acciones de las organizaciones internacionales; y otras comunicaciones o medidas diplomáticas de los Estados que reflejen la opinión de que ciertas prácticas violan el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas las condenas y otras reacciones adversas de los Estados a las violaciones cometidas por otros Estados. La Corte Internacional de Justicia y la Comisión de Derecho Internacional han reconocido la existencia del derecho consuetudinario de los derechos humanos (...). Algunas de estas prácticas pueden también apoyar la conclusión de que el derecho internacional ha absorbido ciertos derechos humanos en particular como principios generales comunes a los principales sistemas jurídicos de los Estados”.

42 Meron, nota 39 *supra*, p. 94.

43 Documento de la ONU E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/REV.4, Art. 24(2).

44 Norma 117, en *Customary International Humanitarian Law, Vol. I, Rules*, ICRC, Cambridge University Press, 2005, p. 421.

derecho del DIH al ámbito del derecho de los derechos humanos, la rueda, por así decir, ha dado un giro completo. En efecto, numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptadas desde 1974 en relación con los derechos de los familiares de las personas desaparecidas o las personas sujetas a desapariciones forzadas, en las que se hacía referencia al “deseo de saber” como una “necesidad humana básica”, condujeron a la elaboración del artículo 32 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949⁴⁵. En ese momento, dicha disposición era utilizada por mecanismos de derechos humanos (el Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre la Situación de los derechos humanos en Chile, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) como el fundamento para la elaboración de un derecho a la verdad en relación con el crimen de las desapariciones forzadas⁴⁶ y, más tarde, con otras violaciones de los derechos humanos⁴⁷. Sin embargo, aparte de esas fuentes, en los tratados de derechos humanos no se codifica explícitamente la obligación del Estado de facilitar información a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos.

Pese a este aparente obstáculo al reconocimiento de su estatuto jurídico de derecho consuetudinario, el derecho a la verdad se ha inferido de numerosos derechos consagrados en tratados de derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos, el órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1996, ha reconocido que el derecho a saber es una forma de hacer cesar o prevenir la tortura psicológica (artículo 7 del PIDCP) de los familiares de víctimas de desapariciones forzadas⁴⁸ o de ejecuciones clandestinas⁴⁹. El Comité de Derechos Humanos también determinó que, a fin de cumplir su obligación de proporcionar

45 V. resoluciones de la Asamblea General 3220 (XXIX) del 6 noviembre de 1974, 33/173 del 20 de diciembre de 1978, 35/193 del 15 de diciembre de 1980, 36/163 del 16 de diciembre de 1981, 37/180 del 17 de diciembre de 1982, 38/94 del 16 de diciembre de 1983, 39/111 del 14 de diciembre de 1984, 40/147 del 13 de diciembre de 1985, 41/145 del 4 de diciembre de 1986, 42/142 del 7 de diciembre de 1987, 43/159 del 8 de diciembre de 1988, 44/160 del 15 de diciembre de 1989, 45/165 del 18 de diciembre de 1990, 46/125 del 17 de diciembre de 1991 y 47/132 del 18 de diciembre de 1992.

46 “Primer Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias a la Comisión de Derechos Humanos”, documento de la ONU E/CN.4/1435, 22 de enero de 1981, párr. 187, e *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985–1986*, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev 1, 28 de septiembre de 1986, p. 205.

47 *Informe n.º 136/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 22 de diciembre de 1999, caso *Ignacio Ellacuría y otros*, párr. 221.

48 V. la explicación proporcionada por Bertil Wennergren, miembro del Comité de Derechos Humanos, en su voto particular en los casos: *R. A. V. N. y otros (Argentina)*, Comunicaciones 343, 344 y 345/1988, Decisión sobre admisibilidad del 26 de marzo de 1990, documento de la ONU CCPR/C/38/D/343/1988 (Apéndice); S. E. (*Argentina*), Comunicación n.º 275/1988, Decisión sobre admisibilidad del 26 de marzo de 1990, documento de la ONU CCPR/C/38/D/275/1988 (Apéndice); v. también, entre otros: Dictamen del 16 de julio de 2003, *Sarma. Caso de Sri Lanka*, Comunicación n.º 950/2000, documento de la ONU CCPR/C/77/D/887/1999, párr. 9.5; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argelia”, documento de la ONU CCPR/C/79/Add.95, del 18 de agosto de 1998, párr. 10; y “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Uruguay”, documento de la ONU CCPR/C/79/Add.90, del 8 de abril de 1998, párr. C.

49 Dictamen del 3 de abril de 2003, caso *Lyashkevich c/ Belarús*, Comunicación n.º 887/1999, documento de la ONU CCPR/C/77/D/950/2000, párr. 9.2.

un recurso eficaz, los Estados Partes en el PIDCP deben facilitar información sobre la violación, o, en los casos de fallecimiento de personas desaparecidas, la ubicación de la sepultura⁵⁰. El derecho a saber la verdad también se ha invocado en relación con la protección de la familia, garantizada en el artículo 23 del PIDCP, así como el derecho del niño a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, contenido en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el derecho del niño a no ser separado de sus padres, conforme al artículo 9 de la Convención, y otras disposiciones de ese instrumento⁵¹.

A nivel regional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha inferido el derecho a la verdad como parte del derecho de estar libre de la tortura o los malos tratos, el derecho a un recurso eficaz, y el derecho a una investigación efectiva y a ser informado de los resultados⁵². Asimismo, el Tribunal ha sostenido que el hecho de que un Estado omita realizar una investigación eficaz “destinada a aclarar el paradero y la suerte” de “personas desaparecidas en circunstancias que ponen en riesgo la vida” constituye una violación persistente de su obligación procesal de proteger el derecho a la vida (artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales)⁵³. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha aplicado un enfoque análogo al del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁴. De los “Principios y directrices sobre el derecho a un juicio imparcial y a la asistencia de abogados en África”⁵⁵, elaborados por la Comisión Africana, se infiere el derecho a la verdad como parte constitutiva del derecho a un recurso eficaz⁵⁶. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ocupa un sitio especial, dado que presentó el derecho a saber la verdad como un recurso directo en sí mismo, con base en el artículo 1 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el que se dispone que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio...”⁵⁷. El punto de vista de la Comisión es que para garantizar los derechos del futuro, la sociedad

50 *Ibíd.*, párr. 11; Dictamen del 30 de marzo de 2005, caso *Khalilova c/ Tayikistán*, Comunicación n.º 973/2001, documento de la ONU CCPR/C/83/D/973/2001; y Dictamen del 16 de noviembre de 2005, caso *Valichon Aliboev c/ Tayikistán*, Comunicación n.º 985/2001, documento de la ONU CCPR/C/85/D/985/2001.

51 Documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/1991/20, Anexo I, p. 45.

52 *V.*, entre otros, sentencia del 25 de mayo de 1998, *Kurt v. Turkey*, solicitud n.º 24276/94; sentencia del 14 de noviembre de 2000, *Tas v. Turkey*, solicitud n.º 24396/94, y sentencia del 10 de mayo de 2001, *Cyprus v. Turkey*, solicitud n.º 25781/94.

53 Sentencia del 10 de mayo de 2001, *Cyprus v. Turkey*, solicitud n.º 25781/94, párr. 136; *v.* también, entre otros, sentencia del 18-12-1996, *Aksoy v. Turkey*, solicitud n.º 21987/93; y sentencia del 28 de marzo de 2000, *Kaya v. Turkey*, solicitud n.º 22535/93. Este concepto también se aplica en el caso de Estados que no son partes: *Tanrikulu v. Turkey*, 1999-IV, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 459 (1999).

54 Caso *Amnesty International v. Sudan*, Comunicaciones n.º 48/90, 50/91, 52/91, 89/93 (1999a), párr. 54. V. art. 19 3) de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño.

55 Documento de la Unión Africana DOC/OS(XXX)247).

56 Conforme al Principio C), “el derecho a un recurso efectivo comprende: ...3. el acceso a la información fáctica relacionada con las violaciones”.

57 *Informe n.º 136/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 22 de diciembre de 1999, caso *Ignacio Ellacuría y otros c/ El Salvador*, párr. 221.

debe aprender de los abusos cometidos en el pasado. Por ese motivo, el derecho a saber la verdad implica tanto un derecho individual que se aplica a las víctimas y a los familiares, como un derecho general de la sociedad⁵⁸. Sin embargo, la Comisión Interamericana también ha vinculado el derecho a la verdad con otras obligaciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como la prohibición de la tortura y de las ejecuciones extrajudiciales⁵⁹ y el derecho a un recurso sencillo y rápido para proteger los derechos refrendados en la Convención (artículo 25). La citada disposición se ha utilizado como el fundamento para inferir el derecho a la verdad tanto para los familiares de las víctimas como para la sociedad en su conjunto⁶⁰. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el derecho de los familiares de las víctimas de la desaparición forzada a conocer su suerte y su paradero⁶¹. También ha reconocido el derecho de las víctimas y de sus deudos a que se esclarezcan los hechos relacionados con las violaciones y las correspondientes responsabilidades de los órganos competentes del Estado mediante los procesos de investigación y enjuiciamiento establecidos en los artículos 8 (derecho de las personas a ser oídas por un tribunal competente, independiente e imparcial) y 25 (derecho a un recurso efectivo y a la protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶². La Corte ha argumentado que el derecho a la verdad no se limita a los casos de desapariciones forzadas, sino que también se aplica a cualquier tipo de violación grave de los derechos humanos⁶³.

Cabe preguntarse si la reiterada inferencia del derecho a la información sobre las circunstancias de violaciones graves de los derechos humanos, como una forma de reivindicar otros derechos codificados, satisface los requisitos del profesor Meron en lo que se refiere a la mención reiterada de un derecho particular en los instrumentos de derechos humanos, o si se trata de una herramienta narrativa que los tribunales y los órganos de derechos humanos utilizan para, meramente, fortalecer y detallar los derechos codificados en las convenciones. Para encontrar más información sobre el derecho a la verdad como fuente consuetudinaria de derecho, es útil examinar otras instancias de la práctica internacional, como ciertas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad. En estas

58 V. también el *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1985–1986*, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8, revisión 1, del 28 de septiembre de 1986, p. 205; *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987–1988*, OEA/Ser.L/V/II. 74, Doc. 10, revisión 1, del 16 de septiembre de 1988, p. 359.

59 *Informe n.º 136/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 22 de diciembre de 1999, caso de *Ignacio Ellacuría y otros c/ El Salvador*, párr. 221.

60 *Ibíd.*, párr. 255; Informe 1/99 del 27 de enero de 1999, *Lucio Parada y otros c/ El Salvador*, párr. 153.

61 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29 de julio de 1988, caso *Velásquez Rodríguez*, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, n.º 4, párr. 181, p. 75; Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 1989, caso *Godínez Cruz*, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, n.º 5; sentencia del 3 de noviembre de 1997, caso *Castillo Páez*; sentencia del 24 de enero de 1998, caso *Blake*; y sentencia del 25 de noviembre de 2000, caso *Bamaca*.

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 24 de enero de 1998, caso *Blake*, párr. 97 y sentencia del 25 de noviembre de 2000, caso *Bamaca*, párr. 201.

63 Sentencia del 14 de marzo de 2000, caso *Barrios Altos*, párr. 48.

últimas, se ha subrayado repetidamente la importancia de establecer la verdad⁶⁴, sea mediante comisiones de la verdad o creando comisiones de investigación que puedan conducir a enjuiciamientos, a fin de consolidar la paz y la reconciliación y combatir la impunidad⁶⁵. En las resoluciones de la Asamblea General también se han señalado estos importantes vínculos y, en varios casos, se ha exhortado a crear órganos de investigación para investigar adecuadamente casos de violaciones graves de los derechos humanos, y a informar a las víctimas y a la sociedad los resultados de esas investigaciones⁶⁶. El secretario general de las Naciones Unidas se ha referido explícitamente, en declaraciones públicas, al derecho a la verdad que asiste a las víctimas⁶⁷, como también lo ha hecho el Alto Comisionado para los Derechos Humanos en relación con el derecho a la verdad de la sociedad y de cada víctima en particular⁶⁸. Además, en muchos de los informes del secretario general, o en los informes presentados a éste por comisiones establecidas bajo sus auspicios, se ha reiterado la necesidad de que la verdad constituya la base de los esfuerzos orientados a lograr la reconciliación y el establecimiento de la paz⁶⁹. El secretario general también ha reconocido la necesidad de establecer la verdad en casos en los que las Naciones Unidas no lograron proteger a las personas de graves abusos de los derechos humanos (por ejemplo, mediante la iniciación de una investigación independiente de las acciones de la ONU durante el genocidio cometido en Ruanda,

- 64 V. también la declaración formulada ante el Consejo de Seguridad por Madeleine Albright, embajadora de Estados Unidos ante las Naciones Unidas, en ocasión de adoptarse la resolución 827: “la verdad es la piedra angular del estado de derecho y señalará a personas, no a pueblos, como perpetradores de crímenes de guerra. Y solamente la verdad podrá disipar los odios étnicos y religiosos y comenzar el proceso de recuperación”, Acta Verbal Provisional de la reunión 3217 del 25 de mayo de 1993, documento del Consejo de Seguridad S/PV 3217.
- 65 V., p. ej., las siguientes resoluciones del Consejo de Seguridad: 1606 (2005) sobre Burundi, considerandos 2 y 7; 1593 (2005) sobre Darfur, Sudán, párr. 5; 1468 (2003) sobre la República Democrática del Congo, párr. 5; 1012 (1995) sobre Burundi, considerando 8; 935 (1994) sobre Ruanda, y 780 (1992) sobre ex Yugoslavia.
- 66 V. las resoluciones de la Asamblea General 57/105 (2003) sobre Timor Leste, párr. 12; 57/161 (2003) sobre Guatemala, párr. 17; 55/118 (2001) sobre Haití, párr. 7; 53/187 (2000) sobre Haití, párr. 8, 48/149 (1993) sobre El Salvador, párr. 4; 42/147 (1987) sobre Chile, párr. 10; 40/145 (1985) sobre Chile, párr. 6; 35/188 (1980) sobre Chile, párrs. 6–8; 34/179 (1979) sobre Chile; 33/172 (1978) sobre Chipre, párr. 1; 32/128 (1977) sobre Chipre, párr. 1; 32/118 (1977) sobre Chile, párr. 6; 3450 (XXX) sobre Chipre, considerando 5 y párr. 1; 3448 (XXX) sobre Chile, párr. 2.
- 67 V. Comunicado de prensa SG/SM/9400: El Secretario General insta a respetar el cese del fuego al iniciarse las negociaciones de paz en Colombia, 1º de julio de 2004: “El Secretario General reitera su parecer de que deben respetarse plenamente los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación”.
- 68 Declaración de Mary Robinson, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la 55ª Conferencia Anual DIP/ONG, “Reconstruyendo Sociedades Emergentes del Conflicto: Una Responsabilidad Compartida”, 9 de septiembre de 2002: “[Los mecanismos como las comisiones de la verdad y la reconciliación] respetan el derecho de los países de conocer la verdad sobre los sucesos del pasado. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es fundamental para evitar la recurrencia de las violaciones”.
- 69 V. “Informe de la misión de evaluación sobre el establecimiento de una comisión internacional de investigación judicial para Burundi”, S/2005/158, 11 de marzo 2005; “Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General”, S/2005/60, 1º de febrero de 2005, párr. 617; “Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Timor Oriental presentado al Secretario General”, enero de 2000, documento de la ONU A/54/726, S/2000/59, 31 de enero de 2000, párr. 146.

en 1994)⁷⁰. La Asamblea General también exhortó al secretario general a proporcionar un informe completo sobre la caída de Srebrenica y el fracaso de la “política de zonas seguras”⁷¹. Sin embargo, el reconocimiento más explícito del “derecho a la verdad” se encuentra en el estudio del experto independiente sobre la impunidad designado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, señor Louis Joinet, quien, en su informe final de 1997, determinó la existencia del derecho inalienable a la verdad:

“Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar que en el futuro se repitan las violaciones”⁷².

Según Joinet, este derecho se aplicaba tanto a la víctima como a sus familiares, y era también un derecho colectivo. El corolario de esta última calidad es el “deber de recordar” del Estado: “(...) al Estado le incumbe el “deber de recordar”, a fin de protegerse contra esas tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y negacionismo; en efecto, el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse”⁷³. Hace poco, esos principios fueron actualizados por la profesora Diana Orentlicher, designada a tal efecto por la Comisión. Amén de afirmar que “cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes...”⁷⁴, los Principios actualizados para la lucha contra la impunidad también reconocen el derecho imprescriptible de las víctimas y de sus familiares a saber la verdad sobre las circunstancias en las que se produjeron las violaciones y, en caso de muerte o desaparición, la suerte corrida por las víctimas⁷⁵. Por lo tanto, los Principios actualizados determinan los diferentes rasgos del derecho a la verdad para las víctimas, para los familiares de las víctimas y para la sociedad en general. Para las víctimas y familiares, el derecho implica la obligación del Estado de proporcionar

70 “Informe de la Comisión Independiente de Investigación acerca de las medidas adoptadas por las Naciones Unidas durante el genocidio de 1994 en Rwanda”, documento de la ONU S/1999/1257, 16 de diciembre de 1999.

71 Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General, “La caída de Srebrenica” documento de la ONU A/54/549, 15 de noviembre de 1999. V. párr. 7: “Espero que la confirmación o aclaración de esas relaciones [sobre la caída de Srebrenica, contenidas en libros, artículos de revistas e informes de prensa] contribuya a dejar constancia histórica de este tema.”

72 “Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión”, documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1., Anexo I, Principio 1.

73 *Ibíd.*, párr. 17.

74 Principios actualizados para la lucha contra la impunidad, nota 8 *supra*, Principio 2.

75 *Ibíd.*, Principio 4, “El derecho de las víctimas a saber”.

información específica sobre las circunstancias en que se produjo la violación grave de los derechos humanos de la víctima, así como la suerte corrida por ésta. Si la víctima murió, también es obligatorio informar la ubicación de la sepultura. Para la sociedad en general, el derecho a la verdad impone al Estado la obligación de revelar información sobre las circunstancias y los motivos que llevaron a “violaciones masivas o sistemáticas”⁷⁶, y adoptar las medidas apropiadas a tal efecto, que pueden incluir procesos no judiciales⁷⁷. Esta dualidad en las características del derecho a la verdad es coherente con la evolución de este concepto, que se ha desarrollado en dos planos, a saber: 1) el plano de las violaciones individuales de los derechos humanos, que acarrear recursos individuales y específicos para cada caso (concretamente, la víctima o sus familiares), como se refleja en la jurisprudencia de los tribunales y órganos de supervisión de los derechos humanos, y 2) el plano de las violaciones masivas de derechos humanos que imponen una investigación más profunda de los motivos y causas de la violencia (destinada a toda la sociedad), como lo establece la práctica de las comisiones de la verdad o de las comisiones de investigación, y como se determina en resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En otros procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos, se ha incorporado en los conjuntos de principios el valor jurídico de la verdad, sobre todo con respecto al derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones⁷⁸. Evidentemente, el peso de las declaraciones generales de los órganos internacionales como prueba de la costumbre no puede ponderarse sin tener en cuenta la práctica de los Estados. Al mismo tiempo, los valores comunitarios reflejados en tales declaraciones gozan, por lo general, de sólido apoyo público, y es improbable que los Estados afronten las consecuencias políticas de rechazar la norma y convertirse en un objetor persistente⁷⁹.

Con respecto al segundo indicador propuesto por el profesor Meron para las normas consuetudinarias de derechos humanos, la confirmación del derecho en la práctica nacional, el primer y más obvio ejemplo de la práctica nacional es el establecimiento de Comisiones de la Verdad en más de 30 países de todas las regiones del mundo donde se han cometido violaciones graves y masivas de los derechos humanos. Sin embargo, aunque este hecho pruebe una práctica difundida, la verdadera pregunta a los efectos del presente artículo es si el establecimiento de esos mecanismos se origina en el sentido de una obligación jurídica de proporcionar la verdad. La mayor parte de los instrumentos constitutivos de las comisiones de la verdad se refieren a las necesidades de las víctimas, de sus familiares y de la

76 *Ibíd.*, Principio 2, “El derecho inalienable a la verdad”.

77 *Ibíd.*, Principio 5, “Garantías para hacer efectivo el derecho a saber”.

78 V. “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, resolución 2005/35 de la Comisión de Derechos Humanos, Anexo, Principio 22.

79 Meron, nota 39 *supra*, p. 89.

sociedad de conocer la verdad acerca de lo sucedido, a fin de facilitar el proceso de reconciliación, contribuir a la lucha contra la impunidad, reinstaurar o fortalecer la democracia, el estado de derecho y la confianza pública en la autoridad gobernante, y prevenir la repetición de esos acontecimientos⁸⁰. Pero el derecho a la verdad, en su dimensión individual o colectiva, se ha citado explícitamente como fundamento jurídico en sólo dos de los instrumentos que instauran “comisiones de la verdad” o mecanismos análogos⁸¹. Los otros instrumentos constitutivos, si bien subrayan la importancia de revelar la verdad sobre violaciones graves de los derechos humanos, se refieren más a la conveniencia de aplicar esa modalidad para lograr los objetivos mencionados, que a la obligación del Estado de establecer la verdad⁸². Por ejemplo, la Ley sobre el establecimiento de la comisión de la verdad y reconciliación de Liberia, promulgada el 12 de mayo de 2005, se refiere al reconocimiento de que “la introspección, la recuperación nacional y la reconciliación serán sumamente robustecidas por el proceso encaminado a establecer la verdad a través de un diálogo público que comprometa a la nación...”⁸³. En el caso de Liberia, la obligación jurídica de establecer un mecanismo destinado a establecer la verdad se originaba en el artículo XIII del Acuerdo de Paz Amplio del 18 de agosto de 2003⁸⁴. Éste

80 V. el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido (art. XXVI) y la Ley de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona, de 2000 (art. 6); el Decreto Supremo de Chile n.º 355, del 25 de abril de 1990, por el que se creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación; El Salvador: Acuerdos de Paz de México - Disposiciones sobre el establecimiento de la Comisión de la Verdad para El Salvador, Ciudad de México, 27 de abril de 1991; Ley de Alemania n.º 12/2597, del 4 de mayo de 1992, sobre el establecimiento de la Comisión Investigadora sobre “Análisis y elaboración de la historia y las consecuencias de la dictadura del SED”; Atribuciones de la Comisión de la Verdad y la Amistad de Timor Leste, 10 de marzo de 2005 ; Ley de la Comisión Nacional de la Reconciliación de Ghana, de 2002; y la Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación de Sudáfrica n.º 34 de 1995. V. también Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, Nueva York, 2001.

81 Decreto Supremo n.º 065-2001-PCM de Perú, del 2 de junio de 2001, considerando 4; Acuerdo sobre el Establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que han Causado Sufrimientos a la Población Guatemalteca, Oslo, 23 de junio de 1994, considerando 2.

82 V. la Notificación legal de Uganda sobre el establecimiento de la Comisión de Investigación de las violaciones de los derechos humanos, Ley sobre la Comisión de Investigación, Notificación legal n.º 5, del 16 de mayo de 1986, en la que se considera “oportuno” investigar las causas y las posibles formas de prevenir las violaciones graves de los derechos humanos comprendidos en el objeto del mandato. Según el considerando 3 de la Ley sobre la Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación de Sudáfrica de 1995 (Ley 95-34, del 26 de julio de 1995), “se considera necesario establecer la verdad en relación con los sucesos pasados, así como los motivos y las circunstancias en que se produjeron violaciones manifiestas de los derechos humanos, y dar a conocer los resultados de la investigación a fin de prevenir que esos actos se repitan en el futuro”.

83 Considerando 8 de la ley de creación de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Liberia, promulgada por la Asamblea Nacional Legislativa de Transición el 12 de mayo de 2005 y aprobada por el presidente del Gobierno Nacional de Transición de Liberia el 10 de junio de 2005.

84 El art. XIII del Acuerdo General de Paz firmado en la ciudad de Accra, República de Ghana, el 18 de agosto de 2003, contiene disposiciones por las que se instituye una Comisión Nacional de Reconciliación a fin de “constituir un foro donde se aborden cuestiones relacionadas con la impunidad y se ofrezca a las víctimas y a los perpetradores una oportunidad para compartir sus experiencias, a fin de facilitar la recuperación y la reconciliación verdaderas”.

también ha sido el caso de otros Estados que instituyeron comisiones de la verdad y de la reconciliación o mecanismos análogos⁸⁵. Al mismo tiempo, la inclusión de la obligación de establecer una comisión de la verdad en un acuerdo de paz puede, en sí mismo, constituir una prueba de la práctica del Estado de reconocer el derecho a la verdad tras la comisión de violaciones graves. Pero, aunque la decisión de instituir una comisión de la verdad puede ser una cuestión que se decida a nivel nacional, puede también haber un principio universal que obligue a los Estados a preservar los archivos que permitan a la sociedad ejercer su derecho a conocer la verdad sobre los actos de represión del pasado, conforme a las disposiciones de los Principios actualizados para la lucha contra la impunidad⁸⁶.

Suponiendo que esas prácticas, a causa de su uso reiterado y difundido, puedan considerarse como pruebas de la existencia del derecho consuetudinario a la verdad, cabe detenerse en este punto y examinar las definiciones y las características del derecho a la verdad derivadas de esas pruebas. En primer lugar, aunque los mandatos de esos mecanismos exhiben grandes diferencias, generalmente encaran violaciones graves del derecho humanitario y del derecho de los derechos humanos. En segundo lugar, por lo general, el mandato no se limita a eventos concretos, sino que se centra en períodos de conflicto armado, de graves disturbios civiles o de represión de Estado⁸⁷. Su finalidad es esclarecer la índole, las causas y el grado de las violaciones de los derechos humanos, así como los factores subyacentes, los antecedentes y el contexto que condujeron a esas violaciones, e identificar a las personas responsables⁸⁸. En tercer lugar, aparentemente, corresponde proporcionar “la verdad” tanto a los individuos como a la sociedad en su conjunto. En cuarto lugar, se considera que, en general, “la verdad” que esos mecanismos descubren

85 Así fue el caso de Sierra Leona (Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido (Art. XXVI)); Guatemala (la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) se creó el 23 de junio de 1994, como parte de los acuerdos de paz entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG)); y El Salvador (la creación de la Comisión de la Verdad para El Salvador era uno de los mandatos contenidos en los acuerdos de paz del 16 de enero de 1992, auspiciados por las Naciones Unidas).

86 V. el Principio 3 de los Principios actualizados para la lucha contra la impunidad y el Informe del experto independiente, párr. 19, nota 8 *supra*.

87 El mandato de la Comisión para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación de Timor Leste, por el que se autoriza a la Comisión a investigar las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el período de 25 años que se inicia en 1974, es un buen ejemplo de esta situación. V. el artículo 13.2 del Reglamento n.º 2001/10 sobre el establecimiento de una Comisión para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación en Timor Leste, UNTAET/REG/2001/10, 13 de julio de 2001.

88 V. *ibíd.*, sección 13, titulada “Verdad”, en la que se describen seis aspectos que la Comisión ha de investigar a fin de establecer la verdad: 1) la medida de las violaciones de los derechos humanos, con inclusión de aquéllas que forman parte de un conjunto de abusos sistemáticos; 2) la índole, los motivos y el grado de las violaciones de los derechos humanos, incluyendo los antecedentes, las circunstancias, los factores, el contexto, los motivos y las perspectivas que condujeron a ellas; 3) qué personas, autoridades, instituciones y organizaciones estuvieron involucradas en las violaciones; 4) si las violaciones fueron consecuencia de un plan, una política o una autorización deliberada por parte de un Estado, de cualquiera de sus órganos o de cualquier organización política, grupo de milicias, movimiento de liberación u otros grupos o individuos; 5) el papel de los factores internos y externos en el conflicto, y 6) la responsabilidad de las violaciones, sea política o de otra índole.

conduce a procesos de reconciliación. Tanto el proceso de búsqueda de la verdad como los resultados de las investigaciones son de naturaleza restauradora, lo que nos devuelve a la noción de que la verdad es relativa a las necesidades actuales. Los informes de estas comisiones se refieren a la función de narrar la verdad, entre otras cosas, como “una parte crítica de las respuestas de los Estados (...) a violaciones graves de los derechos humanos”, una “base indispensable para las medidas de reparación”⁹⁰, la “única forma de lograr este objetivo [la reconciliación]”⁹¹ y un medio de hacer efectivo “el derecho inalienable a la verdad”⁹². Al medir su efecto real, Michael Ignatieff lanzó la célebre frase de que “todo lo que una Comisión de la Verdad puede lograr es reducir el número de mentiras capaces de circular en el discurso público sin ser cuestionadas”⁹³. Aunque eso sea todo lo que hagan, es mucho para esas comunidades profundamente escindidas; pero esos mecanismos probablemente logran mucho más en términos de generar una “catarsis colectiva” y una “conciencia colectiva” opuesta a toda reiteración de esos actos⁹⁴. Lo que es más, la naturaleza pública y oficial de la Comisión de la Verdad transforma la verdad histórica en un reconocimiento oficial del daño causado a las víctimas, un valor clave para la reconciliación nacional⁹⁵.

Por lo que respecta a la legislación nacional, en muchos países, el derecho de los familiares a conocer la suerte corrida por sus seres queridos desaparecidos se ha incorporado en las leyes nacionales o en los manuales militares⁹⁶. En julio de 2005, Colombia promulgó una ley por la que se reconoce el derecho a la verdad que asiste no sólo a las víctimas de violaciones de los derechos humanos y de

89 *National Reconciliation Commission Report of Ghana* (Informe de la Comisión Nacional de Reconciliación de Ghana), 16 de mayo de 2005, párr. 1.1.2.

90 *Report of the Chilean National Commission for Truth and Reconciliation* (Informe de la Comisión Nacional para la Verdad y Reconciliación de Chile), University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1993, vol. I/II, parte 1, cap. 1.

91 *Guatemala: Memoria del Silencio, Comisión para el Esclarecimiento Histórico* (CEH), febrero de 1999, Prólogo.

92 *Witness to Truth: Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone* (Testigo por la Verdad: Informe Final de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona), vol. I, 5 de octubre de 2004, p. 79.

93 M. Ignatieff, “Articles of Faith”, *Index on Censorship*, vol. 25, n.º 5, 1996, p. 113.

94 El ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pedro Nikken, ha argumentado que el descubrimiento de la verdad cumple una doble función: “En primer lugar, es útil que la sociedad sepa, en forma objetiva, lo que acaeció en su seno; esto se traduce en una especie de catarsis colectiva. En segundo lugar, contribuye a crear una conciencia colectiva respecto de la necesidad de impedir la repetición de tales actos...”, citado en *Witness to Truth: Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone*, vol. I, 5 de octubre de 2004, p. 79.

95 V. Méndez, nota 36 *supra*, p. 269, citando a Thomas Nagel.

96 V., entre otros, *Customary International Humanitarian Law, Volume II, Practice, Parte 2*, CICR, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 2766–2767; Bosnia-Herzegovina, Ley sobre Personas Desaparecidas, 2004 (en poder del autor).

crímenes conforme al derecho internacional, sino a la sociedad en general⁹⁷. En términos generales, el derecho a la verdad que asiste a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a sus familiares no se ha reconocido explícitamente en las constituciones nacionales. No obstante, la mayoría de las leyes constitucionales reconocen y protegen la libertad de información, incluido el derecho a procurar información. En especial, la Ley de Libertad de Información de Estados Unidos, y la Ley de Promoción del Acceso a la Información, de Sudáfrica, se han usado para revelar la verdad sobre las violaciones de derechos humanos cometidas en El Salvador, Guatemala, Perú y Sudáfrica, y para ayudar a las Comisiones de la Verdad en su labor⁹⁸.

Los tribunales nacionales también han dictado sentencias que destacan la importancia del derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, basados en el derecho al duelo⁹⁹, el derecho a la justicia¹⁰⁰, la necesidad del esclarecimiento histórico, la recuperación individual y social, y la prevención de violaciones futuras¹⁰¹, como medio de garantizar un Estado democrático basado en el imperio del derecho¹⁰². En los “casos de Srebrenica”, la Cámara de Derechos Humanos de Bosnia-Herzegovina basó el derecho de los familiares a conocer la verdad sobre la suerte y el paradero de aproximadamente 7.500 hombres y muchachos, en los derechos establecidos en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En particular, se refirió al derecho de no ser sometido a tortura o malos tratos (porque el hecho de no saber la verdad acerca de los familiares impedía la recuperación y el sentido reconfortante

97 Ley n.º 975, del 25 de julio de 2005, titulada “Ley de Justicia y Paz”. En el art. 7, se define que el derecho a la verdad incumbe a la sociedad. Sin embargo, esa legislación fue criticada por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en cuya opinión, la ley en cuestión no conduce a la verdad porque no establece la condición de decir la verdad para gozar de beneficios judiciales, el plazo fijado para las investigaciones es limitado, y ofrece escasos incentivos para que la fiscalía procure establecer la verdad.

98 Documento de la ONU E/CN.4/2004/88, párr. 20. V. también la *Ley Federal de Acceso a la Información* de México, promulgada en 2002, en la que se prohíbe la retención de documentos en que se describan “violaciones graves” de los derechos humanos, y la Ley sobre los Archivos de la Stasi, de Alemania (1991), destinada a facilitar el acceso individual a datos personales archivados por el Servicio de Seguridad del Estado [“Stasi”, la policía secreta de la ex Alemania Oriental], con el fin de esclarecer la influencia que el servicio tuvo en la vida de los individuos, y a garantizar y promover” la reevaluación histórica, política y jurídica de las actividades del Servicio de Seguridad del Estado”. Ley sobre los Archivos de la Stasi (Stasi-Unterlagengesetz, StUG), *Federal Law Gazette* I, 1991, p. 2272, enmendada.

99 V., entre otros: Acuerdo del 1º de septiembre de 2003 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, caso *Suárez Mason*, Rol. 450; Acordada del 1º de septiembre de 2003 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, caso *Escuela de Mecánica de la Armada*, Rol. 761; Fallo del 8 de diciembre de 2004 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, caso *María Elena Amadio*, Rol. 07/04-P, y Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal, caso *Carlos Alberto Telleldín y otros -Homicidio* (caso AMIA), Rol. 487-00.

100 Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Resolución del 18 de mayo de 1995, caso *María Aguiar Lapaó*, Rol. 450.

101 Corte Suprema de la Nación (Argentina), Fallo del 14 de junio de 2005, S. 1767. XXXVIII, caso “*Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*”, Rol. n.º 17.768.

102 *Ibid.*, párrs. 15 y 19. V., entre otros, Corte Constitucional de Colombia, sentencia del 20 de enero de 2003, case T-249/03; sentencia C-228, del 3 de abril de 2002, y sentencia C-875 del 15 de octubre de 2002.

de haber llegado al final, y equivalía a una violación persistente del artículo 3 del Convenio)¹⁰³, el derecho a la vida de familia (porque, cuando el Estado posee o controla información y, arbitrariamente y sin justificación, se niega a revelarla al familiar, no está protegiendo ese derecho)¹⁰⁴, y el deber del estado de realizar investigaciones efectivas¹⁰⁵, que también se vinculaba a una violación del artículo 3. Aunque, según el artículo 38 1) d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), las decisiones judiciales sólo se consideran “un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”, “desempeñan un papel de creciente importancia en el reconocimiento de diferentes derechos humanos como derechos consuetudinarios”, y el peso acumulativo de esta jurisprudencia, sumado a la de los órganos y tribunales de derechos humanos, “influye en el desarrollo y la consolidación del derecho consuetudinario de los derechos humanos”¹⁰⁶.

Volviendo a los indicadores de los derechos humanos consuetudinarios que postula Meron, éste también señala algunos factores contrarios: “la medida en que un derecho particular está sujeto a limitaciones (cláusulas restrictivas o cláusulas *claw-back*), y la medida de la práctica contraria”. Con respecto a las limitaciones al derecho a la verdad, se mencionó más arriba que ciertos países reconocen este tipo de obligación en el sentido del principio de la libertad de información. Como es sabido, el derecho a la libertad de información puede restringirse, conforme al derecho internacional, cuando sea necesario para proteger los derechos o la reputación de los demás, o para proteger la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas¹⁰⁷. ¿Pueden aplicarse restricciones análogas al derecho a la verdad? Se ha argumentado que el carácter inalienable de ese derecho, sumado a su ámbito material (relacionado con violaciones graves del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos humanos), impide su derogación. Sustentan este argumento los fallos de tribunales nacionales y regionales, en el sentido de que la omisión de informar a las personas interesadas sobre la suerte y el paradero de familiares desaparecidos puede ser equivalente a la tortura, lo que es, a las claras, un crimen *ius cogens*. También podría decirse que los recursos judiciales que protegen los derechos fundamentales, como el hábeas corpus y el amparo, que también pueden usarse como instrumentos procesales para hacer valer el derecho

103 Decision on Admissibility and Merits of 7 March 2003, “*Srebrenica Cases*”, caso n.º CH/01/8365 y otros, párr. 220 (4); v. también párr. 191.

104 *Ibid.*, párrs. 181 y 220(3).

105 Decision on Admissibility and Merits of 11 January 2001, *Palic v. Republika Srpska*, Caso n.º CH/99/3196; Decision on Admissibility and Merits of 9 November 2001, *Unkovic v. Federation of Bosnia and Herzegovina*, Caso n.º CH/99/2150.

106 Meron, nota 35 *supra*, p. 89.

107 V. PIDCP, art. 19 3).

a la verdad, se consideran ahora no derogables¹⁰⁸. Además, de modo similar, los tribunales también han inferido que el derecho a la verdad forma parte del deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos fundamentales¹⁰⁹. Si el derecho a la verdad es necesario para reivindicar otros derechos esenciales, como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura, es difícil justificar las limitaciones o derogaciones de su aplicación.

Sin embargo, en la práctica, los Estados no siempre están tan interesados en decir la verdad sobre las violaciones graves de los derechos humanos, sino que buscan formas de limitar esas revelaciones. En años recientes, los Gobiernos han invocado con frecuencia la protección de la seguridad nacional, a fin de limitar la cantidad de información accesible al público, incluso cuando esa información se relaciona con violaciones graves de los derechos humanos. Ese comportamiento se observó en los casos de “entrega extraordinaria” relacionados con personas sospechadas de terrorismo. En el caso *Maher Arar*, relativo a un ciudadano canadiense raptado del aeropuerto John F. Kennedy y trasladado a Siria, donde estuvo detenido en secreto y sufrió torturas durante diez meses¹¹⁰, *American Civil Liberties Union (ACLU)* (Unión Americana de Libertades Civiles) entabló una demanda conforme a la Constitución y la Ley sobre la Protección de Víctimas de la Tortura¹¹¹. En respuesta, Estados Unidos invocó la inmunidad y la defensa del secreto de Estado. La ACLU también

108 V., entre otros: Comité de Derechos Humanos, *Observación General n.º 29 sobre Estados de Excepción*; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-8/87* del 30 de enero de 1987, y *Opinión Consultiva OC-9/87*, del 6 de octubre de 1987.

109 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia del 25 de mayo de 1998, *Kurt v. Turkey*, solicitud n.º 24276/94; sentencia del 14 de noviembre de 2000, *Tas v. Turkey*, solicitud n.º 24396/94, y sentencia del 10 de mayo de 2001, *Cyprus v. Turkey*, solicitud n.º 25781/94); Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del 29 de julio de 1988, caso *Velásquez Rodríguez*; sentencia del 20 de enero de 1989, caso *Godínez Cruz*; sentencia del 3 de noviembre de 1997, caso *Castillo Páez*; sentencia del 24 de enero de 1998, caso Blake, párr. 97; sentencia del 25 de noviembre de 2000, caso *Bamaca*; sentencia del 25 de noviembre de 2003, caso *Myrna Mack Chang*; sentencia del 8 de julio de 2004, caso de los hermanos *Gómez Paquiyauri c/ Perú*; sentencia del 5 de julio de 2004, caso de *19 Comerciantes c/ Colombia*; sentencia del 7 de septiembre de 2004, caso *Tibi c/ Ecuador*; sentencia en el caso *Molina Theissen* (Reparación), sentencia del 15 de junio de 2005, caso *Aldea de Moiwana c/ Suriname*; sentencia del 22 de noviembre de 2004, caso *Carpio Nicolle c/ Guatemala*; sentencia del 1º de marzo de 2005, caso *Hermanas Serrano Cruz c/ El Salvador*; y sentencia del 15 de septiembre de 2005, caso de la *Masacre de Mapiripán c/ Colombia*).

110 V. Jane Mayer, “Outsourcing torture: The secret history of America’s “extraordinary rendition” program”, *The New Yorker*, 14 de febrero de 2005, en: http://www.newyorker.com/fact/content/?050214fa_fact6 (consultado el 4 de abril 2006).

111 En una decisión fechada 16 de febrero de 2006, un tribunal de distrito de Estados Unidos desestimó la querrela de Maher Arar, decretando la falta de fundamentos para accionar con arreglo a la Ley sobre la Protección de Víctimas de la Tortura. Alegando razones vinculadas con la política exterior y la seguridad nacional, el tribunal rechazó la afirmación del demandante Bivens de que el secuestro y las torturas sufridas en Siria representaban violaciones graves de sus garantías procesales. Aunque el tribunal también desestimó los reclamos del demandante relacionados con la violación de sus garantías procesales y la denegación de su derecho a la ayuda de un abogado, ambos hechos acaecidos durante su detención en Estados Unidos, dio permiso a este ciudadano extranjero para volver a presentar una demanda con respecto a estas cuestiones. V. *Maher Arar v. John Ashcroft and others*, 414 F. Supp. 2d 250; 2006 US Dist. LEXIS 5803, 16 de febrero de 2006.

intentó obtener confirmación oficial de la práctica de entregas extraordinarias a través de los procedimientos de la ley sobre libertad de información. En el marco de este proceso, en 2004, el tribunal ordenó al Gobierno poner a disposición los documentos pertinentes. Invocando la seguridad nacional¹¹², la CIA no ha cooperado con la orden del tribunal hasta ahora. En este caso, puede discernirse el verdadero valor potencial del derecho a la verdad en el ámbito del derecho consuetudinario, que es distinto del derecho a pedir información que todo ciudadano puede ejercer y que puede limitarse con facilidad, porque, si el derecho a la verdad es un derecho inalienable y es necesario para proteger otros derechos humanos fundamentales, es probable que los Gobiernos sólo puedan invocar en forma limitada la “seguridad nacional” u otras justificaciones destinadas a restringir el derecho.

Otro ámbito donde se observa una práctica contraria al posible derecho a la verdad es el uso de amnistías. Cuando las amnistías excluyen la posibilidad de enjuiciar a los perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos, se frustra el uso de uno de los medios más habituales para establecer la verdad. El ejemplo más reciente es la amnistía promulgada en Argelia en febrero de 2006, que no sólo impide el enjuiciamiento de las personas acusadas de violar los derechos humanos por motivos políticos, sino que también acalla el debate abierto, porque tipifica como delito el debate público sobre el conflicto que asoló el país por diez años¹¹³. En efecto, ciertos órganos han determinado que algunas amnistías no son válidas conforme al derecho internacional porque no permiten establecer la verdad, dado que bloquean las investigaciones e impiden que las personas responsables de las violaciones sean identificadas y procesadas¹¹⁴. Por otro lado, las amnistías vinculadas con obligaciones de revelar información sobre las violaciones, como la promulgada en Sudáfrica, no sólo permiten que se diga la verdad, sino que facilitan el proceso¹¹⁵. En los círculos académicos, parece estar surgiendo la doctrina de que estos tipos de

112 V. también *Khaled El-Masri v. George Tenet*, et al., 2006 US Dist. LEXIS 34577, 12 de mayo de 2006, donde el demandante, un ciudadano alemán, alegó ser víctima inocente del programa de “entregas extraordinarias” de Estados Unidos y, a través de tres juicios, demandó a los acusados, esto es, el ex director de la Agencia Central de Inteligencia (CIA), empresas privadas y empleados desconocidos, tanto de la CIA como de las empresas. El Tribunal de Distrito dictaminó que el argumento del Gobierno basado en el secreto de Estado era válido e hizo lugar a la petición de que se desestimara el caso.

113 El 27 de febrero de 2006, el gabinete de Argelia en pleno, presidido por el presidente Abdelaziz Bouteflika, aprobó el “Decreto de Implementación de la Carta para la Paz y la Reconciliación Nacional”. La amnistía no incluye a las personas que “cometieron o fueron cómplices o instigadores en actos de masacre colectiva, violaciones o el uso de explosivos en lugares públicos”.

114 V. *Garay Hermosilla y otros c/ Chile*, Caso 10.843, Informe n.º 36/96, Inter-Am, CHR, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev. at 156 (1997).

115 V. *The Azanian Peoples Organization (AZAPO) v. The President of the Republic of South Africa and others*, caso CCT 17/96 (Sudáfrica), 1996 (caso AZAPO), párr. 22.

“amnistías con responsabilidad”¹¹⁶ pueden considerarse válidas y ser reconocidas conforme al derecho internacional, lo que potencia la idea de que el valor del derecho a la verdad no es sólo moral o narrativo, sino también jurídico. Al mismo tiempo, en la comunidad internacional, se está produciendo la deslegitimación general de las amnistías por crímenes internacionales, lo que, lentamente, va cerrando la puerta a este tipo de limitación a la búsqueda de la verdad¹¹⁷.

Como conclusión de la proposición de que el derecho a la verdad es un derecho consuetudinario, puede argüirse que, aunque no haya una mención explícita de este derecho en los instrumentos de derechos humanos (salvo en los Principios actualizados para la lucha contra la impunidad), los órganos y los tribunales de derechos humanos han inferido reiteradamente este derecho de otros derechos humanos fundamentales. El efecto acumulativo de esas decisiones, sumado a la difundida práctica de instituir mecanismos destinados a descubrir la verdad en países donde se han cometido crímenes graves, así como algunas leyes nacionales, y la reiteración constante, por parte de los órganos internacionales y nacionales, de la importancia de conocer la verdad, son indicios de la aparición de algo que se aproxima a un derecho consuetudinario (aunque con diferentes formas). También cabe tener en cuenta que los derechos más esenciales para la protección de la dignidad humana y los valores de humanidad universalmente aceptados exigen menor cantidad de pruebas que confirmen su índole consuetudinaria¹¹⁸.

116 La expresión “amnistía responsable” se toma de la obra del profesor Ronald C. Slye, “The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, p. 173, p. 245, para hacer referencia a una amnistía en la que se asigna cierto grado de responsabilidad y se otorga a las víctimas una reparación más que mínima. Según el profesor Slye, tal amnistía, a la que podría concederse reconocimiento internacional, debe crearse de conformidad con las estructuras democráticas. Una de las condiciones de esa amnistía es que no puede aplicarse a las personas que tienen un alto grado de responsabilidad por crímenes internacionales. V. también William W. Burke-White, “Reframing Impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation”, *Harvard International Law Journal*, vol. 42, n.º 2 (2001), donde se destaca el efecto de legitimación de los Gobiernos democráticamente elegidos que promulgan amnistías; Michael P. Scharf, “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Cornell International Law Journal*, vol. 32 (1999), donde se señalan los factores que la CPI debería tener en cuenta al decidir si reconocer o no una amnistía: si el delito conlleva la obligación de enjuiciamiento, si el conflicto armado hubiese terminado incluso sin recurrir a la amnistía, y si el Estado ha instituido un mecanismo de establecimiento de la verdad; y John Dugard, “Dealing with Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, n.º 4 (1999), p. 1001, donde se sugiere que las amnistías otorgadas, después de una investigación, por una Comisión de la Verdad y la reconciliación, como la de Sudáfrica, “pueden contribuir a alcanzar la paz y la justicia en una sociedad en transición con mayor eficacia que el enjuiciamiento obligatorio”.

117 V. Principio 7 de los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal, adoptado por un grupo de expertos en derecho internacional en 2001, en el que se proponía lo siguiente: “las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de perseguir judicialmente a las personas responsables de crímenes graves bajo el derecho internacional”, Principio 7, Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal 28 (2001), Programa de Derecho y Asuntos Públicos de la Universidad de Princeton, Universidad de Princeton, Princeton, 2001.

118 Meron, nota 35 *supra*, pp. 35 y 113. V. también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, *Merits, Judgment*, ICJ Reports 1986, 14 (1986), pp. 98–108.

El derecho a la verdad como principio general del derecho

¿Existe el derecho a la verdad como principio general del derecho? Juan Méndez, uno de los principales expertos jurídicos sobre el derecho a la verdad, ha caracterizado ese derecho como un “principio que está surgiendo en el ámbito del derecho internacional”, ya que “el precepto no se ha establecido como una norma clara e incuestionablemente validada en un tratado internacional”¹¹⁹. Cabe argumentar que el derecho a la verdad puede discernirse como un principio del derecho que deriva de fuentes tanto internacionales como nacionales. En el primer caso, puede utilizarse como una forma de inferir la existencia de normas amplias a partir de normas más específicas mediante el razonamiento inductivo¹²⁰. Prueba de ello sería la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, los cuales, en sus análisis de los derechos convencionales específicos, parecen identificar un derecho a la verdad más amplio. En el segundo caso, como principio derivado de fuentes nacionales, puede “llenar vacíos” cuando los tratados y el derecho consuetudinario no proporcionan suficientes pautas. Muchos principios generales tomados de los sistemas nacionales se basan en la “justicia natural”, como los principios de buena fe, la caducidad y la proporcionalidad. Podría decirse que el derecho a la verdad tiene raíces análogas, dado que está basado en la dignidad humana y en la justicia. También puede observarse que la verdadera transferencia de los principios del derecho nacional al plano internacional se limita a algunas normas procesales, como el derecho a un juicio imparcial y los procedimientos para encarar la denegación de justicia o el agotamiento de los recursos en el plano nacional. En cierto sentido, el derecho a la verdad es análogo a esas normas procesales, porque está ligado a la protección de los derechos humanos fundamentales y porque surge como la respuesta esperada de un Estado a una violación. Como se sabe, los principios generales del derecho son particularmente útiles en los ámbitos “nuevos” del derecho internacional, y es evidente que el concepto del derecho a la verdad podría ser útil en el complejo y novedoso ámbito de la justicia de transición, aunque no debería aplicarse sólo en el contexto de las transiciones¹²¹. En términos más amplios, los principios generales del derecho, en particular los que reflejan consideraciones de índole humanitaria, pueden revelar ciertos criterios de la política pública¹²². Sobre este particular, es fácil discernir las repercusiones que tiene el derecho a la verdad reconocido a nivel internacional, en la política pública.

119 Méndez, nota 36 *supra*, p. 255.

120 Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7ª edición, Routledge, Londres, 1997, p. 48.

121 V. Méndez, nota 36 *supra*, p. 256 (“... esas obligaciones son de aplicación universal y son alimentadas por experiencias que poco tienen que ver con la transición a la democracia”).

122 V. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3ª edición, 1979, p. 29.

Consecuencias del derecho a la verdad: la verdad y el juicio penal

Como se señala en la introducción del presente artículo, el hecho de revelar la verdad ha cobrado importancia estratégica para muchos objetivos de los juicios penales internacionales. Sin embargo, algunos comentaristas han formulado advertencias contra el uso de este enfoque. Por ejemplo, el profesor Koskeniemi ha descrito cómo, en los juicios por crímenes internacionales cometidos en contextos altamente políticos, “la línea entre la justicia, la historia y la manipulación se torna prácticamente invisible”¹²³. Sostiene que el objetivo de “educar” a las personas sobre las ‘verdades históricas’ a través de la justicia surge de nuestro deseo contemporáneo de ajustar la visión del realismo sobre la necesidad de tener en cuenta el contexto, pero también de nuestro rechazo de la conclusión del realismo de que la justicia no es útil en este caso”. Con el mismo escepticismo de Hans Morgenthau acerca de la capacidad del proceso jurídico internacional para encarar los grandes sucesos de la política internacional, a causa de la inevitable distorsión que se produce al someter los contextos políticos a procesos judiciales¹²⁴, Koskeniemi señala que la “individualización” de la culpa penal internacional puede constituir una coartada para un sistema de Estado criminal (y para la población aquiescente)¹²⁵, mientras que la misma estructura de un tribunal destinado a enjuiciar a los perpetradores de tales crímenes se basa, implícitamente, en preconceptos sobre el contexto (cuestionado) en que se cometieron los crímenes, lo que hace casi inevitable la realización de un “juicio mediático”¹²⁶. Otros comentaristas también han advertido sobre la “simplificación excesiva y moralizante” del derecho penal internacional, que “corre el riesgo de caer en posiciones maniqueas”¹²⁷. En su famoso libro sobre el juicio de Eichmann en Jerusalén, Hannah Arendt también criticó el proceso por introducir objetivos históricos, políticos y educativos en el proceso:

“El propósito del juicio es hacer justicia, y nada más; incluso los propósitos ulteriores más nobles —dejar constancia del régimen hitleriano ...— no hacen

123 Martti Koskeniemi, “Between impunity and show trials”, 6 Max Planck UNYB (2002), p. 34.

124 V. el debate sobre el argumento de Morgenthau en “Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen”, 1929, pp. 62–72, en Martti Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 440–445.

125 Koskeniemi, “Between impunity and show trials”, p. 32. V. también las críticas a la individualización de la responsabilidad por los actos de genocidio cometidos en Ruanda, lo que podría implicar una excesiva simplificación de la situación y causar la distorsión del elemento grupal en la perpetración de los crímenes: Jean Marie Kamatali, “The challenge of linking international criminal justice and national reconciliation: The case of the ICTR”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 16, n.º 1, marzo de 2003, p. 124.

126 En este marco, Koskeniemi señala que, en el caso del juicio de Milosevic, en La Haya, “(...) dado que el contexto es parte de la disputa política, el juicio de Milosevic sólo puede ser, desde el punto de vista de éste, un juicio mediático donde su participación implica admitir el triunfo de Occidente”. Koskeniemi, *ibid.*, pp. 17–18.

127 Antoine Garapon, “Three Challenges for International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n.º 3 (2004), p. 724.

más que perjudicar los objetivos principales de la ley: evaluar los cargos que pesan contra el acusado, dictar sentencia y determinar un justo castigo¹²⁸.”

Debido a los fines explícitamente didácticos del juicio *Eichmann*, Arendt consideraba que el proceso se había convertido en un juicio mediático, escenificado por el primer ministro de Israel, David Ben Gurión, con motivaciones políticas orientadas a unificar el Estado de Israel y justificar su existencia.

Con respecto a las consecuencias prácticas del derecho a la verdad en relación con los juicios penales, uno de los sectores en que el reconocimiento de ese derecho podría afectar el funcionamiento de los juicios es la relación entre los procesos de búsqueda de la verdad y los procesos judiciales¹²⁹. En principio, se supone que esos procesos son complementarios, pero hay posibilidades de conflicto, como se vio en la decisión del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), cuando rechazó la solicitud de que Samuel Norman compareciese ante la Comisión de la Verdad y Reconciliación antes de que lo juzgara el TESL, alegando la falta de salvaguardias procesales para el acusado¹³⁰. Esto implicaba que los derechos a juicio imparcial del acusado pasarían por encima de la función de la Comisión, que era la búsqueda de la verdad. Al recibir la apelación, el juez Robertson propuso una solución de compromiso, permitiendo que Norman presentase pruebas por escrito o se reuniese con la Comisión en privado, pero sin hacer lugar a una audiencia pública¹³¹. En efecto, ésta nunca tuvo lugar, pero, a causa de la resolución del conflicto de jurisdicción a favor del tribunal, se perdió la posibilidad de profundizar la investigación de algunos elementos del conflicto en Sierra Leona. Cabe preguntarse si la decisión hubiera sido distinta en caso que el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad de Sierra Leona, se hubiese reconocido y sopesado contra los derechos del acusado¹³². Teniendo en cuenta que, por lo general, las comisiones de la verdad y reconciliación consideran hechos y pruebas de alcances mucho más amplios que los del mero interés en un juicio penal, y dada la vital importancia atribuida a la comprobación de la “verdad” a efectos de la reconciliación y la prevención de futuras situaciones de violencia, los tribunales que afrontan situaciones similares tal vez deban adoptar una posición más tendenciosa al sopesar los intereses en conflicto.

128 Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Penguin Books, Nueva York, 1994, p. 253.

129 Para un análisis de esta relación, v. William A. Schabas y Shane Darcy, *Truth Commissions and Courts: The Tension Between Criminal Justice and the Search for Truth*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2004.

130 *Decision on the Request of the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone to Conduct a Public Hearing with Samuel Hinga Norman* (SCSL-2003-08-PT) [3257-3264], 29 de octubre de 2003.

131 *Decision on Appeal by the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone (“TRC” or “The Commission”) and Chief Samuel Hinga Norman JP against the Decision of His Lordship, Mr Justice Bankole Thompson, delivered on 20 October 2003, to Deny the TRC’s Request to Hold a Public Hearing with Chief Hinga Norman JP* (SCSL-2003-08-PT), 28 de noviembre de 2003.

132 A este respecto, cabe señalar que el Principio 9 de los Principios actualizados para la lucha contra la impunidad, nota 8 *supra*, contiene algunas directrices destinadas a proteger los derechos de las personas implicadas en las investigaciones de los mecanismos de búsqueda de la verdad.

Tampoco se ha resuelto el problema de si el uso del mecanismo de “inmunidad a cambio de testimonio”¹³³ puede aplicarse a los procedimientos de las Comisiones de la Verdad. En otras palabras, ¿pueden los testigos que declaran ante una Comisión de la Verdad solicitar que esa información no se use para enjuiciarlos?¹³⁴ Si se toma en cuenta el derecho a la verdad que asiste a la sociedad o a las víctimas, se fortalecen los argumentos a favor de la aplicación de ese principio a los procedimientos de las Comisiones de la Verdad.

Otro aspecto que merece atención es el uso de la negociación de la declaración de culpabilidad en juicios donde se procesan crímenes internacionales. Pese a la renuencia inicial a celebrar este tipo de acuerdos, los tribunales penales internacionales *ad hoc*, teniendo presente la índole de los crímenes que comprenden sus mandatos, se han avenido, gradualmente, a utilizar ese mecanismo como un medio para mejorar la eficiencia de los procesos penales internacionales¹³⁵. Esta modalidad comenzó con la negociación de la condena, pero ahora comprende también la negociación de los cargos¹³⁶. Por un lado, una declaración de culpabilidad es importante para establecer la verdad, porque elimina la fuente de conflicto relativa a la responsabilidad y la prueba, y porque constituye un incentivo para que los acusados faciliten información que, de otro modo, podría no llegarse a conocer. El mejor ejemplo de este caso es el pacto sobre la declaración de culpabilidad de Momir Nikolic ante el TPIY. En su Declaración de los Hechos y Aceptación de Responsabilidad, adjunta al pacto sobre la declaración de culpabilidad, Nikolic manifestó que las ejecuciones de miles de hombres y jóvenes musulmanes en Srebrenica fueron planificadas y eran conocidas a los máximos niveles del ejército bosnio serbio (VRS), contradiciendo las denegaciones de responsabilidad por la masacre formuladas tanto a nivel individual como del Estado¹³⁷. Sin embargo,

133 Ante el Tribunal Especial para Sierra Leona, un testigo puede solicitar que el testimonio prestado en procedimientos de ese Tribunal no se utilice en el enjuiciamiento posterior de ese mismo testigo (Regla 90 E) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para Sierra Leona). Dicha regla deriva de la Regla 90 E) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de conformidad con el artículo 14 1) del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

134 Para argumentos en este sentido, v. William A. Schabas, “A Synergic Relationship: The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone”, en William A. Schabas y Shane Darcy, *Truth Commissions and Courts: The Tension Between Criminal Justice and the Search for Truth*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2004, pp. 30–35.

135 El 12 de julio de 2001, el TPIY añadió la regla 62ter de las Reglas de Procedimiento y Prueba, donde se expone el procedimiento para aceptar un arreglo sobre la declaración de culpabilidad.

136 Sentencia condenatoria, *Plavsic* (IT-00-39&40/1-S), Sala de Primera Instancia III, 27 de febrero de 2003.

137 Como Subcomandante de Seguridad e Inteligencia de la Brigada Bratunac del VRS, se ordenó a Nikolic coordinar y supervisar “el traslado de las mujeres y los niños a Kladanj y la separación y detención de hombres musulmanes en buen estado físico”, lo que se hizo. Se le pidió que ayudara a identificar los lugares donde los hombres y los jóvenes debían quedar detenidos hasta su ejecución. Nikolic pasó esta información a su comandante y codemandado, Vidoje Blagojevic, quien parecía estar “completamente al tanto de la operación de traslado y ejecución”. También admite su participación en la exhumación de fosas comunes y en nuevos enterramientos, y nombra a quienes le ordenaron hacerlo. Además, relata la destrucción intencional de pruebas comprometedoras, efectuada por oficiales del Servicio Drina del VRS; informa también sobre reuniones con oficiales del VRS, y sobre una visita del Servicio de Seguridad del Estado en la que se lo instó a guardar silencio después de que fuera citado por el TPIY con el fin de interrogarlo.

la negociación de cargos en la que se omiten cargos más graves a cambio de la declaración de culpabilidad de un acusado, puede distorsionar los datos históricos. En este sentido, cabe preguntarse si la negociación de los cargos es compatible con el derecho a la verdad de la sociedad y de las víctimas. En el caso *Plavsic*, en el TPIY, la acusada también admitió los hechos que fundamentaban la acusación en un documento de cinco páginas adjunto al pacto sobre la declaración de culpabilidad, que puede servir para desarrollar un registro histórico generalmente aceptado. Por otro lado, *Plavsic* sólo tuvo que admitir hechos relacionados con el cargo restante, que era el de persecución, por lo cual su participación en actos de genocidio, el cargo inicial, no se conoce. En realidad, muchos serbios no consideraban el pacto sobre la declaración de culpabilidad como el acto de decir la verdad, sino como un arreglo interesado, celebrado a cambio de beneficios judiciales¹³⁸.

En efecto, la justicia negociada se ha justificado en el marco del pensamiento filosófico posmodernista que, como ya se ha dicho, considera que el concepto de verdad más apropiado es el que define la “verdad” como la versión de los hechos aceptable para todas las partes interesadas¹³⁹. Por ende, determinar un principio general del “derecho a la verdad” puede ayudar a que los tribunales ajusten mejor el uso de la negociación de la declaración de culpabilidad y de otras medidas de justicia negociada, a los objetivos superiores de la justicia penal internacional. Es un equilibrio delicado y difícil de lograr: aunque el acuerdo y la transacción no sean el camino más confiable para establecer los hechos con precisión, permiten inducir al acusado a ofrecer pruebas importantes que, de otro modo, no saldrían a la luz¹⁴⁰.

Por último, la difícil pregunta de si una comisión de la verdad u otro mecanismo no judicial de búsqueda de la verdad debe dar a conocer los nombres de las personas halladas responsables de violaciones graves de los derechos humanos, sigue siendo una cuestión espinosa. Evidentemente, en este punto, entran en conflicto el derecho a la verdad de cada víctima y de la sociedad, y los derechos a las garantías procesales del presunto perpetrador, entre los que sobresalen el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a defenderse contra acusaciones penales. La práctica de las Comisiones de la Verdad ha variado con respecto a esta cuestión¹⁴¹.

138 Michael P. Scharf, “Trading justice for efficiency”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n.º 4 (2004), pp. 1070–1081, p. 1080.

139 Mirjan Damaska, “Negotiated Justice in International Criminal Courts”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n.º 4 (2004), pp. 1018–1039, at p. 1029.

140 Por su parte, el Estatuto de la CPI permite las “declaraciones de culpabilidad”, que deben cumplir las estrictas condiciones establecidas al respecto. Deben estar fundamentadas, entre otras cosas, por piezas complementarias de los cargos presentados por el fiscal y otras pruebas, como declaraciones de testigos, presentadas por las partes. El magistrado puede solicitar que la fiscalía presente pruebas adicionales, como declaraciones de testigos (Estatuto del CPI, art. 65).

141 Las Comisiones de la Verdad en El Salvador y Sudáfrica dieron los nombres de los presuntos perpetradores en sus informes finales. La comisión de Guatemala tenía expresamente prohibido hacerlo. La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, de Argentina, funcionó con un mandato ambiguo en este sentido, pero no dio a conocer los nombres de los presuntos autores de los crímenes. Aunque el mandato de la Comisión Nacional para la Verdad y Reconciliación de Chile no prohibía a este órgano nombrar a los presuntos perpetradores, la Comisión optó por no hacerlo, invocando preocupaciones pragmáticas relacionadas con la estabilidad y cuestiones vinculadas con la garantía procesal de la suficiencia de las pruebas.

Los Principios actualizados para la lucha contra la impunidad proporcionan algunas directrices¹⁴², pero, sin duda, el debate sobre el tema queda abierto.

Conclusión

El derecho a la verdad es una noción que parece, a la vez, idealista e inherente a la condición humana. La verdad es un concepto tradicionalmente difícil de definir. Implica la credibilidad objetiva, pero también exige la comprensión subjetiva. Sugiere un acuerdo sobre la realidad fáctica, pero también da cabida a interpretaciones divergentes. Se valoriza en la esfera pública, al tiempo que sigue siendo una cuestión intensamente privada para el individuo, y se templa con el pasado, pero puede cambiar nuestra percepción del presente y enseñarnos qué hacer con el futuro.

Por último, como una respuesta no definitiva a la pregunta formulada en el título de este artículo, podría decirse que el derecho a la verdad se sitúa entre el umbral de una norma jurídica, y una herramienta narrativa. Su incuestionable vínculo con la dignidad humana hace que nadie niegue su importancia, pero, a raíz de las persistentes dudas sobre su contenido y sus parámetros normativos, se sitúa un poco por encima de un buen argumento y un poco por debajo de una norma jurídica clara. Aún hay que ponerse de acuerdo sobre el asunto de la verdad sobre el derecho a la verdad.

142 En el Principio 9 de los “Principios actualizados para la lucha contra la impunidad” se establece lo siguiente: Antes de que una comisión identifique a los autores en su informe las personas interesadas tendrán derecho a las siguientes garantías: a) La comisión deberá tratar de corroborar la información que implique a esas personas antes de dar a conocer su nombre públicamente; b) Las personas implicadas deberán haber sido escuchadas o, al menos, convocadas con tal fin, y tener la posibilidad de exponer su versión de los hechos en una audiencia convocada por la comisión mientras realiza su investigación, o de incorporar al expediente un documento equivalente a un derecho de réplica.

Comisiones de la verdad: resumen esquemático

Priscilla B. Hayner

Priscilla B. Hayner es directora de la Unidad de Desarrollo de Políticas del International Center for Transitional Justice, en Nueva York.

Resumen

En los últimos años, se han creado numerosas comisiones de la verdad de diferentes tipos en varios países. La finalidad de este resumen esquemático es examinar la variedad y determinar las diferencias y similitudes entre las comisiones de la verdad establecidas desde la creación de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, en 1995.



En los últimos años, ha aumentado significativamente el número y el tipo de comisiones de la verdad en todo el mundo. Desde el establecimiento de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, en 1995, la idea de una investigación no judicial de abusos graves cometidos en el pasado ha captado la atención de nuevos Gobiernos y de grupos de la sociedad civil en varios países. En los últimos veinticinco a treinta años, se han creado comisiones de la verdad en más de treinta países. Dichas comisiones son organismos oficiales temporarios, que se establecen para investigar un tipo de violaciones en un período de tiempo, producir un informe final y formular recomendaciones de reformas.

Por lo general, esos organismos se establecen por un período de tiempo corto, de uno a tres años en promedio, y pueden emplear a cientos de personas para recoger testimonios individuales, organizar audiencias públicas y efectuar investigaciones de casos y estudios temáticos. A algunas se les ha atribuido el poder de citación o el derecho a acceder a oficinas y documentos oficiales sin previo aviso. Otras han

tenido que depender de la cooperación voluntaria, no sólo de los funcionarios de alto nivel, sino también de los perpetradores directos, a cambio, a veces, de promesas de confidencialidad. Las comisiones de la verdad casi siempre reciben información abundante y detallada de las víctimas, los sobrevivientes y otros testigos, y recogen varios miles de declaraciones detalladas. Algunos de esos testimonios pueden presentarse en audiencias públicas, de tal modo que la opinión pública participa en el proceso mucho tiempo antes de que se publique el informe final.

Las comisiones de la verdad no tienen el poder de enjuiciar, pero muchas han recomendado la realización de juicios, y algunas han compartido sus archivos con las fiscalías. Otras han optado por dar a conocer públicamente los nombres de las personas que, según sus conclusiones, eran responsables de violaciones específicas. Ello puede plantear cuestiones muy difíciles en cuanto a las garantías procesales. El procedimiento estándar es permitir a los acusados que respondan a los cargos en su contra, sea por escrito o en entrevistas privadas, antes de que la comisión los nombre en público.

Cuando se han creado (o propuesto) comisiones de la verdad en contextos donde estaba instituido un tribunal internacional o híbrido, han surgido algunas cuestiones procesales complicadas. En Sierra Leona, la opinión pública no comprendió, al principio, la distinción entre (y la independencia de) la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona y el Tribunal Especial. Más tarde, la Comisión solicitó acceso a los detenidos en poder del Tribunal y que éstos comparecieran en audiencias públicas. Esa solicitud fue rechazada. A fin de ganarse la confianza de quienes deseaban hablar ante alguno de los dos organismos, ambos dejaron en claro, desde el inicio, que no intercambiarían la información obtenida en las investigaciones. Ésto ayudó a disipar algunas de las preocupaciones iniciales. En Bosnia y Herzegovina, la primera propuesta de creación de una comisión de la verdad halló fuerte resistencia por parte del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), que temía que esa comisión complicara su labor. El TPIY cambió de parecer después de examinar más detenidamente la cuestión.

En el cuadro que se presenta a continuación, se ofrece un resumen de las características de algunas de las comisiones de la verdad más sólidas, desde mediados de los años 1980. No es una lista exhaustiva, pero su finalidad es dar cuenta del carácter, el cometido y la amplitud de las investigaciones, así como de la magnitud de las comisiones de la verdad hasta la fecha. Cada comisión tiene características bastante diferentes. Por ejemplo, el modelo sudafricano de amnistía por la verdad es muy poco usual y, a decir verdad, inadecuado e inviable en la mayoría de los contextos. Después de todo, es poco probable que se acepte el ofrecimiento de una amnistía a cambio de una revelación total y pública de la verdad, a menos que exista una amenaza real de enjuiciamiento de esos crímenes. Cada nueva comisión de la verdad debe tomar en cuenta la realidad y las posibilidades de su entorno particular. Si bien la comunidad internacional puede desempeñar un importante papel en la realización de esos procesos, para que sean fructíferos éstos deben reflejar la

voluntad y el compromiso, a nivel nacional, de comprender cabalmente la difícil, a veces muy controversial y, por lo general, dolorosa historia del país, y aprender de ésta. El propósito de las comisiones de la verdad debe ser comprender los orígenes del conflicto pasado y los factores que permitieron la perpetración de los abusos, y hacerlo de tal manera que ello repercuta en favor de las víctimas y que tome en consideración una amplia gama de perspectivas.

Cuadro de Comisiones de la verdad¹

Priscilla B. Hayner²

Cuadro 1: Panorama de las Comisiones de la verdad

País	Nombre de la Comisión	Años de funcionamiento	Período cubierto	Creada por
Argentina	Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP)	Establecida el 16 de diciembre de 1983. Informe terminado el 20 de septiembre de 1984.	1976 – 1983	Decreto N.º 187 del 15 de diciembre de 1983, por el Presidente Raúl Alfonsín
Uganda	Comisión de Investigación de las Violaciones de los Derechos Humanos (Commission of Inquiry into Violations of Human Rights)	Establecida en mayo de 1986. Informe terminado en 1995.	9 de octubre de 1962 – 25 de enero de 1986	Aviso legal N.º 5 del 16 de mayo de 1986, por el Presidente Yoweri Museveni
Chile	Comisión Nacional para la Verdad y Reconciliación	Inaugurada en 1990. Informe terminado en febrero de 1991.	11 de septiembre de 1973 – 11 de marzo de 1990	Decreto N.º 355 del 25 de abril de 1990, por el Presidente Patricio Aylwin

1 La información que se proporciona en estos cuadros fue tomada de Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions*, Routledge, 2002, y de investigaciones realizadas posteriormente por el International Center for Transitional Justice. Puede hallarse más información en el sitio Web de esta institución: www.ictj.org. También pueden hallar muchos documentos básicos en la colección de la biblioteca digital del United States Institute of Peace: www.usip.org.

2 La autora desea agradecer a Lizzie Goodfriend su ayuda para la actualización de estos cuadros.

País	Nombre de la Comisión	Años de funcionamiento	Período cubierto	Creada por
Chad	Comisión de Encuesta sobre los Crímenes y los Abusos Cometidos por el ex Presidente Habré, sus coautores y/o cómplices (Commission d'Enquête sur les Crimes et Détournements Commis par l'Ex Président Habré, ses co-Auteurs et/ou Complices)	Establecida en diciembre de 1990. Informe terminado en mayo de 1992.	1982 – 1990	Decreto N.º 014/P.CE/CJ/90 del 29 de diciembre de 1990, por el Presidente Idriss Déby
El Salvador	Comisión de la Verdad para El Salvador	Inaugurada el 13 de julio de 1992. Informe terminado el 15 de marzo de 1993.	Enero de 1980 – julio de 1992	Acuerdos de paz negociados por la ONU, del 16 de enero de 1992
Haití	Comisión Nacional de Verdad y Justicia (Commission Nationale de Vérité et de Justice)	Inaugurada en abril de 1995. Informe terminado en febrero de 1996.	30 de septiembre de 1991 – 15 de octubre de 1994	Decreto-ley de diciembre de 1994, por el Presidente Jean Bertrand Aristide
Sudáfrica	Comisión de la Verdad y la Reconciliación (Truth and Reconciliation Commission) ³	Inaugurada en 1995. Informes principales terminados en 1998 (la Comisión siguió funcionando varios años más para realizar las audiencias de amnistía).	1960 – 1994	Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación, N.º 34 de 1995, por el Parlamento sudafricano

3 Sitio Web disponible en: www.doj.gov.za/trc.

País	Nombre de la Comisión	Años de funcionamiento	Período cubierto	Creada por
Guatemala	Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH)	Establecida el 23 de junio de 1994. Informe terminado el 24 de febrero de 1999.	Aproximadamente 1958 – 1994 (en el mandato, no se especifica un período)	Acuerdos de paz del 23 de junio de 1994
Nigeria	Comisión de Investigación de Violaciones de los Derechos Humanos (conocida también como Oputa Commission)	Inaugurada el 14 de junio de 1999. Informe terminado en junio de 2002.	31 de diciembre de 1983 – 29 de mayo de 1999	Creada mediante un decreto presidencial, el 4 de junio de 1999, por el Presidente Olusegun Obasanjo
Sierra Leona	Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona (Sierra Leonean Truth and Reconciliation Commission) ⁴	Establecida en 2000. Inaugurada en julio de 2002. Informe terminado el 5 de octubre de 2004.	1991 – 2000	Ley de la Verdad y la Reconciliación, promulgada en 2000, por el Parlamento de Sierra Leona, por la que se aplica el art. XXVI del Acuerdo de Paz de Lomé
Ghana	Comisión Nacional de la Reconciliación (National Reconciliation Commission) ⁵	Inaugurada el 6 de mayo de 2002. Informe completado a mediados de 2004.	7 de marzo de 1957 – 6 de enero de 1993	Ley de la Comisión Nacional de la Reconciliación, N.º 611, de 2002, por el Parlamento de Ghana
Timor-Leste	Comisión para la Recepción, la Verdad y la Reconciliación (Comissão de	Inaugurada el 21 de enero de 2002. Informe terminado el 28 de agosto de 2003.	Abril de 1974 – octubre de 1999	Ley publicada el 13 de julio de 2001, por la Administración de Transición

4 Sitio Web: www.trcsierraleone.org/drwebsite/publish/index.shtml.

5 Sitio Web: www.nrcghana.org/corporateprofiles.php.

País	Nombre de la Comisión	Años de funcionamiento	Período cubierto	Creada por
	Acolhimento, Verdade e Reconciliação, CAVR) ⁶			de las Naciones Unidas para Timor Oriental
Perú	Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) ⁷	Inaugurada el 13 de julio de 2001. Informe terminado en agosto de 2003.	1980 – 2000	Decreto Supremo N.º 065-2001-PCM del 4 de junio de 2001, enmendado por el Decreto Supremo N.º 101-2001-PCM, del 4 de septiembre de 2001
Marruecos	Comisión de Equidad y Reconciliación (Instance Equité et Réconciliation, IER) ⁸	Inaugurada en enero de 2004. Informe terminado en diciembre de 2005.	1959 – 1999	Creada mediante un Decreto Real del Rey Mohammed VI
Liberia	Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Liberia (Truth and Reconciliation Commission of Liberia)	Inaugurada en febrero de 2006. Prevé concluir su labor a mediados de 2008.	Enero de 1979 – 14 de octubre de 2003	Ley de la Verdad y la Reconciliación, promulgada en junio de 2005, por la Asamblea Nacional Legislativa Transitoria, por la que se aplica el artículo XIII del Acuerdo General de Paz del 18 de agosto de 2003

6 Sitio Web: www.easttimor-reconciliation.org.

7 Sitio Web: www.cverdad.org.pe.

8 Sitio Web: www.ier.ma.

Cuadro 2. Objeto de las investigaciones: algunos ejemplos

País	Términos y expresiones clave en las Comisiones	Principales actos documentados por las Comisiones	Violaciones o actos significativos no investigados
Argentina	"Esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas y, si fuera posible, determinar dónde se encuentran sus restos."	<ul style="list-style-type: none"> • Desapariciones (secuestros sin reaparición del cuerpo) 	<ul style="list-style-type: none"> • Asesinatos por las fuerzas armadas en "enfrenamientos armados" reales o montados. • Desapariciones temporarias, cuando la persona era liberada o su cuerpo era hallado e identificado. • Exilio forzado. • Detención y tortura (la Comisión entrevistó a sobrevivientes y sus historias fueron incluidas como testimonios, pero esas personas no figuran en la lista de víctimas). • Actos de violencia cometidos por la oposición armada. • Desapariciones cometidas por las fuerzas gubernamentales antes del inicio del gobierno militar en 1976.

País	Términos y expresiones clave en las Comisiones	Principales actos documentados por las Comisiones	Violaciones o actos significativos no investigados
Uganda	<p>“Exterminio en masa y todos los actos u omisiones que hayan provocado la privación arbitraria de la vida humana... y encarcelamiento arbitrario y abusos por las autoridades detenedoras; negativa de un juicio público y equitativo... tortura, desplazamiento masivo de personas... y trato discriminatorio por motivos relacionados con la raza, la tribu, el lugar de origen, la opinión política, el credo o el sexo”, por parte de funcionarios públicos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Asesinato y privación arbitraria de la vida. • Arresto, detención o encarcelamiento arbitrarios. • Tortura, tratos crueles y degradantes. • Desplazamiento y expulsión de poblaciones. • Trato discriminatorio por funcionarios públicos. • Privación de libertades fundamentales, como libertad de culto, libertad de prensa y libertad de asociación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Abusos por los grupos armados de oposición. • Abusos por el Gobierno, después de la fecha de creación de la Comisión (cuestión controversial, porque la Comisión siguió su labor durante nueve años y ya no existía ningún otro organismo gubernamental de derechos humanos).

País	Términos y expresiones clave en las Comisiones	Principales actos documentados por las Comisiones	Violaciones o actos significativos no investigados
Chile	<p>“Las situaciones de detenidos desaparecidos, ejecutados y torturados con resultado de muerte, en que aparezca comprometida la responsabilidad moral del Estado por actos de sus agentes o de personas a su servicio, así como los secuestros y los atentados contra la vida de personas cometidos por particulares bajo pretextos políticos.”</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Desapariciones. • Tortura seguida de muerte. • Ejecución por las fuerzas gubernamentales. • Uso indebido de la fuerza hasta provocar la muerte. • Muerte de combatientes y no combatientes en los enfrentamientos inmediatamente después del golpe. • Asesinatos “por particulares bajo pretextos políticos”, sobre todo la izquierda armada. 	<ul style="list-style-type: none"> • Tortura no seguida de muerte (se describieron las prácticas de tortura, pero los sobrevivientes no se incluyeron como víctimas). • Detención ilegal, si la persona era liberada y sobrevivía. • Exilio forzado. (No se excluyeron hechos significativos.)
El Salvador	<p>“Graves hechos de violencia ocurridos desde 1980 cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad.”</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Exterminio por las fuerzas armadas. • Ejecuciones sumarias por agentes del Estado. • Asesinatos por escuadrones de la muerte. • Desapariciones. • Tortura por las fuerzas gubernamentales. • Asesinatos por la oposición armada. • Secuestros por la oposición armada. 	<ul style="list-style-type: none"> • Excluyeron hechos significativos.)

País	Términos y expresiones clave en las Comisiones	Principales actos documentados por las Comisiones	Violaciones o actos significativos no investigados
Sudáfrica	<p>"Violaciones graves de los derechos humanos", definidas como "el asesinato, el secuestro, la tortura o los malos tratos graves de toda persona", o "la conspiración, la incitación, la instigación o la orden" de que se cometieran tales actos en relación con conflictos del pasado, dentro o fuera de la República, y cuya Comisión fue aconsejada, planificada, dirigida, u ordenada por cualquier persona por algún motivo político."</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Asesinatos por agentes del Estado dentro y fuera del país. • Desapariciones. • Tortura y abusos por las fuerzas armadas y policiales. • IncurSIONES en países vecinos por las fuerzas armadas para atacar a la oposición. • Asesinatos, sobre todo con bombas y minas terrestres, por la oposición armada. • Abusos en campos de detención de la oposición armada, fuera de las fronteras de Sudáfrica. • Violencia por particulares, por motivos políticos. 	<ul style="list-style-type: none"> • La expulsión y el desplazamiento forzados de millones de personas por motivos relacionados con su raza. • Medidas y prácticas diarias de apartheid que no resultaron en muertes, secuestros, torturas o malos tratos graves, según los define la Comisión.
Guatemala	<p>"Esclarecer con toda objetividad las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimiento a la población, en relación con el conflicto armado."</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Actos de genocidio por las fuerzas gubernamentales contra la población maya. • Exterminio y ejecuciones arbitrarias por las fuerzas gubernamentales y por la oposición armada. • Desapariciones y secuestros por las fuerzas estatales y por las guerrillas. • Actos de violencia por grupos poderosos económicamente (propietarios de tierras y empresarios), con el apoyo de las fuerzas estatales. • Desplazamientos en masa forzados y reasentamiento militarizado por el Estado. • Reclutamiento forzado por las guerrillas. 	<ul style="list-style-type: none"> • (No se excluyeron hechos significativos.)

País	Términos y expresiones clave en las Comisiones	Principales actos documentados por las Comisiones	Violaciones o actos significativos no investigados
Sierra Leona	La Comisión fue autorizada a investigar "violaciones y abusos de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario relacionados con el conflicto armado en Sierra Leona".	<ul style="list-style-type: none"> • Desplazamiento forzado. • Detenciones arbitrarias, secuestros, asesinatos, amputaciones de miembros. • Reclutamiento de menores en los grupos armados. • Esclavitud sexual de niñas. 	<ul style="list-style-type: none"> • (No se excluyeron hechos significativos.)
Ghana	La Comisión debía efectuar un "registro histórico preciso y completo de las violaciones y los abusos de los derechos humanos infligidos a personas por instituciones públicas y por funcionarios públicos durante los períodos de gobiernos inconstitucionales".	<ul style="list-style-type: none"> • Asesinatos, secuestros y desapariciones. • Detención, tortura y malos tratos. • Incautación ilícita de bienes. 	<ul style="list-style-type: none"> • (No se excluyeron hechos significativos.)
Timor-Leste	"Violaciones de las normas internacionales de derechos humanos", "violaciones del derecho internacional humanitario" y "hechos criminales" cometidos en el contexto de los conflictos políticos en Timor-Leste durante el período cubierto por su mandato.	<ul style="list-style-type: none"> • Ejecuciones extrajudiciales. • Asesinatos. • Muerte debida a privaciones. • Desapariciones. • Desplazamiento. • Detención arbitraria, tortura y malos tratos. • Violencia sexual. • Violencia contra menores. 	<ul style="list-style-type: none"> • (No se excluyeron hechos significativos.)

País	Términos y expresiones clave en las Comisiones	Principales actos documentados por las Comisiones	Violaciones o actos significativos no investigados
Perú	<p>“La Comisión de la Verdad enfocará su trabajo sobre los siguientes hechos, siempre y cuando sean imputables a las organizaciones terroristas, a los agentes del Estado o a grupos paramilitares: a) asesinatos y secuestros; b) desapariciones forzadas; c) torturas y otras lesiones graves; d) violaciones a los derechos colectivos de las comunidades andinas y nativas del país; e) otros crímenes y graves violaciones contra los derechos de las personas.”</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Asesinatos y masacres. • Desapariciones forzadas. • Ejecuciones arbitrarias. • Tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. • Violencia sexual contra mujeres. • Violación de las garantías procesales. • Secuestros y tomas de rehenes. • Violencia contra menores. • Violación de derechos colectivos. 	<ul style="list-style-type: none"> • (No se excluyeron hechos significativos).
Marruecos	<p>“Evaluar, examinar, investigar, juzgar y hacer recomendaciones sobre las violaciones graves de los derechos humanos que se cometieron entre 1956 y fines de 1999. Esas violaciones incluyen desapariciones forzadas, detención arbitraria, tortura, abusos sexuales y privación del derecho a la vida, como resultado de un uso irrestricto e inadecuado de la fuerza estatal, y exilio forzado⁹.”</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Asesinatos y exterminio. • Asesinatos arbitrarios en manifestaciones y revueltas populares. • Desapariciones, tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes perpetrados por el Estado. • Detención arbitraria y encarcelamiento prolongado. • Violación de las garantías procesales. • Violencia sexual contra mujeres. • Secuestros y tomas de rehenes. • Violación de los derechos colectivos. • Violaciones contra poblaciones minoritarias (población del Rif y de Sáhara Occidental). 	<ul style="list-style-type: none"> • Insuficiente atención a las violaciones contra las poblaciones minoritarias (población del Rif y del Sáhara Occidental).

9 “Summary of the Findings of the Final Report of the Moroccan Equity and Reconciliation Commission”, traducido al inglés por el International Center for Transitional Justice”, 5 de diciembre de 2005, disponible en: www.ictj.org/static/MENA/Morocco/IEReport.summary.eng.pdf.

País	Términos y expresiones clave en las Comisiones	Principales actos documentados por las Comisiones	Violaciones o actos significativos no investigados
Liberia	<p>“Investigar las violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, así como los abusos que se cometieron, incluidas masacres, violaciones sexuales, asesinatos, ejecuciones extrajudiciales y delitos económicos, como la explotación de recursos naturales o públicos para perpetuar conflictos armados.”</p>	<ul style="list-style-type: none"> • En curso. 	<ul style="list-style-type: none"> • En curso.

Cuadro 3. Miembros, personal, número de casos e informe final

País	Miembros	Personal	Presupuesto	N.º total de casos presentados	¿Audiencias públicas?	Informe final
Argentina	13 miembros (todos nacionales)	60	NA	8.600 casos de desapariciones, número no especificado de víctimas de tortura o detención prolongada.	No	<i>Nunca más: Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas</i> , septiembre de 1984
Uganda	6 miembros (todos nacionales)	5 – 10	NA	608 declarantes	Sí	<i>The Report of the Commission of Inquiry into Violation of Human Rights: Findings, Conclusions, and Recommendations</i> (octubre de 1994)
Chile	8 miembros (todos nacionales)	60	1 millón de \$	3.428 desaparecidos, asesinados, torturados hasta causarles la muerte, o secuestrados	No	Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, conocido como Informe Rettig, febrero de 1991

País	Miembros	Personal	Presupuesto	N.º total de casos presentados	¿Audiencias públicas?	Informe final
Chad	12 – 16 (incluidos secretarios y administrativos, todos nacionales)	0 (2 secretarios incluidos en el número de miembros)	NA	3.800 asesinados, número no especificado de víctimas de tortura o detención arbitraria	No	<i>Les crimes et détournements de l'ex-président Habré et de ses complices: Rapport de la Commission d'enquête nationale, Ministère tchadien de la justice</i> (mayo de 2000)
El Salvador	3 miembros (todos extranjeros)	15 – 45	2,5 millones de \$	22.000 desaparecidos, asesinados, torturados, o secuestrados	No	<i>De la locura a la esperanza: Informe de la Comisión de la Verdad de las Naciones Unidas sobre la guerra civil salvadoreña</i> , 15 de marzo de 1993, Naciones Unidas
Haití	7 miembros (4 nacionales y 3 extranjeros)	50 – 100	NA	Testimonios de cerca de 5.500 testigos sobre unas 8.600 víctimas	No	<i>Rapport de la Commission Nationale de Vérité et de Justice</i> (febrero de 1996)
Sudáfrica	17 miembros (todos nacionales)	300	18 millones de \$ por año durante el período de mayor funcionamiento	21.000 declaraciones	Sí	<i>Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report</i> (marzo de 2003)
Guatemala	3 miembros (2 nacionales, 1 extranjero)	200 aprox.	9,5 millones de \$	42.275 víctimas, incluidos los asesinados, desaparecidos, torturados y violados.	No	<i>Guatemala. Memoria del Silencio</i> , febrero de 1999

País	Miembros	Personal	Presupuesto	N.º total de casos presentados	¿Audiencias públicas?	Informe final
Nigeria	6 miembros (todos nacionales)	Aprox. 12 profesionales, procedentes de otras dependencias gubernamentales	Contribución en especie del gobierno, además de los 450.000 \$ de la Fundación Ford		Sí	Informe final presentado al Presidente en mayo de 2002, pero nunca fue dado a conocer pública y oficialmente.
Sierra Leona	7 (4 nacionales y 3 extranjeros)	28 fijos, 70 en total	Al comienzo, 10 millones de \$, se redujo a 6,6 millones de \$.	Recibió más de 8.000 declaraciones de víctimas, testigos y perpetradores	Sí	<i>Witness to Truth: Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone (2005)</i>
Ghana	9 miembros (todos nacionales)	115, luego se redujo a 80	Al comienzo, 5 millones de \$, se redujo a 1,5 millón de \$	La Comisión recibió 4.240 declaraciones de víctimas y oyó testimonios en público de 1.866 testigos y 79 presuntos perpetradores.	Sí	<i>Final Report of the National Reconciliation Commission</i> , presentado al Presidente en octubre de 2004 y publicado en abril de 2005

País	Miembros	Personal	Presupuesto	N.º total de casos presentados	¿Audiencias públicas?	Informe final
Marruecos	17 miembros (todos nacionales)	En el período de mayor actividad, contó con unos 200 colaboradores, de diferentes áreas.	NA	22.000 declaraciones de víctimas y sus familiares	Sí	<i>Final Report of the Moroccan Equity and Reconciliation Commission</i> , publicado en diciembre de 2005.
Liberia	9 miembros (todos nacionales), más 3 asesores técnicos extranjeros ¹⁰	En curso ¹¹	En curso	En curso	Previstas	Previsto para 2008

10 El Comité Internacional de Asesoramiento Técnico de Liberia, compuesto por dos ghanianos y un nigeriano, tiene los derechos y los privilegios de los miembros, pero no tiene derecho a voto en las decisiones de la Comisión.

11 A comienzos de 2006, la Comisión liberiana comenzó a contratar personal y definir sus modos de funcionamiento.

Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana

Elizabeth Salmón G.*

Profesora de derecho internacional público y Coordinadora de la Maestría en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Resumen

La observancia o la violación del derecho internacional humanitario durante un conflicto armado influyen, sin duda, en la conducta del sistema judicial, la situación de las víctimas y la correlación de fuerzas el período después del conflicto. En este artículo, se trata de determinar la influencia del derecho internacional humanitario en el proceso de justicia transicional. La autora examina la experiencia de algunos Estados latinoamericanos que han sido profundamente afectados por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

.....

* La autora desea agradecer a Andrea Díaz Rozas y Jessica Maeda las útiles investigaciones realizadas.

Es bien sabido que el ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario (DIH) no comprende la situación previa al desencadenamiento del conflicto armado ni los efectos que se generan una vez concluido el mismo. No obstante, resulta innegable que existe una vinculación intensa entre cómo se comportan los actores dentro de un conflicto armado y las posibilidades reales de consecución de la paz y reconciliación, e incluso la conformación de un Estado de derecho, tras la finalización de las hostilidades. Y es que ciertamente el respeto o violación del DIH predispondrá la actuación del poder judicial, la situación de las eventuales víctimas y la correlación de fuerzas en el período después del conflicto.

Dado que se ha venido a denominar Justicia Transicional precisamente el proceso de transición política que enfrentan sociedades salidas de períodos de violencia en que se han cometido graves violaciones de los derechos humanos y en las que se busca llegar a una reconciliación nacional¹, las páginas que siguen buscan determinar la influencia del DIH en ese tránsito particular.

Al respecto, la posible relación del DIH con los procesos transicionales puede enfocarse desde dos momentos. El primero corresponde a una etapa anterior al conflicto y está relacionado con el rol preventivo de este ordenamiento. El Estado tiene la obligación de garantizar la aplicación de las normas del DIH² a nivel nacional, lo que ayudará a prevenir violaciones graves de sus disposiciones durante el conflicto, permitiendo que el proceso transicional posterior a las hostilidades sea mucho más viable. El segundo enfoque se relaciona con el momento posterior al conflicto, es decir, con el proceso transicional mismo. En esta etapa, las normas relevantes del DIH serán las sancionadoras, que establecen la obligación de poner fin a todas las violaciones del DIH y buscar y enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del DIH en conflictos armados internacionales³. Cabe señalar que, en el marco del derecho consuetudinario, también existe la obligación de procesar a las personas que hayan cometido violaciones graves de las leyes y costumbres de la guerra en conflictos armados no internacionales, sobre la base de la tipificación de esos actos como crímenes en el derecho internacional consuetudinario, tal como se

1 En el marco de las Naciones Unidas, el concepto de la justicia de transición comprende la totalidad de los procesos y mecanismos relacionados con los esfuerzos de una sociedad por reconciliarse con una herencia de violaciones graves cometidas en el pasado, a fin de asegurar la responsabilización, la administración de justicia y la reconciliación. Esos procesos pueden comprender mecanismos judiciales y no judiciales, con diferentes niveles de participación internacional (incluso ninguna) y enjuiciamientos individuales, reparaciones, búsqueda de la verdad, reformas institucionales, verificación de antecedentes, despidos, o una combinación de éstos. V. “Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, documento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/2004/619 (3 de agosto de 2004), p. 4.

2 Artículo común 1 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

3 Arts. 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente.

reconoce en la jurisprudencia y en los estatutos de los tribunales internacionales⁴.

En el presente artículo, se examina la experiencia de algunos Estados latinoamericanos que han sufrido las secuelas de graves violaciones de las normas de los derechos humanos y del DIH. En este punto, y dentro del abanico de posibilidades que proporciona la teoría de la justicia transicional, esos Estados latinoamericanos⁵ han optado básicamente por dos caminos disímiles que muchas veces se han neutralizado entre sí: las comisiones de la verdad⁶ y las leyes de amnistía⁷.

La implementación y el carácter eminentemente preventivo del DIH

Como señala Marco Sassòli, en el caso de una rama del derecho como el DIH, que se aplica fundamentalmente en situaciones anárquicas, ilegales y en las que no suele regir ley alguna, como son los conflictos armados, los mecanismos de aplicación se centran, y tienen que centrarse siempre, en la prevención⁸. En este sentido, la implementación⁹, entendida como la puesta en práctica de medidas nacionales de distinta naturaleza destinadas a que las normas internacionales tengan plena vigencia en el derecho interno, constituye uno de los mecanismos más antiguos, pero al mismo tiempo menos recorridos, cuando de asegurar el cumplimiento del derecho internacional se trata¹⁰. Por ende, la implementación puede caracterizarse como un paso previo para el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

De acuerdo con la teoría del desdoblamiento funcional (*dédoublement fonctionnel*) de Georges Scelle¹¹, los Estados son creadores y destinatarios del derecho internacional. Así pues, como señala Antonio Cassese, “la mayoría de las normas internacionales no pueden funcionar sin la ayuda, la cooperación y el apoyo constantes de los sistemas jurídicos nacionales”¹². Precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado esta relación entre

4 V. Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Sala de Apelaciones, 2 de octubre de 1995, párr. 134; art. 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR); art. 3 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, y art. 6 (1) (c) y (e) del Estatuto del Panel Especial para Timor Oriental.

5 Diego García Sayán, “Amnistías y procesos democráticos”, en María Ángeles Siemens *et al* (ed.), *Crisis Humanitarias Post-Conflicto y Reconciliación*, vol. 1, Siglo XXI de España Editores S.A., Madrid, 2004, p. 91 y ss.

6 Mark Osiel, “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, en Angelika Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el perdón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Corcas Editores Ltda., Colombia, 2005, p. 68.

7 Wilder Tayler, “La Problemática de la Impunidad y su Tratamiento en las Naciones Unidas: Notas para la reflexión”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, vol. 24, 1996, p. 197.

8 Marco Sassòli, “La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario”, *Selección de artículos 2002 de la International Review of the Red Cross*, p. 143, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

9 De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, implementar significa poner en funcionamiento, aplicar métodos, medidas, etc., para llevar algo a cabo.

10 Antonio Cassese, *International Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2005, p.167.

11 Scelle, Georges, *Précis de droit de gens (Principes et systématiques)*, CNURS, París, 1984, p. 35.

12 Cassese, nota 10 *supra*, p. 9.

implementación y aplicación en el caso *Hilaire vs. Trinidad y Tobago*¹³. La implementación nacional debe desarrollarse a través de las medidas que resulten adecuadas para cumplir el fin que persigue la norma. En el caso del DIH, no debe perderse de vista que la implementación servirá como un paliativo a la debilidad institucional del mismo, así como a las dificultades de las situaciones que pretende regular, por ejemplo, ayudando a establecer el estado de derecho y el respeto de la dignidad humana en todas las circunstancias¹⁴.

Estas características del DIH hacen que la ausencia de implementación en el marco de un ordenamiento jurídico nacional determinado reduzca las probabilidades de cumplimiento de sus disposiciones y aumente las dificultades del proceso de reconciliación después del conflicto. No es éste ciertamente un objetivo del DIH, pero sí constituye un efecto indirecto de su efectivo cumplimiento. Si los actores del conflicto han respetado el DIH no sólo se habrán respetado las reglas del enfrentamiento que estas normas imponen, sino que, en regla general, no se habrán cometido graves violaciones de los derechos de las personas y, en caso de haberse cometido, existirán los mecanismos legislativos para corregir esos excesos. Este solo hecho nos ubica frente a una situación diferente a la de la sociedad que sucumbió a un conflicto plagado de incumplimientos mutuos que generaron múltiples transgresiones del derecho a la vida, la integridad física, el debido proceso, entre otros. En consecuencia, la contribución de la implementación del DIH podrá verificarse en toda su extensión y efectos positivos.

La experiencia de América Latina en la materia es particularmente interesante porque se trata de una región especialmente convulsionada por una multiplicidad de conflictos armados. Casos como los de El Salvador, Nicaragua, Perú, Guatemala, Colombia, entre otros, representan sociedades en que reconciliación y justicia han estado de la mano con la aplicación o intentos de aplicación de las normas del DIH. Y es que la implementación de las normas del DIH, obligatorias en todos los Estados de la región, no ha constituido parte de una política estatal, por lo que los diversos ordenamientos jurídicos de la región guardan un grado aleatorio de compatibilidad con las normas del DIH. En el caso particular de los Estados que han atravesado conflictos armados y procesos transicionales después

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cantos vs. Argentina* (fondo). Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 59: “112. (...) esta Corte ha sostenido reiteradamente que la Convención Americana impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su Derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de Derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica”; caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C N.º 94, párr. 112. V. también caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, N.º 73, párr. 87.

14 Cristina Pellandini, “Retos actuales en materia de adopción de medidas nacionales para la aplicación del derecho internacional humanitario”, en Gabriel Valladares, *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y ensayos, N.º 78, Lexis Nexis/Abeledo Perrot/CICR, Buenos Aires, p. 389.

del conflicto es posible concluir que no hubo en ellos una adecuada implementación del DIH. No se trata aquí de identificar en la falta de implementación la violación del DIH. A lo que se apunta es a que allí donde no hay implementación existen menos posibilidades de cumplimiento del DIH y, por tanto, mayores dificultades y fisuras que colmar al término del conflicto. De hecho, esta relación intensa se ha puesto de manifiesto en una serie de informes de diversas comisiones de la verdad de la región, que suelen contener en sus recomendaciones finales alusión a la necesidad de adecuar el ordenamiento nacional a los estándares internacionales y, en particular, a las disposiciones del DIH. En ese sentido, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala señaló que el Gobierno debía tomar las medidas necesarias “para que se incorporen plenamente las normas del DIH a la legislación nacional y para que se instruya regularmente sobre dichas normas al personal de las instituciones del Estado, particularmente el Ejército, responsables de respetar y hacer respetar dicha normativa”.

El papel sancionador del DIH: ¿limitaciones a las posibilidades de reconciliación?

Una vez analizado el papel preventivo del DIH, corresponde preguntarse por las implicancias que tiene incorporar los criterios del DIH en las transiciones. Éstas constituyen procesos complejos en que los intereses de los diversos actores se encuentran contrapuestos y a veces son irreconciliables. Por ejemplo, por un lado, las víctimas poseen exigencias morales no negociables relacionadas con la necesidad de verdad y justicia por las violaciones acaecidas y, por otro, los perpetradores no están dispuestos a que se lleven a cabo enjuiciamientos contra ellos¹⁵.

En esta etapa posterior al conflicto mismo, la obligación de cumplir con las normas básicamente sancionadoras de DIH podría ser vista como un obstáculo del proceso transicional, en la medida en que los grupos que aún retienen cuotas de poder ven en la aplicación de estas normas una razón para no ceder en el proceso reconciliatorio. Precisamente como respuesta a esto es que varios Estados latinoamericanos dieron las denominadas leyes de autoamnistía que constituyeron sinónimo de impunidad, o las propias comisiones de la verdad, que si bien alcanzaron el objetivo de dilucidar los hechos, no llegaron siempre a asegurar la consecución de justicia y reconciliación. Precisamente, éstos son los dos mecanismos más utilizados en la región y su análisis proporciona elementos para dilucidar la relación del DIH con los intentos de reconciliación en estos países, examinando, por ejemplo, cómo las comisiones de la verdad lo usan para descubrir jurídicamente las realidades que investigan, o su presencia como factor limitante para el otorgamiento de amnistías.

15 El General Pinochet advirtió al presidente electo de Chile, cuando le entregó el poder en 1990: “Nadie va a tocar a mi gente. El día que lo hagan, se acaba el Estado de derecho”. V. *Chile in Transition*, Americas Watch, 1989, p. 73, citado por Geoffrey Robertson, *Crimes Against Humanity. The Struggle for Global Justice*, The New Press, Nueva York, 1999, p. 281.

Las leyes de amnistía

Las leyes de amnistía promulgadas en América Latina¹⁶ “cancelan los crímenes, por lo que conductas que eran delictivas dejan de serlo con la consecuencia de que a) los fiscales pierden el derecho o la facultad de iniciar investigaciones o procedimientos penales, y b) las sentencias pronunciadas por los crímenes quedan borradas”¹⁷. Como señala Cassese, “... la lógica de la amnistía es que, en los períodos posteriores a épocas de disturbios y divisiones graves, como los que siguen a conflictos armados, luchas civiles o revoluciones, es mejor sanar las heridas sociales olvidando los delitos del pasado, borrando así los crímenes perpetrados por ambas partes. Se cree que de este modo, puede lograrse con mayor prontitud que cesen el odio y la animosidad y alcanzar así la reconciliación nacional”¹⁸.

En este sentido, una ley de amnistía puede resultar válida en la medida que genere una reconciliación capaz de establecer bases sólidas y duraderas para la construcción de una sociedad democrática y no signifique la mera impunidad de los involucrados. Por impunidad, se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.¹⁹ En consecuencia, no se trata de conveniencias electorales²⁰ o de *realpolitik* de los agentes involucrados- entendida ésta como una visión de la política práctica e independiente de la ética²¹.

16 Es interesante observar que la palabra “amnistía” deriva, al igual que “amnesia”, del griego “*amnesia*”, es decir, olvido. Antonio Cassese, “Reflections on International Criminal Justice”, *The Modern Law Review*, vol. 61, 1998, p. 3.

17 Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press Inc., Nueva York, 2003, p. 312.

18 Antonio Cassese, *ibíd.*, pp. 312-313.

19 Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005 (en adelante, el “Conjunto de Principios”). La impunidad supone además exigir de las víctimas que renuncien a su derecho, sin exigir de los que violaron sus derechos ninguna conducta especial. V. Juan Méndez, “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Juan_E_Mendez.pdf.

20 Un buen ejemplo de esto se encuentra en la reciente propuesta de amnistía para los militares que se enfrentaron a Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru en el Perú, iniciativa que coincide con el ambiente preelectoral y la pugna por conseguir los votos que por vez primera los militares depositarán en las elecciones presidenciales de abril de 2006. Con respecto a esta cuestión, el Ministro de Defensa [del Gobierno electo], en su última conferencia de prensa, dijo que el Gobierno todavía no se ha pronunciado respecto de una amnistía a los miembros del ejército acusados de violaciones de los derechos humanos. Asimismo, señaló que así como no debe haber venganza sino justicia, tampoco debe haber impunidad. Sin embargo, manifestó que el informe de la Comisión de la Verdad no era jurídicamente vinculante para el Estado peruano y que, con respecto a los procesos tramitados ante los tribunales nacionales, había que proteger derechos como la presunción de inocencia y el derecho a la defensa. En: http://www.rpp.com.pe/portada/politica/47129_1.php.

21 Eduardo González Cueva, “Perspectivas teóricas sobre la justicia transicional”. En: http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Gonzalez_Cueva.pdf, o www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos.htm.

En este sentido, la amnistía es una receta que tiene que ser aplicada en un determinado contexto y con la presencia de ciertos requisitos, tomando siempre en cuenta que la nueva sociedad tiene exigencias de justicia que deben ser satisfechas. Ciertamente ha de presentarse un elemento de oportunidad –es decir, que las amnistías sean otorgadas en un contexto determinado, ya sea en el marco de una transición después del conflicto armado o como cambio de un régimen dictatorial a uno democrático— y de competencia— la amnistía debe responder a un consenso en su otorgamiento por parte de la sociedad entera, lo cual puede reflejarse a partir del trabajo de una comisión de la verdad o cualquier otro mecanismo transicional²². A esto debe agregarse que la promulgación de una ley de amnistía no es en la actualidad una materia de exclusiva de competencia estatal, ya que en su dación deben concurrir además las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos y del propio DIH, es decir, amnistías en las que los Estados cumplan con sus obligaciones con respecto a todos los individuos cuyos derechos han sido injustamente violentados²³ y permitan una reconciliación nacional. La región latinoamericana además ha experimentado claramente este límite a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, en que este Estado había emitido leyes de amnistía para involucrados en delitos de lesa humanidad, enfáticamente declaró que:

43. “La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz (...). Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana.”

- 22 Conjunto de Principios (nota 19 *supra*), Principio 6, en el que precisamente se contempla que: “En la mayor medida posible, las decisiones de establecer una comisión de la verdad, definir su mandato y determinar su composición deben basarse en amplias consultas públicas en la cuales deberá requerirse la opinión de las víctimas y los supervivientes”. En el marco de la ley de amnistía en El Salvador, Boutros Boutros Ghali señaló que “hubiera sido mejor que la amnistía se hubiese adoptado después de crearse un amplio nivel de consenso nacional en su favor”. “Secretary General Expresses Concern over Amnesty Law adopted by El Salvador Legislative Assembly”, Comunicado de Prensa de las Naciones Unidas SG/SM 4950, 24 de marzo de 1993, citado por Jo M. Pasqualucci, “The Whole Truth and Nothing but the Truth: Truth Commissions, impunity and the Inter-American human rights system”. *Boston University International Law Journal*, vol. 12, 1994, p. 345.
- 23 Santiago Corcuera Cabezut, “Las leyes de amnistía a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”, en: http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Corcuera_Cabezut.pdf, o en www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos.htm.

“44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú²⁴.”

Adicionalmente, estas leyes son, por lo general, promovidas durante el régimen que ha violado dichos derechos y con la intención de beneficiar a los propios miembros de éste, por lo que no emanan de negociación o consenso algunos, ni son emitidas en un contexto de transición o avance hacia un gobierno democrático. Se trata, por el contrario, de leyes de *autoamnistía* como bien las ha calificado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁵.

Lamentablemente, éste ha sido el modelo que ha caracterizado a las leyes de amnistía en América Latina, las cuales se han identificado más con el concepto

- 24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú). Sentencia de 14 de marzo de 2001. En: http://www.corteidh.or.cr/seriec/Seriec_75_esp.doc. En la interpretación de la sentencia de fondo, la Corte señaló además que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492, lo resuelto en el caso tenía efectos generales. Sentencia de 3 de septiembre de 2001, punto resolutivo N.º 2. Interpretación de la Sentencia de Fondo (Art. 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En: http://www.corteidh.or.cr/seriec/Seriec_83_esp.doc. Anteriormente, en el caso Velásquez Rodríguez se había señalado: “181. El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance...”. Sentencia de 29 de julio de 1988, en: http://www.corteidh.or.cr/seriec/seriec_04_esp.doc. Caso Loayza Tamayo Reparaciones, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, párr. 168: “Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistía... que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento... en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado”. Ciertamente este tipo de violaciones pueden darse no sólo a través de la dación y aplicación de dichas normas. Los mismos efectos de una ley de amnistía violatoria pueden generarse a partir de situaciones de hecho, provocadas por actos, omisiones, deficiencias o negligencias por parte de las autoridades con la finalidad de mantener la impunidad de sus miembros”.
- 25 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual, 1985-86*, OEA/Ser.L/V/II.68, doc. 8, p. 193, citado por Pasqualucci, nota 22 *supra*, p. 145. Asimismo, Informe 34/96, recaído sobre los casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 de 15 de octubre de 1996, en que la misma Comisión afirmó: “En el presente caso los beneficiados con la amnistía no fueron terceros ajenos, sino los mismos partícipes de los planes gubernamentales del régimen militar. Una cosa es sostener la necesidad de legitimar los actos celebrados por la sociedad en su conjunto [para no caer en el caos] o los de responsabilidad internacional, porque no se pueden sortear las obligaciones asumidas en esos campos, y otra muy distinta extender igual trato a los que actuaron con el gobierno ilegítimo, en violación de la Constitución y las leyes chilenas”.

de impunidad que con el de reconciliación²⁶, y donde incluso muchos gobiernos justificaron el otorgamiento de estas leyes en la supuesta inexistencia de normas internacionales que prohibieran expresamente la posibilidad de otorgar amnistías en relación con cada uno de los crímenes internacionales²⁷. En efecto, este ha sido el caso de Chile, con la autoamnistía promulgada por la dictadura de Pinochet mediante Decreto N.º 2.191 de 19 de abril de 1978, la cual significaba un beneficio tangible para las fuerzas militares y de seguridad, estableciendo la impunidad total de la Junta y sus agentes. Esta amnistía sería confirmada en 1990 por la Corte Suprema de Chile, que la consideró como válida²⁸. Asimismo, mediante Ley N.º 22.924 de 22 de setiembre de 1982, las fuerzas armadas argentinas promulgaron su propia autoamnistía, la cual si bien inicialmente parecía que sería derogada, fue reforzada años más tarde con leyes como la Ley de Punto Final de 24 de diciembre de 1986, o la Ley de Obediencia Debida de 4 de junio de 1987²⁹.

En el caso peruano, el 14 de junio de 1995, el Congreso expidió la Ley de Amnistía General, Ley N.º 26.479, la cual concedía una “... *amnistía general al personal militar, policial o civil, cualquiera que fuese su condición (...) que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los fueros común o privativo militar (...) desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente ley...*”. Asimismo, de acuerdo con el artículo 6º de la referida Ley, se anulaba toda posibilidad de efectuar investigaciones “... *quedando todos los casos judiciales, en trámite o en ejecución, archivados definitivamente...*”. Como consecuencia de la inaplicación de dicha ley por parte de una juez que la consideró inconstitucional, el Congreso emitió una ley interpretativa, la Ley N.º 26.492, que determinaba en su artículo 2º que al ser su concesión competencia exclusiva del Congreso, no admitía revisión judicial alguna y, en su artículo 3º, que debía ser obligatoriamente aplicada por todos los jueces.

Un caso emblemático corresponde a El Salvador, país que adoptó una amnistía en virtud de los Acuerdos de Esquipulas II, los cuales consistían en pactos entre los gobiernos centroamericanos para decretar amnistías amplias e incondicionales. La ley de Amnistía de Esquipulas fue promulgada el 28 de octubre de 1987 mediante Decreto N.º 805, y concedía amnistía a favor de las personas imputadas de haber participado en la comisión de delitos políticos o comunes cuando en su ejecución hubiesen intervenido un número de personas no menor de veinte y en relación con delitos cometidos hasta el 22 de octubre de ese año. Se trataba de una amnistía muy amplia que incluía los delitos cometidos por cualquier persona con motivo, ocasión, razón o como consecuencia del conflicto armado sin consideración del sector en el que estuviese involucrado. En el caso uruguayo, la

26 Robert Norris, “Leyes de Impunidad y los Derechos Humanos en las Américas: Una respuesta legal”, en *Revista IIDH*, vol. 15, 1992, pp. 47 y ss., señala que desde 1978, las leyes de impunidad proliferaron en los países de Centro y Sudamérica que habían sufrido largos períodos de violencia política y de violación sistemática de los derechos humanos por parte del Estado.

27 Wilder Tayler, nota 7 *supra*, p. 198.

28 Robert Norris, nota 26 *supra*, pp. 48 y ss.

29 *Ibíd.*, pp. 71 y ss.

Ley N.º 15.848, publicada en el diario oficial el 31 de diciembre de 1986, no fue precisamente una ley de amnistía sino más bien de prescripción. En ella, se declaraba que había caducado el poder del Estado para castigar a los oficiales de las fuerzas armadas y de la policía por delitos políticos cometidos en servicio activo antes del 1º de marzo de 1985. Frente a esta ley, se presentó un recurso de inconstitucionalidad que fue desestimado por la Suprema Corte el 2 de mayo de 1988. El 16 de abril de 1989, un referéndum confirmó la ley con un 57,5% de los votos, con lo cual se mantuvo en vigencia hasta el día de hoy. De la misma forma, en Brasil, mediante la Ley N.º 6.683 de 28 de agosto de 1979, se otorgó una amnistía que cubría el período entre el 2 de septiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979. Esta ley concedía una amnistía a quienes habían cometido delitos políticos, delitos comunes conexos y delitos electorales, a las personas cuyos derechos políticos se habían suspendido y a los empleados públicos, empleados de fundaciones relacionadas con el gobierno, personal militar y a los oficiales y representantes de sindicatos que habían sido castigados bajo los Actos Institucionales y leyes complementarias. Esta amnistía, producto de la actuación del poder legislativo, nació de una iniciativa popular y se mantiene vigente hasta la actualidad.

Como puede apreciarse, las leyes de amnistía de la región latinoamericana no parecen haber cumplido con los requisitos del DIH y el derecho internacional de los derechos humanos. Generalmente, fueron dadas en beneficio del propio gobierno que las otorgaba y durante el período de su mandato. Sin embargo, cabe resaltar que en los últimos años se ha empezado a generar una corriente que pretende revertir dicha situación. El caso emblemático corresponde a Argentina, donde la Corte Suprema, a través de su sentencia de 14 de junio de 2005, anuló las dos leyes de amnistía existentes. Este fallo confirmaba, a su vez, las decisiones de tribunales inferiores que habían declarado inconstitucionales las leyes y avalaba la Ley N.º 25.779 de 2003, que anulaba dichas leyes. Esta sentencia mencionaba enfáticamente que la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales conforme a la Constitución Nacional ha sufrido una importante limitación a causa de la obligación de garantizar los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las amnistías resultan, por lo tanto, constitucionalmente nulas. Esto significó que las amnistías no podían representar obstáculo normativo alguno para la investigación y el enjuiciamiento de violaciones graves de los derechos humanos. El Estado argentino no puede invocar el principio de “irretroactividad” de la ley penal para incumplir los deberes de investigar y enjuiciar las violaciones graves de los derechos humanos³⁰.

En el caso de Chile, en los últimos años se han realizado algunos juzgamientos por los crímenes cometidos durante el período que abarca la amnistía, si bien es cierto, no en virtud de la derogación de la misma, sino por la calificación

30 Sentencia del 14 de junio de 2005. “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc., causa N° 17.768”. En: http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/nulidad.html#N_4_#N_4.

de algunos delitos como continuados. Este es el caso, por ejemplo, del juicio al ex jefe de la policía secreta Manuel Contreras y cuatro personas más en relación con el caso de *Miguel Ángel Sandoval Rodríguez*.³¹ En el caso peruano, la iniciativa no fue estatal, sino que vino a través de la sentencia del 14 de marzo de 2001, en que la Corte Interamericana declaró que las leyes de amnistía N.º 26.479 y N.º 26.492 eran incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecían, de manera general, de efectos jurídicos³². Esta sentencia motivó que se reabrieran a nivel nacional juicios contra los miembros del grupo paramilitar “Colina” y los responsables del asesinato de un profesor universitario y doce estudiantes (caso *La Cantuta*), entre otros, que habían cometido graves violaciones de los derechos humanos.³³ Por último, en los países en los que no se han derogado estas leyes y se mantuvieron ausentes la consecución de la verdad y la justicia, tal como El Salvador, existen reclamos de la sociedad civil para que dicha situación se revierta. Este país se encuentra ahora en un contexto diferente que debería hacer factible la derogación de la ley de amnistía³⁴.

En conclusión, muchos países latinoamericanos optaron por mecanismos excupatorios que no siempre buscaron la reconciliación de la nación. Estas taras persisten en algunos Estados, pero coexisten con tendencias renovadoras, especialmente en el caso de Argentina, que pugnan contra la impunidad. En este proceso no sólo contribuyen esfuerzos de instancias internacionales, como el sistema interamericano de protección de derechos humanos, sino también la movilización de la propia sociedad civil.

31 Human Rights Watch, “Informe Anual 2005. Sucesos de 2004. Chile”. En: http://www.hrw.org/spanish/inf_anual/2005/chile.html. Esto sin perjuicio de la necesidad de que estas leyes se deroguen, tal y como lo señala el Comité contra la Tortura en las Conclusiones y Recomendaciones al tercer informe periódico presentado por Chile, donde señala que este tipo de normas consagran la impunidad de los perpetradores de graves violaciones de los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar: “La autoamnistía fue un procedimiento general por el cual el estado renunció a sancionar ciertos delitos graves. Además, el decreto, de la manera como ha sido aplicado por los tribunales chilenos, impidió no solamente la posibilidad de sancionar a los autores de violaciones a los derechos humanos, sino también aseguró que ninguna acusación fuera hecha y que no se conocieran los nombres de sus responsables, de forma que legalmente éstos han sido considerados como si no hubieran cometido acto ilegal alguno. La ley de amnistía dio lugar a una ineficacia jurídica de los delitos y dejó a las víctimas y a sus familiares sin ningún recurso judicial a través del cual se pudiese identificar a los responsables e imponerles los cargos correspondientes”. “Conclusiones y Recomendaciones del Comité contra la Tortura. El Comité examinó el tercer informe periódico de Chile”, *Anuario de Derechos Humanos 2005*, Universidad de Chile.

32 Véase nota 24 *supra*.

33 “... Seis años después, en 2001, a raíz del proceso contra el Estado peruano en el caso “Barrios Altos” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se declaró que carecen de efectos jurídicos las llamadas “Leyes de Amnistía”, lo que permitió reabrir los procesos e investigaciones que involucraban a efectivos de las fuerzas del orden involucrados en violaciones de los derechos humanos entre 1980 y 1993...”. Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, tomo VI, primera edición, Lima, noviembre de 2003, p. 178.

34 Joaquín Villalobos, *El Diario de Hoy*, editorial, 30 de marzo de 2005. En: <http://www.elsalvador.com/noticias/2005/03/30/editorial/edi4.asp>.

El DIH y las leyes de amnistía

El DIH, por su parte, aporta también en la determinación de las leyes de amnistía que efectivamente pueden contribuir a la reconciliación nacional. Incluso puede afirmarse que una ley de amnistía puede tener una utilidad concreta en el caso de conflictos armados pues, como señala Méndez, "... la amnistía es necesaria para facilitar la reintegración de combatientes a la vida política pacífica, y esa necesidad ejerce poderosa presión en favor de una amnistía simétrica para los integrantes de las fuerzas armadas regulares"³⁵.

No obstante, y más allá de la conveniencia o no de dictar una ley de amnistía, el DIH sirve para determinar el ámbito de aplicación material de la norma, es decir, los delitos a los que se podría aplicar sin violentar las obligaciones internacionales del Estado. En este sentido, la amnistía debería referirse a delitos propios del conflicto, tales como los actos de rebelión, sedición, o todas aquellas violaciones conexas leves, como arrestos arbitrarios o malos tratos leves³⁶. Por lo tanto, el DIH impone ciertos límites, y las amnistías que promueve no se aplican a los crímenes de guerra. En efecto, el derecho internacional de los derechos humanos y el DIH se erigen como uno de los parámetros a tomar en cuenta si lo que se pretende es lograr una "amnistía verdadera", ya que el otorgamiento de este tipo de leyes no puede pasar por alto la existencia de pautas que guían el proceso transicional. Estos parámetros se deducen de todo el *corpus iuris* del derecho internacional, en el interior del cual se encuentran las normas del DIH³⁷.

Una de las limitaciones fundamentales consiste, por tanto, en la obligación de los Estados de investigar y juzgar a quienes hayan cometido graves infracciones del DIH. Esta obligación es independiente de la condición de poder del perpetrador o de la voluntad de las víctimas de buscar justicia, pues es un interés del Estado el castigar ciertas "violaciones tan graves que se consideran como repudiables por toda la comunidad internacional..."³⁸. Ello se encuentra establecido respectivamente en los artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo 85 del Protocolo adicional I, de acuerdo con los cuales los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para buscar y enjuiciar a las personas acusadas de infracciones graves, o extraditarlas a otro Estado que haya formulado contra ellas cargos suficientes. En el derecho internacional consuetudinario, así como en los artículos 8 (2) (c) y (e) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, encontramos una serie de disposiciones referidas a la imputación de responsabilidad individual por la comisión de crímenes de guerra

35 Méndez, nota 19 *supra*.

36 *Ibid.*

37 Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga, "Estándares Internacionales y Procesos de Transición en Colombia", en Angelika Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Corcas Editores Ltda., Colombia, 2005, p. 20. V. también el Conjunto de Principios, nota 19 *supra*, Principio 24 sobre restricciones y otras medidas relativas a la amnistía, según el cual "los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas".

38 González Cueva, nota 21 *supra*.

en conflictos armados no internacionales, lo que implica la obligación de enjuiciar a los perpetradores³⁹. Si bien, por lo general, los procesos de transición después del conflicto o de cambio de un gobierno dictatorial a uno democrático se dan en el escenario interno de los Estados, ello no implica que estas normas no deban ser aplicadas también en dichos contextos, ya que éstas constituyen parte del DIH consuetudinario que regula su aplicación también en tales situaciones⁴⁰.

De igual forma, el artículo 91 del Protocolo adicional I señala la obligación de las partes en conflicto, responsables por la violación del DIH, de indemnizar por los daños causados. Esta obligación también se encuentra contemplada en las normas consuetudinarias del DIH, en relación con el Estado pero no sólo respecto de conflictos armados internacionales, lo cual implica que el otorgamiento de dicha indemnización es consecuencia de una investigación previa de los hechos y de la determinación de los daños causados⁴¹.

De hecho, esta preocupación por la reconciliación, si bien no es objetivo expreso del DIH, no pasó inadvertida por quienes redactaron sus normas, ya que el artículo 6 (5) del Protocolo adicional II establece que “a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”. De acuerdo con el Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja, el objetivo de esta norma era “alentar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que ha estado dividido”⁴². Una interpretación sistemática de esta disposición a la luz del objeto y el propósito del Protocolo adicional II no puede sino llevar a la conclusión de que esta posibilidad de amnistía no puede ser aplicada en los casos de personas sospechosas, acusadas o sentenciadas por la comisión de crímenes de guerra.

Esta interpretación se ve reforzada por los antecedentes de la redacción del artículo 6 (5), que indican que “la disposición está destinada a alentar la concesión

39 V. también el preámbulo del Estatuto de Roma, que señala que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

40 La determinación de las normas consuetudinarias de DIH se establece en base a un estudio emprendido por el CICR a pedido de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Jean-Marie Henckaerts, “Study on customary international humanitarian law”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 87, N.º 857, marzo de 2005, pp. 175 y ss.

41 *Ibid.*, p. 11, norma 150: “A state responsible for violations of international humanitarian law is required to make full reparation for the loss or injury caused”.

42 Sylvie-Stoyanka Junod, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, CICR, Plaza & Janés, Bogotá, 1998, párr. 4618, p. 168. Para Geoffrey Robertson, nota 15 *supra*, pp. 280-281, la historia de la redacción de los párrafos refleja que se contemplaba una amnistía al estilo Abraham Lincoln (“restaurar la tranquilidad de la comunidad”) para los combatientes que lucharon en bandos opuestos según las leyes de la guerra, “una suerte de exoneración, al final de las hostilidades, para las personas detenidas o castigadas por el mero hecho de haber participado en las hostilidades. No se propone otorgar una amnistía a las personas que violaron el derecho internacional”.

de una amnistía, esto es, una suerte de exoneración al final de las hostilidades, para las personas detenidas o castigadas por el mero hecho de haber participado en las hostilidades. No se propone otorgar una amnistía a las personas que violaron el derecho internacional...⁴³”

En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, refiriéndose a la tortura, ha señalado que: “Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro”⁴⁴. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que se debe:

“... compatibilizar el recurso a la concesión de amnistías e indultos a favor de personas que se han alzado en armas contra el Estado, con la obligación de éste de esclarecer, castigar y reparar violaciones a los derechos humanos y al DIH...⁴⁵”

43 Antecedentes recopilados en sendas cartas de la División Jurídica del CICR al Fiscal del TPIY y al Departamento de Derecho de la Universidad de California, fechadas, respectivamente, 24 de noviembre de 1995 y 15 de abril de 1997 (con referencia a CCDH, Actas Oficiales, 1997, Vol. IX, p. 319). V. también Actas Oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable a los Conflictos Armados, Ginebra, 1974-1977, vol. 9, Berna, 1978, p. 319; Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60, 13 de diciembre de 2004, párr. 25.

44 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General N.º 20, 1992, párr. 15.

45 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60, 13 de diciembre de 2004, párr. 25, en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia04sp/informe2.htm>. En materia de casos individuales, la Comisión también ha reiterado esto en el Informe N.º 25/98 recaído sobre los casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 de 7 de abril de 1998. Allí se plantea que: “41. El problema de las amnistías ha sido considerado por la Comisión en diversas oportunidades, por reclamos contra Estados partes en la Convención Americana que, en busca de mecanismos de pacificación y reconciliación nacional, han recurrido a éstas dejando en desamparo a un sector dentro del que se hallan muchas víctimas inocentes de la violencia, las que se ven privadas del derecho a la justicia en sus justos reclamos contra quienes cometieron excesos y actos de barbarie en su contra”. Concluyendo que: “45. Los hechos denunciados contra el gobierno democrático causan, de un lado, incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado de Chile de adecuar las normas de su derecho interno a los preceptos de la Convención Americana, lo que viola sus artículos 1.1 y 2 y del otro, su aplicación, que genera denegación del derecho a la justicia en agravio de las personas desaparecidas consignadas en las denuncias, lo que viola los artículos 8 y 25 en conexión con el 1.1.” En el Informe N.º 37/00 del caso 11.481, *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez vs. El Salvador*, de 13 de abril de 2000, la Comisión reitera que: “126. La Comisión ha señalado reiteradamente que la aplicación de leyes de amnistía que impiden el acceso a la justicia en casos de serias violaciones a los derechos humanos hace ineficaz la obligación de los Estados partes en la Convención Americana de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación de ninguna clase, según establece el artículo 1(1) de dicha Convención. En efecto, las leyes de amnistía eliminan la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos, vale decir, el enjuiciamiento y castigo de los responsables de violaciones de tales derechos”. V. también los informes N.º 28/92 (2 octubre de 1992) sobre Argentina; Informe N.º 29/92 (2 de octubre de 1992) sobre Uruguay; Informe N.º 36/96 sobre Chile; Tercer Informe sobre Colombia, 1999, párr. 345.

El Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas añadió la siguiente reserva al Acuerdo de Paz de 1999 entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona: “Las Naciones Unidas interpretan que la amnistía y el perdón concedidos en el artículo nueve del presente acuerdo no se aplicarán a crímenes internacionales de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario”. En sentido similar, la Sala de Primera Instancia del TPIY, en el caso *Furundzija*, afirmó que siempre que las normas generales que prohíben crímenes internacionales específicos adquieren la naturaleza de normas perentorias (*jus cogens*), puede interpretarse que imponen, entre otras cosas, la obligación de no cancelar mediante decretos legislativos o ejecutivos los crímenes que proscriben⁴⁶.

En conclusión, la concesión de una amnistía será contraria a las obligaciones internacionales del Estado, lo que significa que únicamente podrá ser otorgada por la comisión de delitos políticos o delitos comunes conexos no graves. De esta forma, se logra compatibilizar la necesidad de verdad y justicia con el otorgamiento de leyes de amnistía⁴⁷. Esto no significa afirmar, sin embargo, que el cumplimiento de las obligaciones que impone el DIH implica necesariamente que la amnistía estuvo bien dada y cumple objetivos de reconciliación ya que, como vimos, concurren otros elementos para esta determinación. En buena cuenta, se trata de que, para la expedición de leyes de amnistías, debe estar comprobado que éstas constituyen la única opción posible para facilitar el proceso de transición⁴⁸, es decir, la coyuntura política y social del Estado debe ser tal que no permita a las autoridades conducir el proceso de reconciliación a través de otros métodos más compatibles con las exigencias de verdad y justicia que reclama la justicia transicional. Como señala Theo Van Boven, “es difícil concebir que un sistema de justicia que se preocupa por los derechos de las víctimas pueda, al mismo tiempo, permanecer indiferente e inerte hacia las graves violaciones cometidas por los perpetradores”⁴⁹. La impunidad no sólo genera efectos perniciosos en el tiempo y lugar en que se produce⁵⁰ sino que,

46 *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 10 de diciembre de 1998, párr. 155: “El hecho de que la tortura se prohíba en una norma perentoria del derecho internacional tiene otros efectos a nivel interestatal e individual. Entre Estados, sirve para la deslegitimación internacional de todo acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. No tendría sentido argumentar, por un lado, que debido al valor de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, los tratados o las normas consuetudinarias relativos a la tortura son nulos *ab initio*, y luego hacer caso omiso de un Estado que, por ejemplo, adopte medidas nacionales por las que se autorice o condone la tortura o absuelva a los perpetradores a través de una ley de amnistía”.

47 *Ibid.*

48 Botero Marino y Restrepo Saldarriaga, nota 37 *supra*, p. 29.

49 Theo Van Boven, “Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms”, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/1993/152, citado por Pasqualucci, nota 22 *supra*, p. 348.

50 Pasqualucci, nota 22 *supra*, pp. 352-353. La práctica de la desaparición sistemática, por ejemplo, usada con tanta eficacia por los militares argentinos, fue anteriormente una política de la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial. Varios nazis que eludieron el castigo tras la guerra huyeron a Argentina y a Paraguay, donde, según rumores, algunos de ellos participaron en el gobierno. Una víctima que sobrevivió a la tortura a manos de los militares argentinos durante la “guerra sucia” declaró que, en la habitación del centro de detención clandestina donde lo torturaban, había un retrato de Adolf Hitler.

como ausencia de castigo, alienta a los responsables de violaciones de los derechos humanos seguir cometiendo dichos crímenes, socavando la doctrina del Estado de derecho, y puede tener, en el largo plazo, efectos más desestabilizadores aún que los mismos juicios⁵¹. La omisión de investigar y enjuiciar puede incluso, en opinión de Nino, constituir una violación pasiva de los derechos humanos si configura un peligro futuro para esos derechos⁵². Por lo tanto, aunque una ley de amnistía podría “contribuir a la garantía actual de los derechos humanos en un Estado particular, sus efectos de largo plazo sobre la garantía de los derechos humanos es debatible. El deber de un Estado de garantizar los derechos humanos ha de considerarse desde una perspectiva no sólo mundial sino también nacional”⁵³.

Si bien es cierto que el castigo no es la única vía de reparación, en los hechos, mediante la administración de justicia, es probable que las víctimas estén más dispuestas a reconciliarse con los perpetradores, porque saben que éstos han pagado por sus crímenes⁵⁴; además, sin castigo difícilmente se podrá acceder a otras formas de reparación. La coexistencia entre impunidad y reconciliación se nos presenta como falaz tanto en términos teóricos como de experiencia comparada. Y es que, como bien se afirma en un informe de las Naciones Unidas, “nuestras experiencias durante la pasada década han demostrado con claridad que no es posible consolidar la paz en el período inmediatamente posterior al conflicto ni mantenerla a largo plazo a menos que la población confíe en que se podrá obtener la reparación de las injusticias sufridas a través de estructuras legítimas encargadas del arreglo pacífico de las controversias y la correcta administración de justicia”⁵⁵.

Comisiones de la verdad

Contemporáneamente, se ha planteado que el derecho a la información no se agota en el derecho individual de toda víctima directa o de sus familiares al conocimiento de los hechos que resultaron en una violación de derechos humanos, sino que existiría un “derecho a la verdad” o “derecho a saber” que alcanzan a toda la sociedad en función del conocimiento de su historia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido como “un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos

51 *Ibíd.*, p. 9.

52 Nino, Carlos. “The duty to punish past abuses of human rights put into context: The case of Argentina”, *Yale Law Journal*, N.º 100, 1991, p. 2619 y 2639.

53 Pasqualucci, nota 22 *supra*, p. 353.

54 Cassese, nota 17 *supra*, p. 6.

55 “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, documento S/2004/619 (3 de agosto de 2004), p. 3.

de aplicación de leyes de amnistía⁵⁶. Asimismo, para el Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Informe de la experta independiente Orentlicher, ha señalado que “el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones”⁵⁷.

Para Méndez, esto coexiste con un principio emergente del derecho internacional, en virtud del cual los Estados están obligados a investigar, procesar y castigar a quienes resulten responsables, y a revelar a las víctimas y a la sociedad todo lo que pueda establecerse sobre los hechos y circunstancias de tales violaciones. No se trata, esto último, de un derecho consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos⁵⁸, sino de un “modo llamativamente uniforme y pacífico de interpretar tales normas para situaciones que no fueron previstas en su momento”⁵⁹. De esta manera lo ha entendido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a él como un “(...) derecho no existente en la Convención Americana, aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos que produjeron las violaciones a la Convención Americana”⁶⁰.

Como contrapartida de este derecho, existe el “deber de recordar” o “deber de memoria” que incumbe al Estado. Como afirma el antes citado Conjunto de Principios, se trata del:

“Conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión (lo que) forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a la violaciones de los derechos humanos y el

56 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ignacio Ellacuría y otros*. Informe 136/99 de 22 de diciembre de 1999, párr. 224. Este derecho a la verdad no puede entenderse separado del “derecho a la justicia”. Así lo entiende la doctrina internacional, al indicar que “el derecho a la verdad es una parte integral del derecho a la justicia”, no pudiéndose hacer efectivo uno sin el otro. En: <http://www.eaaf.org/docs/annualreport/2002/17RightToTruth-sp.pdf>. Del mismo modo lo entiende Juan Méndez al señalar que “el derecho a la verdad no sólo es parte integral del derecho a la justicia, sino que en algunas circunstancias se hace efectivo de manera más completa y satisfactoria mediante procesos penales transparentes y conducidos con todas las garantías de un juicio justo”. Méndez, nota 19 *supra*.

57 El Conjunto de Principios (nota 19 *supra*) señala en el Principio 2: “Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes”.

58 Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos le encontró asidero legal en los artículos 1(1), 8(1), 25 y 13 de la Convención Americana, en el caso *Ignacio Ellacuría y otros*. Informe N° 136/99, caso 10.488. Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos, y Celina Mariceth Ramos. El Salvador, 22 de diciembre de 1999, párr. 221. En: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/El%20Salvador10.488.htm>.

59 Méndez, nota 19 *supra*.

60 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castillo Páez*. Sentencia del 3 de noviembre de 1997, párr. 86.

derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas⁶¹.”

Estas comisiones deben gozar de un régimen de garantía que, entre otras, incluye:

- las garantías de independencia e imparcialidad;
- la clara delimitación del mandato, excluyendo expresamente que las comisiones tengan como finalidad reemplazar a la justicia;
- las garantías relativas a las personas acusadas, a las víctimas y a los testigos que declaran a su favor;
- la voluntariedad de las declaraciones y la protección y asistencia a las personas que presten testimonios;
- la preservación de los archivos relacionados con violaciones de derechos humanos;
- la publicidad del informe⁶².

En esa línea, las comisiones de la verdad son organismos de investigación creados para ayudar a las sociedades que han padecido graves situaciones de violencia política o conflictos internos, a enfrentarse críticamente con su pasado, a fin de superar las profundas crisis y traumas generados por la violencia y evitar que tales hechos se repitan en el futuro⁶³. Según este concepto, la verdad despertará la conciencia de las personas, y esa conciencia garantizará los derechos humanos en el futuro, reduciendo al mínimo la posibilidad de que esos horrores se repitan⁶⁴. En efecto, a través de las comisiones de la verdad se busca conocer las causas de la violencia, identificar a los elementos en conflicto, investigar los hechos más graves de violaciones a los derechos humanos y/o de DIH y establecer las responsabilidades jurídicas y las reparaciones correspondientes⁶⁵. El trabajo de una comisión de la verdad permite además identificar las estructuras de la violencia, sus ramificaciones

61 Conjunto de Principios, nota 19 *supra*, Principio 3. V. también Michael Frühling, “Derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral en casos de graves violaciones a los derechos humanos”. En: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0435.pdf>, p. 3.

62 *Ibid.*

63 En el Conjunto de Principios, el término “comisiones de la verdad” se refiere a “órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años” (nota 19 *supra*).

64 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual, 1985-86*, pp. 192-193; Carlos Nino, nota 52 *supra*, pp. 237-240, citado por Pasqualucci, nota 22 *supra*, p. 352.

65 En algunos casos, las comisiones de la verdad nacen como fruto del trabajo de organizaciones de derechos humanos que, para investigar los graves hechos de violencia oficial, desarrollan un esfuerzo casi clandestino. Así ocurrió en Brasil, con el trabajo de la Arquidiócesis de Sao Paulo, que bajo la dirección del Cardenal Evaristo Arns elaboró el Informe *Brasil Nunca Más*. En Paraguay, el Comité de Iglesias para Ayudas de Emergencias (CIPAE) también publicó una serie de investigaciones sobre la dictadura de Stroessner, bajo el Título *Paraguay Nunca Más*. En esta misma perspectiva pueden ubicarse los esfuerzos del Servicio de Paz y Justicia de Uruguay, con su Informe: *Uruguay Nunca más*, y del colectivo de organizaciones colombianas y extranjeras que publicaron un valioso Informe titulado: “*El terrorismo de Estado en Colombia*”.

en las diversas instancias de la sociedad (fuerzas armadas, policía, poder judicial, iglesia), entre otros factores inmersos en esta problemática.

De esta forma, son varios los aportes que puede brindar el establecimiento de una comisión de la verdad⁶⁶, entre ellos: a) el auto-descubrimiento y reconocimiento oficial de una realidad ignorada, que dieron cuenta de un pueblo latinoamericano censurado, indiferente y atemorizado; b) la identificación de los sectores involucrados en las violaciones a los derechos humanos, lo cual permitió, por ejemplo, que en el caso de El Salvador y Guatemala se reconstruyese el perfil de formación de los agentes del orden, muchas veces entrenados para la comisión de actos prohibidos por el derecho internacional de los derechos humanos; c) la personalización y humanización de las víctimas, desempeñándose la importante misión de reconocimiento de las personas afectadas, devolviéndoles de alguna manera su dignidad; d) la reparación parcial del daño causado, planteándose políticas que buscan reparar a las víctimas y a sus familiares, como la construcción de parques, museos o monumentos conmemorativos, creación de programas de reparación económica, etcétera; e) aportes para la prevención de sucesivas violaciones a los derechos humanos; planteándose la reorientación de los cuerpos policiales y militares, programas de educación, utilización de registros de la actividad policial, entre otros; f) aportes a la reconciliación a través de la verdad y la justicia⁶⁷. Sobre esto último, habría que precisar que el funcionamiento de una comisión de la verdad puede prevenir o tornar superfluos los prolongados juicios contra miles de presuntos perpetradores, lo cual adquiere particular relevancia en contextos de estructuras judiciales debilitadas que no van a poder enfrentar eficientemente el juzgamiento de los acusados. En suma, como señala Cassese, estas comisiones promueven “un mayor entendimiento en lugar de la venganza, la reparación en lugar de la represalia, y la reconciliación en lugar de la victimización”⁶⁸.

En el caso de América Latina, el recurso a la creación de una comisión de la verdad no resulta un fenómeno desconocido, sino que, por el contrario, ha constituido una práctica común en la región. Algunas de las comisiones de la verdad han sido creadas por normas internas⁶⁹ o acuerdos internacionales auspiciados por las Naciones Unidas⁷⁰. La tendencia de estas comisiones ha sido ciertamente la

66 Esteban Cuya, *El Impacto de las Comisiones de la Verdad en América Latina*. En: http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/cuya.pdf.

67 Al respecto, Méndez indica que la “reconciliación no puede ser impuesta por decreto”. Igualmente, se muestra de acuerdo con la labor investigadora de las Comisiones de la Verdad, siempre y cuando su labor no se desvirtúe y se plantee que la reconciliación se alcanzará con la sola recopilación de información. Señala que “el valor de las Comisiones de la Verdad más exitosas es que su creación no estaba basada en la premisa de que no habría juicios, sino que eran un paso en el sentido de la restauración de la verdad y, oportunamente, también de la justicia”. Méndez, nota 19 *supra*.

68 Cassese, nota 17 *supra*, p.10.

69 Como es el caso de las comisiones de la verdad de Argentina (Decreto N.º 187 del 15 de diciembre de 1983), Chile (Decreto Supremo N.º 355 del 24 de abril de 1990) y Perú (Decreto Supremo N.º 065-2001-PCM, del 4 de junio de 2001).

70 Como en la comisión de la verdad de El Salvador, creada por el Acuerdo de México el 27 de abril de 1991, firmado entre el gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, con el auspicio de la ONU. Igualmente, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala fue creada por el Acuerdo de Oslo, el 23 de julio de 1994, entre el Gobierno y la guerrilla, con el auspicio de la ONU.

determinación de los supuestos de violación de derechos humanos. No obstante, casos como los de Chile, El Salvador y Perú revelan que un análisis total demanda también la aplicación del DIH⁷¹. Cabe destacar que en los casos de Ecuador y Perú, la creación de las respectivas comisiones abarcó períodos de gobiernos democráticos, situación que marca la diferencia con el resto de comisiones e informes de los Estados de Latinoamérica vinculados a gobiernos dictatoriales o a situaciones de conflicto armado interno. Finalmente, sólo de manera explícita las comisiones de Chile y Perú aluden a la reconciliación, remitiéndonos a uno de los objetivos de aquéllas. Ciertamente las tareas y funciones de una comisión de la verdad se han ido incrementando y complejizando a lo largo de las últimas dos o tres décadas. No hay un estándar, pero va surgiendo una tradición de investigaciones oficiales de la verdad cada vez más exhaustivas.

En Argentina, mediante D.L. N.º 187/83 del 15 de diciembre de 1983 se creó la Comisión Nacional para la Investigación sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) para investigar —por un período de nueve meses— las violaciones a los derechos humanos ocurridas entre 1976 y 1983, período de las dictaduras militares. Tras su fracaso en la política económica y la derrota en la guerra de las Malvinas, además del gran repudio internacional por sus graves violaciones a los derechos humanos, a fines de 1983, los militares argentinos se vieron forzados a devolver el poder a los civiles. En Argentina, los derechos humanos de miles de personas fueron violados en forma organizada y estatal por la represión de las Fuerzas Armadas, que usaron una “tecnología del infierno” según se pudo comprobar por las miles de denuncias y testimonios de las víctimas. Tal como lo dijo en su oportunidad el presidente Raúl Alfonsín, después de esta etapa de tanta violencia: “No puede haber un manto de olvido. Ninguna sociedad puede iniciar una etapa sobre una claudicación ética semejante”. Por eso, uno de los primeros actos constitucionales del presidente Alfonsín fue crear dicha Comisión.

Luego de nueve meses de trabajo, la CONADEP reunió más de 50.000 páginas de testimonios y denuncias. Así, en noviembre de 1984 publicó su Informe “*Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*”. Allí se dio cuenta de la desaparición de 8.960 personas, según denuncias debidamente documentadas y comprobadas. El 80% de las víctimas de los militares argentinos tenían entre 21 y 35 años de edad. El Informe señala que en Argentina existían 340 centros clandestinos de detención, dirigidos por altos oficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad. Allí los detenidos eran alojados en condiciones infrahumanas y sometidos a toda clase de tratos humillantes y degradantes. La CONADEP descubrió que entre los altos oficiales de las Fuerzas Armadas y Policiales se estableció un “pacto de sangre” que implicaba la participación de todos en las violaciones de derechos humanos. La CONADEP tomó la iniciativa de presentar varias recomendaciones a los distintos poderes del Estado, “con la finalidad de prevenir, reparar y finalmente evitar la repetición de conculcaciones de los derechos humanos”. Entre sus propuestas incluyó la continuación de las investigaciones

71 En este sentido, ciertos actos de violencia contra la población (como la masacre cometida contra la población maya en el conflicto de Guatemala) configuran una violación del principio de distinción del DIH.

por la vía judicial; la entrega de asistencia económica, becas de estudio y trabajo a los familiares de las personas desaparecidas; y la aprobación de normas legales que declaren como crimen de *lesa humanidad* la desaparición forzada de personas. Asimismo, la CONADEP recomendó la enseñanza obligatoria de los derechos humanos en los centros educativos del Estado, tanto civiles como militares y policiales; el apoyo a los organismos de derechos humanos; y la derogatoria de toda la legislación represiva existente en el país. Muchas de estas recomendaciones están aún pendientes de llevarse a la práctica.

Por su parte, en Chile, mediante Decreto Supremo N.º 355 del 24 de abril de 1990, se creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Tras la derrota moral y política de Pinochet, el pueblo de Chile eligió como Presidente a Patricio Aylwin quien, con el objetivo de contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas en los últimos años y colaborar con la reconciliación de todos los chilenos, creó dicha Comisión. Las tareas que se le encomendaron a la Comisión fueron: i) establecer un cuadro, lo más completo posible, sobre los graves hechos de violación de los derechos humanos, sus antecedentes y circunstancias; ii) reunir información que permita individualizar a sus víctimas y establecer su suerte o paradero; iii) recomendar las medidas de reparación y reivindicación que estimara de justicia, y iv) recomendar las medidas legales y administrativas que a su juicio deberían adoptarse para impedir o prevenir la comisión de nuevos atropellos graves a los derechos humanos. Así, se determinó que se investiguen los hechos con resultado de muerte o desaparición ocurridos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, sea dentro del país o en el extranjero. Cabe anotarse además que, si bien esta comisión no investigó torturas, casi quince años después se creó la Comisión Nacional sobre Prisión, Política y Tortura, como un órgano asesor del Presidente de la República Ricardo Lagos. Tras un año de funcionamiento, entregó su informe el 10 de noviembre de 2004. Esta Comisión se encargó de determinar quiénes eran las personas que sufrieron privación de libertad y torturas por razones políticas por actos de agentes del Estado o de personas a su servicio, en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990. En total contiene 27.255 testimonios de personas reconocidas como víctimas, una explicación de cómo se desarrolló la prisión política y la tortura y los criterios y propuestas de reparación a las víctimas reconocidas⁷².

Las normas nacionales e internacionales de los derechos humanos, así como las normas del DIH, formaron parte del marco jurídico con el cual trabajó la Comisión al analizar los distintos hechos de violencia. Después de sus minuciosas investigaciones sobre los desaparecidos y asesinados por las fuerzas del orden, la Comisión recomendó la reparación pública de la dignidad de las víctimas, y diversas medidas de bienestar social, pensión única de reparación, atención especializada en salud, educación, vivienda, condonación de ciertas deudas y exención de la obligatoriedad del servicio militar a los hijos de las víctimas. La Comisión presentó también recomendaciones en los aspectos jurídicos y administrativos, como la “declaración de muerte de personas detenidas-desaparecidas”, la adecuación

72 V. en <http://www.comisiontortura.cl/inicio/index.php>.

del ordenamiento jurídico nacional al DIDH y la ratificación de tratados internacionales sobre derechos humanos. Igualmente propuso diversas medidas para reformar el poder judicial y las fuerzas armadas, así como la continuación de las investigaciones sobre el destino de los desaparecidos. Asimismo, se recomendó la penalización del ocultamiento de información respecto de las inhumaciones ilegales, ya que muchos familiares de las víctimas continuaron reclamando los restos de sus seres queridos. En enero de 1992, el gobierno chileno, mediante Ley N.º 19.123, creó la *Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación*, para ejecutar las recomendaciones de la Comisión.

En Ecuador, se creó la Comisión Verdad y Justicia, mediante Acuerdo Ministerial del 17 de setiembre de 1996. Como parte de las funciones de dicha comisión, se establecieron las siguientes: i) recoger denuncias sobre violaciones de los derechos humanos, especialmente desapariciones, torturas y demás agresiones contra la vida y la integridad personal ocurridas en el Ecuador desde 1979, sean éstas atribuibles a agentes del Estado o a particulares; ii) investigar denuncias por todos los medios a su alcance; iii) elaborar el informe “Verdad y Justicia” en el que se sistematizará la información, denuncias e investigaciones realizadas, así como sus antecedentes, conclusiones y recomendaciones en el plazo de un año.

La creación de dicha Comisión significó un hecho notable, ya que suponía la investigación de acontecimientos vinculados a la violación de derechos humanos en el marco de regímenes “democráticos”. Se inició la sistematización de denuncias a fin de entregarlas a un equipo de abogados que prepararía informes a ser entregados a la Corte Suprema de Justicia. Ello, además de la recepción de múltiples denuncias sobre la existencia de cementerios clandestinos en recintos policiales y militares, así como en el campo. Sin embargo, resultó difícil la búsqueda de la verdad en dicho contexto.⁷³ De esta manera, diversos organismos nacionales e internacionales de derechos humanos en el país impulsan la creación de una nueva comisión que investigue los casos relacionados con desapariciones, asesinatos, y tortura en dicho período (1985-1989). Precisamente, el 2 de diciembre de 2004, el ex Presidente de Ecuador, Lucio Gutiérrez, declaró que suscribiría un decreto supremo para dar vida a la “Comisión de la Verdad” que analizaría las violaciones de los derechos humanos que se hubieran cometido en los gobiernos pasados, indicando que aquella estaría conformada por gente notable y valiente.

En El Salvador, se creó una Comisión de la Verdad. Esta Comisión trabajó durante ocho meses, presentando un Informe titulado “*De la Locura a La Esperanza: La guerra de 12 años en El Salvador*”. Esta Comisión surgió como resultado de los Acuerdos de Paz de El Salvador negociados en más de tres años (1989-1992) entre el gobierno y el movimiento guerrillero Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), enfrentados durante todo ese período. Las negociaciones se

73 Sobre el proceso de creación de la referida Comisión, v. Elsa Curbelo, “Comisión Verdad y Justicia del Ecuador. La impunidad en democracia”, como parte del Seminario Internacional “Impunidad y sus efectos en los procesos democráticos” (Santiago de Chile, 14 de diciembre de 1996). En: <http://www.derechos.org>.

llevaron a cabo con el auspicio de la ONU y la colaboración de Colombia, México, España y Venezuela, culminando con la firma del Acuerdo de Paz en Chapultepec, México, el 16 de enero de 1992 que determinó que se investigarían los hechos de violencia ocurridos desde 1980 durante un período de ocho meses. Además de las facultades que le confirió el Acuerdo de Paz respecto de la impunidad y la investigación de graves hechos de violencia, la Comisión también se encargó de elaborar recomendaciones “de orden legal, político o administrativo, que podrán incluir medidas destinadas a prevenir la repetición de tales hechos (de violencia), así como iniciativas orientadas hacia la reconciliación nacional”.

Al definir las normas jurídicas aplicables a su labor, la Comisión estableció que durante el conflicto salvadoreño, ambas partes tenían la obligación de acatar una serie de normas del derecho internacional, entre ellas las estipuladas en el DIDH y en el DIH, o bien en ambos. Por otro lado, la Comisión señaló que, a lo largo del período de conflicto armado interno, el Estado de El Salvador estaba en la obligación de adecuar su derecho interno a las obligaciones del derecho internacional. Finalmente, la Comisión presentó una serie de Recomendaciones que incluyen: i) reformar la legislación penal y el poder judicial; ii) depuraciones en las fuerzas armadas, fuerzas policiales y dentro de la administración pública; iii) inhabilitaciones políticas a las personas involucradas en violaciones de los derechos humanos y del DIH, por un lapso no menor de diez años; iv) investigar y terminar con los grupos ilegales (escuadrones de la muerte); y v) otorgar reparación material y moral a las víctimas de la violencia y sus familiares directos.

En Guatemala, se creó la Comisión para el Esclarecimiento Histórico mediante el Acuerdo de Oslo del 23 de junio de 1994, para conocer los casos de violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia vinculados a los treinta y cuatro años de conflicto armado interno de Guatemala, así como formular recomendaciones para favorecer la paz. El informe de la Comisión revela las causas del enfrentamiento armado, la descripción de estrategias utilizadas durante el conflicto por ambas partes, casos de violaciones de los derechos humanos y hechos de violencia. También se detallan las consecuencias del enfrentamiento y se presentan conclusiones finales y recomendaciones. Así, la Comisión de Esclarecimiento Histórico recomendó que se pusiera en marcha un Programa Nacional de Reparación a las víctimas de las violaciones de derechos humanos y hechos de violencia vinculados con el enfrentamiento armado y sus familiares, y que dicho Programa comprendiera medidas individuales y colectivas inspiradas en principios de equidad, participación social y respeto de la identidad cultural, entre las cuales necesariamente debían figurar: i) medidas de restitución material para restablecer, en lo posible, la situación existente antes de la violación, particularmente en el caso de la tierra; ii) medidas de indemnización o compensación económica de los más graves daños y perjuicios como consecuencia directa de las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario; iii) medidas de rehabilitación y reparación psicosocial que incluyan, entre otros, la atención médica y de salud mental comunitaria, así como la prestación de servicios jurídicos y sociales; iv) medidas de satisfacción y dignificación individual que incluyan acciones de reparación moral y simbólica.

En Panamá, mediante Decreto Ejecutivo N.º 2 del 18 de enero de 2001, se creó la Comisión de la Verdad para esclarecer las violaciones de los derechos humanos —sobre todo, desapariciones— cometidas durante el régimen militar a partir de 1968 (dos décadas). Actualmente, aún se encuentra en funcionamiento. Sin embargo, se cuestiona a esta Comisión por carecer de un mandato claro del gobierno y por la interferencia de otras instituciones en su funcionamiento. El paso de los años parece haber mermado la memoria colectiva de Panamá y, en épocas recientes, la pugna entre la Comisión y el poder judicial ha sido evidente. Sucesos desafortunados como la falsificación de evidencias han erosionado la credibilidad del trabajo realizado a la fecha. Por ello, los familiares de las víctimas han tenido que buscar en la Corte Interamericana de Derechos Humanos la justicia que el Estado les ha negado⁷⁴.

En Perú, mediante Decreto Supremo N.º 065-2001-PCM del 2 de junio de 2001, el Presidente del gobierno de transición, Valentín Paniagua, creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR). El informe de la CVR es el documento más importante y trascendente de la historia del Perú sobre el conflicto armado interno padecido entre 1980 y noviembre de 2000. El conflicto armado interno se inició en mayo de 1980 por el autodenominado Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso (PCP-SL), que fue acompañado cuatro años después con una perspectiva inicialmente diferenciada por el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). El conflicto generó una violencia masiva, terror, y causó miles de víctimas fatales, más de 69.000 muertes (22.507 documentadas por la CVR), en adición a miles de desplazados forzados, personas torturadas, desaparecidas, y pérdidas materiales por miles de millones de soles por la destrucción de la infraestructura productiva y vial, etc.

El encargo que hizo el Estado peruano a la CVR, a diferencia de las experiencias de otras comisiones de Latinoamérica, estriba en que gran parte de su mandato cubrió el análisis de la lucha antisubversiva durante la vigencia de gobiernos democráticos y se extendió después del golpe del 5 de abril de 1992 hasta la caída del régimen del ex presidente Alberto Fujimori. Así, se trata de la primera comisión de la verdad que concluye que fueron grupos subversivos los grandes violadores de los derechos humanos sin que por ello se desconozca la responsabilidad de muchos miembros de las fuerzas del orden. En este sentido, la CVR concluye que el Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso fue el principal causante de víctimas fatales durante el conflicto en términos cuantitativos y le asigna la principal responsabilidad en el proceso de violencia por ser quien la inició y por haber recurrido desde el inicio a métodos terroristas. Al mismo tiempo, señala que tanto las organizaciones subversivas como las fuerzas armadas del Estado incurrieron, en ciertos períodos y lugares, en violaciones generalizadas y/o sistemáticas de los derechos humanos.

Asimismo, como parte de su mandato, la CVR tuvo a su cargo el señalamiento de los agentes activos de las violaciones de los derechos humanos. Además, si bien su Decreto de creación no hace alusión al DIH, éste fue considerado

74 Para más información, v. <http://www.comisiondelaverdad.org.pa>, o www.cverdad.org.pe/comision/enlaces/index.php.

como fundamental para efectos de la elaboración del Informe. La CVR recomendó el desarrollo de programas de reparación individual y colectiva, incluyendo la consideración de la salud mental y física, educación, apoyo simbólico y económico y la emisión de documentos de identificación. En febrero de 2004, se creó una Comisión multisectorial de alto nivel, integrada por representantes del gobierno y organismos de derechos humanos, para diseñar y supervisar la ejecución de estas recomendaciones.⁷⁵

En Bolivia, en el mes de septiembre de 2004, el fiscal general, César Suárez, anunció que tomaría contacto con sus similares de Argentina y Chile con el propósito de abrir los archivos de la Operación Cóndor, lo que permitirá esclarecer la desaparición forzada entre 1971-1976 de varios ciudadanos bolivianos, argentinos y chilenos durante la dictadura del general Hugo Bánzer (1971-1977)⁷⁶. “El ministerio público tiene las puertas abiertas para contribuir con este tema, de acuerdo con la documentación de los familiares de los desaparecidos forzosos”, anunció Suárez. En ese marco fue creada la Ley N.º 2.640, “Ley de resarcimiento a víctimas de la violencia política”, que tiene por objeto establecer el procedimiento destinado a resarcir a las personas contra quienes se hubiera cometido actos de violencia política, mediante los agentes de gobiernos inconstitucionales, que violaron y conculcaron los derechos humanos y las garantías consagradas en la Constitución Política del Estado y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Estado boliviano. En estricto, los hechos resarcibles dentro de la concepción de la violencia política, en el período del 4 de noviembre de 1964 al 10 de octubre de 1982 son: detención y prisión arbitraria; tortura; exilio o destierro; lesiones e incapacidad calificadas; muerte en el país o en el exterior por razones de violencia política; desaparición forzada; persecución por razones político sindicales, conforme a reglamento.

Comisiones de la verdad y DIH

El análisis de estos casos, en particular de los informes de Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala y Perú, revela que todos los países habían ratificado los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁷⁷. En consecuencia, y considerando que en ninguno de los casos estamos frente a conflictos internacionales, es de aplicación el artículo 3 común. Sin embargo, dicho artículo sería aplicable inclusive si ninguno de los Estados hubiera ratificado los Convenios de Ginebra, ya que se considera que, al proteger derechos fundamentales y contener la protección relativa a normas de *jus*

75 Esteban Cuya, “Las Comisiones de la Verdad en América Latina”. En: <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html>.

76 Recordemos que la Operación Cóndor es el nombre con el que se sindicó a un plan de inteligencia y coordinación entre los servicios de seguridad de los regímenes militares del Cono Sur -Argentina, Chile, Brasil, Paraguay, Uruguay y Bolivia- en la década de los 70.

77 Argentina ratificó los cuatro Convenios de Ginebra el 18 de septiembre de 1956; Chile hizo lo mismo el 12 de octubre de 1950; El Salvador, el 17 de junio de 1953; Guatemala, el 14 de mayo de 1952; y, Perú, el 15 de febrero de 1956. En: [http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf). Consultado el día 13 de noviembre de 2005.

cogens, contiene un carácter consuetudinario y por lo tanto debe ser respetado por todos los Estados⁷⁸. Caso distinto es el del Protocolo adicional II, el cual, además de haber sido ratificado durante el período de violencia o en un momento posterior a éste, sólo algunas veces (como en el caso de El Salvador) comprendió a los conflictos armados analizados pues no alcanzaban su umbral de aplicación⁷⁹, es decir, que las fuerzas armadas disidentes o los grupos armados que se enfrentan con las fuerzas armadas tengan la “dirección de un mando responsable” y “ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”.

Sin embargo, no todas las Comisiones afirman la existencia de un conflicto armado, lo cual dificulta el reconocimiento de la aplicación del DIH. Así, el mandato de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas de Argentina, la más antigua de las experiencias aquí citadas, fue exclusivamente en relación con los detenidos; por lo tanto, se refería a violaciones cometidas únicamente por el Estado. En ese sentido, las posteriores comisiones de la verdad suponen un avance, en tanto que reconocen la existencia de un enfrentamiento entre fuerzas subversivas y las fuerzas armadas, y la consiguiente aplicación del DIH.

De esta manera, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación chilena reconoce que las violaciones pueden darse no sólo por parte del Estado, sino por parte de las fuerzas subversivas. De esta manera, se reconoce la obligación que tienen todas las partes en conflicto de respetar el DIH. Además, la Comisión establece, en el capítulo II, las normas, conceptos y criterios en que han basado sus deliberaciones y conclusiones, entre las cuales cita al DIH, señalando que:

“Las normas de DIH no se ocupan de determinar cuándo es lícito el recurso a la guerra o a la rebelión armada. (...) En efecto, se justifique o no el recurso a las armas, existen normas precisas sobre la ilicitud de ciertas conductas en la conducción de las hostilidades, sean éstas de carácter internacional o interno; entre otras, las que prohíben (sic) dar muerte o torturar a los prisioneros y las que establecen garantías para el debido proceso de los inculpados, por muy especial que sea el carácter de tales procesos (...) Pero no por ello se justifican jamás tales transgresiones (...)”⁸⁰.

Por su parte, la Comisión de la Verdad de El Salvador no sólo reconoce la existencia de un conflicto armado y que las normas de DIH son vinculantes para

78 Elizabeth Salmón, “El reconocimiento del conflicto armado en el Perú”, *Revista Derecho PUC*, Pontificia Universidad Católica del Perú. MMIV, N° 57, p. 85.

79 En el art. 1 del Protocolo adicional II, se establece que se aplica únicamente a conflictos armados en los cuales la autoridad gubernamental es uno de los participantes. Además, los grupos armados deben ejercer “sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas” y hallarse “bajo la dirección de un mando responsable”; asimismo, deben poder cumplir las obligaciones estipuladas en el Protocolo.

80 Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile, parte 1, capítulo II. En: <http://www.purochile.org/rettig01.htm#4>.

todas las partes en conflicto, sino que además señala que son aplicables en este caso el artículo 3 común y el Protocolo adicional II, indicando lo siguiente:

“Los principios del DIH aplicables al conflicto salvadoreño están contenidos en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el segundo Protocolo adicional a los mismos. El Salvador ratificó estos instrumentos antes de 1980.

Si bien el conflicto armado salvadoreño no fue de carácter internacional, tal como los Convenios definen ese concepto, sí llenó los requisitos para la aplicación del artículo 3 común a los cuatro Convenios. Esa disposición define algunas normas humanitarias fundamentales, que son aplicables a los conflictos armados no internacionales. Lo mismo se puede decir del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, que se ocupa de la protección de las víctimas de conflictos armados de carácter no internacional. Las disposiciones del artículo 3 común y del Protocolo adicional II son jurídicamente vinculantes tanto para el Gobierno como para las fuerzas insurgentes⁸¹.”

Por otro lado, en las recomendaciones de la Comisión de la Verdad de El Salvador se señala, entre las medidas a tomar para lograr la ansiada reconciliación, la necesidad de proteger a los subordinados cuando rechazan obediencia a las órdenes ilegales.⁸² Esta reforma de las fuerzas armadas, policía y servicios de inteligencia tendría un claro trasfondo en las normas de DIH, en la medida que puede ser entendida como una obligación de respeto de las mismas.

Por su parte, a pesar de reconocer la importante función del DIH⁸³, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, a diferencia de la Comisión de la Verdad de El Salvador, no reconoce la aplicación del Protocolo II. Ello no implica que se desconozca la aplicación de las normas de DIH; al contrario, se afirma que la Comisión para el Esclarecimiento Histórico sí investigó violaciones del DIH, pero “al nivel mínimo de derechos protegidos por el artículo 3 común”⁸⁴.

81 Informe “De la Locura a la Esperanza”. Mandato. En: http://virtual.ues.edu.sv/ce/comision/el_mandato.html.

82 “Cuadro 5: Recomendaciones de anteriores Comisiones de la Verdad. Lista seleccionada”. En: www.aprodeh.org/sem_verdad/documentos/Hayner_cuadros.pdf o www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos.htm.

83 “... [El DIH] procura el respeto de derechos mínimos o inderogables en caso de conflicto armado, intenta civilizarlo mediante la aplicación de principios tales como el respeto a la población civil, la atención y cura de heridos, el trato digno a las personas prisioneras y la protección de los bienes indispensables para la supervivencia. Esta normativa, crea un espacio para la neutralidad en la medida que pretende disminuir las hostilidades, minimiza sus efectos sobre la población civil y sus bienes y busca un trato humanitario para los combatientes, heridos o prisioneros”.

84 Jan-Michael Simon, “La Comisión para el Esclarecimiento Histórico, Verdad y Justicia en Guatemala”. Ponencia en el coloquio internacional “Estado de Derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Procesos de Transformación comparados”, celebrado del 22 al 24 de febrero en la Ciudad de San Pablo, Brasil. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/106/art/art6.pdf>.

Finalmente, la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, además de reconocer la obligación de ambas partes de respetar las normas de DIH, indica que es de aplicación al conflicto armado peruano el artículo 3 común; sin embargo, agrega: “Ello no será en modo alguno obstáculo para aplicar las disposiciones del Protocolo II, en lo que resulta compatible y pertinente”. Como ya sostuve⁸⁵, el umbral que establece este último documento no es alcanzado por el conflicto interno peruano, en la medida que no se presentan las características de control territorial o capacidad de sostener operaciones militares sostenidas y concertadas. Asimismo, la Comisión de la Verdad y Reconciliación cita acertadamente los principios del DIH, aplicables a todo conflicto armado.⁸⁶

La eficacia de las comisiones de la verdad en términos de contribución a la reconciliación de estas sociedades es algo que se determinará en los años que vienen. Para Geoffrey Robertson, por ejemplo, “lo que la historia de la “justicia transicional” (o la falta de ésta) en América Latina demuestra, en el largo plazo, es que la aparición de alguna medida de la verdad no constituye la base para la reconciliación. Muy al contrario: la revelación de los detalles de la depravación del Estado sólo suma fuerza a las exigencias de retribución de las víctimas y de sus simpatizantes”⁸⁷. No obstante, el trabajo de las comisiones de la verdad en la región sí ha influido irremediamente a poner el énfasis en la voz de las víctimas de la violencia. De hecho, de los informes de las comisiones de la verdad ha surgido una verdad impresionante: los Gobiernos utilizaron deliberadamente las violaciones atroces y sistemáticas para intimidar a las poblaciones y mantener el control sobre ellas. Los informes establecen que las violaciones de los derechos humanos perpetradas por ciertos Gobiernos latinoamericanos no consistían, necesariamente, en ataques dirigidos contra las personas que cometían actos de violencia contra el Estado, ni tan siquiera una respuesta, lamentablemente exagerada, a esa violencia. Por el contrario, los informes documentan una política de Estado deliberada que aplicaba las violaciones contra los derechos humanos para alcanzar los objetivos de los Gobiernos⁸⁸.

La utilización del DIH (en el caso de las comisiones que así lo hicieron) se centra básicamente en el señalamiento de violaciones de sus disposiciones, es decir, como elemento adicional, junto con el derecho internacional de los derechos humanos, para el análisis de validez de los hechos de violencia. De esta forma, el análisis se limitó al reconocimiento de la existencia de un conflicto armado y a señalar las violaciones de las distintas normas de DIH. En contraposición, los

85 Elizabeth Salmón, nota 77 *supra*, pp. 84-85.

86 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, tomo I, capítulo 4, p. 211: “En cualquier tipo de conflicto armado son de aplicación no sólo las normas antes mencionadas, sino también ciertos principios inderogables del DIH que se enunciaron en el siglo XIX (cláusula Martens). Así, la protección de la población civil está en relación con los “principios de humanidad” que fundan el principio de distinción entre combatientes y no combatientes, así como el relativo a la proporcionalidad entre las ventajas militares que se pueden alcanzar y los daños a civiles que en ningún caso deben ser excesivos”.

87 Robertson, nota 15 *supra*, p. 288.

88 Pasqualucci, nota 22 *supra*, pp. 324-325.

informes no recogen ejemplos de cumplimiento del DIH por lo que sólo es posible inferir algunos casos.⁸⁹ Las comisiones tienen por tanto un acercamiento mucho mayor a los aspectos sancionadores o punitivos del DIH, que a las normas que regulan las hostilidades y la protección de las víctimas de los conflictos armados.

En cualquier caso, las comisiones de la verdad en América Latina han ido reconociendo paulatinamente la importancia del DIH para conseguir la tan anhelada reconciliación y evitar que las atrocidades se repitan⁹⁰. Tras un período de conflicto armado, es evidente que el perdón se logrará más fácilmente en contextos en los que las partes en conflicto respetaron las normas del DIH. De esta manera, podemos afirmar que dicha reconciliación es una contribución no legal del DIH. Del mismo modo, Sassoli y Bouvier afirman: “En última instancia, el final de todos los conflictos armados es la paz. Al final de un conflicto armado quedan cuestiones territoriales, políticas y económicas por resolver. Sin embargo, el retorno a la paz resulta mucho más fácil si no hay que superar, además, el odio entre los pueblos que las violaciones del DIH invariablemente crean y, ciertamente, exacerban”⁹¹.

89 En el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, se señala (Tomo VII, capítulo 2) el caso de las ejecuciones extrajudiciales en el Hospital de Ayacucho (1982), en que miembros de Sendero Luminoso rescataron a sus compañeros reclusos en un penal de Ayacucho, ciudad que sufrió el mayor número de pérdidas durante el conflicto, se hace un análisis bastante somero, en la medida en que sólo se indica que hubo una violación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Sin embargo, no se citan normas de DIH, ni se reconoce que el Penal de Huamanga tenía la condición de objetivo militar. En el caso de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, resulta no obstante alentador el testimonio recogido de un comandante de las fuerzas armadas revolucionarias que recalca la importancia de respetar las normas de DIH. V. en: <http://shr.aas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/cap2/vol4/hech.html5>. Según los dirigentes del EGP, si bien no incluían la enseñanza del derecho humanitario dentro de la formación que dieron a sus combatientes, existía conciencia sobre el trato que debía darse a los prisioneros de guerra y sobre otras nociones contenidas en estas normas. “... como parte de la formación política precisamente, como parte del pensamiento revolucionario, siempre se tuvo conciencia que había que tener respeto hacia los prisioneros, y mucho de esto está fundamentado en experiencias de otros movimientos revolucionarios, dentro del pensamiento del comandante Ernesto Guevara, aparece en varios de sus escritos y en muchas cosas que se saben sobre su participación en la guerrilla cubana, realmente de este respeto hacia el enemigo, compartir las pocas medicinas, darle eventual atención que fuera necesaria, la cuestión de compartir la comida también y el respeto en cuanto a los malos tratos. Desde el principio lo tuvimos muy consciente... Dentro de lo que era el proceso de reclutamiento, el trabajo de educación y formación era crear una actitud de los compañeros de respeto hacia la gente de la comunidad... eso hacía parte de la disciplina política, aparte había la disciplina militar, y ahí estaba contemplado en primer lugar que las armas estaban para desarrollar la guerra y nunca para hacer otras cosas”... “En algún momento se implementó todo esto como algo que iba incluido dentro de la mística de la formación del combatiente... mística del respeto a ciertas normas que no conocíamos escritas, verdad, pero que era parte de la instrucción a partir de las experiencias”. Asimismo, el Manual del buen combatiente de la ORPA publicado en 1984 contempla un apartado sobre la materia. Sin embargo, llama la atención sobre el respeto de la población civil y de sus bienes: “... Los guerrilleros como hijos del pueblo debemos siempre respetarlo, cuidarlo y defenderlo. (...) Se deben de respetar absolutamente las propiedades de los compañeros de la población: la casa, la comida, las siembras, los animales”. Organización del Pueblo en Armas, Manual del buen combatiente, material de campaña, 1984, pp. 53 y 58.

90 El Conjunto de Principios (nota 19 *supra*) en su Principio 38, apoya esta visión de la aplicación del DIH como forma de garantizar la no recurrencia. Propone que, durante períodos de restauración o transición a la democracia y/o a la paz, los Estados deberían “emprender un examen amplio de su legislación y sus reglamentaciones administrativas”.

91 Marco Sassoli, Antoine Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, vol. I, ICRC, Ginebra, 2003, p. 340.

Cooperación entre las comisiones de la verdad y el Comité Internacional de la Cruz Roja

Laura Olson y Toni Pfanner*

Laura Olson es asesora jurídica de la delegación regional del CICR para Estados Unidos y Canadá.

Toni Pfanner es Redactor jefe de la *International Review of the Red Cross*.

Resumen

En este artículo, se pasa revista a las funciones usuales de las comisiones de la verdad y reconciliación, y se presentan, a grandes líneas, las posibilidades y los límites de la cooperación del CICR con los diferentes tipos de comisiones. La cuestión del grado de esa colaboración se ha resuelto, en la mayoría de los casos, de manera análoga al privilegio de no prestar testimonio en juicios penales internacionales. Dentro de los parámetros de sus principios de neutralidad e imparcialidad y la norma operacional de confidencialidad establecida para tener acceso a las víctimas de los conflictos armados y la violencia interna, el CICR ha cooperado, de todos modos, con esas comisiones. Los autores explican algunos criterios que determinan el grado adecuado de cooperación y muestran algunas de las formas que ésta puede adoptar. Por último, examinan la política del CICR con respecto a las disposiciones de amnistía de las comisiones de la verdad y reconciliación, que por lo general excluyen el enjuiciamiento de personas implicadas en delitos cometidos durante períodos de violencia.

.....

* Una versión abreviada de este artículo se presentó como ponencia en el marco de la conferencia “Abordar el pasado y la justicia de transición: cómo crear condiciones favorables para la paz, los derechos humanos y el Estado de derecho”, y fue publicada por la División IV de Asuntos Políticos, Departamento Federal de Relaciones Exteriores de Suiza (Editor general, Mô Bleeker). Las consideraciones expuestas en este artículo reflejan las opiniones de los autores, no necesariamente las del CICR.

En una sociedad que atraviesa el período posterior a un conflicto, las comisiones de la verdad pueden desempeñar un papel fundamental en la reconstrucción de las relaciones sociales dañadas, mediante la determinación precisa de las causas que dieron lugar al conflicto. Además, documentan los abusos cometidos durante períodos de violencia, atribuyen responsabilidades, y alientan a todas las partes en un conflicto a dialogar sobre el pasado. De este modo, contribuyen a la reconciliación y, en el mejor de los casos, restablecen la paz en la sociedad. En paralelo, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en el contexto posterior a un conflicto, cumple diversas funciones que son pertinentes a su cometido (véase www.cicr.org, “Acerca del CICR”), como la ayuda humanitaria; la asistencia a las víctimas mediante actividades de rehabilitación (véase www.cicr.org, “Asistencia/Salud/Rehabilitación”), de reconstrucción y de restitución; las visitas a personas detenidas a raíz del conflicto; la labor y las gestiones para la liberación y repatriación de cautivos; la búsqueda de personas dadas por desaparecidas y la facilitación de la reunión de familiares, así como el esclarecimiento de la suerte corrida por las personas cuya desaparición fue notificada por la parte adversa. Además, el CICR exhorta a los Estados y a la sociedad civil a tomar medidas para aplicar el tratado de Ottawa sobre las minas antipersonal y limitar el uso y los efectos de los restos explosivos de guerra¹.

Por lo que respecta a su contribución al establecimiento de la verdad y la justicia, la función del CICR “es esencialmente de índole jurídica y técnica”². En primer lugar, el CICR apoya las medidas punitivas a nivel nacional o internacional, aplicadas con arreglo a las obligaciones establecidas en los Convenios de Ginebra de 1949, en el Protocolo adicional I, en otros tratados pertinentes como, asimismo, en el derecho consuetudinario, destinadas a procesar a las personas acusadas de crímenes de guerra. Dado que los Estados tienen la obligación primaria de asegurar el castigo de las violaciones del derecho humanitario, el CICR puede facilitar esa tarea incluso antes del comienzo de las hostilidades, formulando recomendaciones para la aprobación de leyes internas compatibles con el derecho internacional humanitario (DIH) y facilitando el intercambio de información sobre las experiencias jurídicas de los Estados. La Institución también puede proporcionar información a los jueces y al personal de los tribunales sobre las reglas y procedimientos del derecho penal internacional. Sin embargo, la cuestión que ha resultado más delicada es la de si el CICR puede prestar testimonio en relación con crímenes internacionales cometidos durante un conflicto armado. A veces, la Institución se encuentra en la singular posición de ser la única organización humanitaria presente durante algunos de los períodos más violentos en ciertos países. El amplio acceso, del que generalmente goza, a la mayor parte de los territorios afectados por conflictos armados y su

1 El órgano directivo y la Asamblea del CICR aprobaron, el 12 de diciembre de 2001, directrices sobre la labor de la Institución en períodos de transición (A 136 rev., 8 de abril de 2003). Para un examen de dichas directrices, v. Marion Harroff-Tavel, “¿Cuándo acaba una guerra? La acción del Comité Internacional de la Cruz Roja cuando las armas enmudecen”, *Selección de artículos 2003 de la International Review of the Red Cross*, CICR, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

2 Harroff-Tavel, *ibíd.*, p. 182.

contacto directo con las víctimas significa que los propios delegados del CICR pueden presenciar atrocidades graves o sus consecuencias. Sin embargo, el hecho de brindar ese testimonio en un juicio o ante una comisión de la verdad puede violar los principios de neutralidad y de imparcialidad del CICR, que a menudo se aplican, en la práctica, a través de la norma de confidencialidad³. Esta práctica no sólo representa un problema para la credibilidad de la Institución, sino que acarrea consecuencias concretas para las víctimas de la violencia armada, dado que el acceso del CICR a las zonas afectadas por conflictos siempre se basa en una relación de confianza establecida con las partes beligerantes. Si alguna de esas partes llegase a creer que los delegados del CICR divulgarán, por su propia voluntad o constreñidos por una citación judicial para atestiguar, todo lo que han visto en una zona de conflicto, es probable que se les prohíba el acceso a esa zona, o que ya no sea posible entablar un diálogo útil con las partes. La consecuencia de tal situación es que las víctimas en esa zona quedan sin protección, sin ayuda y sin asistencia humanitaria vital, justamente cuando más necesitan esa ayuda.

Si bien el problema ha sido solucionado, en gran medida, en los juicios penales internacionales, mediante el privilegio de no divulgación, la cuestión relativa a la medida apropiada de la cooperación del CICR con las comisiones de la verdad o mecanismos nacionales cuasi judiciales sigue sin resolver. La pregunta que se plantea es: ¿deben imponerse limitaciones similares al CICR, o debe testificar ante una comisión de la verdad sobre los abusos cometidos en conflictos armados de los que haya sido testigo? Además, ¿cómo concilia el CICR su necesidad de proteger la confidencialidad con su papel de guardián de los principios del DIH, de los cuales uno establece la prohibición de la impunidad de los criminales de guerra? En este artículo, se pasa revista a estas cuestiones y se intenta determinar algunos criterios pertinentes a la labor del CICR en este sentido.

La política del CICR en relación con la justicia de transición: un ejercicio de equilibrio

Las cuestiones que rodean a la justicia de transición atañen al CICR principalmente en lo que se refiere a la aplicación de su norma de confidencialidad y de los principios de neutralidad e imparcialidad, que a veces están en pugna, o parecen estarlo, con las diferentes formas en que la Institución protege y ayuda a las personas afectadas por conflictos armados u otras situaciones de violencia. En efecto, la Institución debe realizar un difícil ejercicio de equilibrio.

3 V. Jakob Kellenberger, “Acción humanitaria: ¿hablar o callar?”, *Selección de artículos 2004 de la International Review of the Red Cross*, CICR, Stéphane Jeannot, “Reconocimiento de la regla tradicional de la confidencialidad del CICR”, y “Las gestiones del Comité Internacional de la Cruz Roja en caso de violaciones del derecho internacional humanitario o de otras normas fundamentales que protegen a las personas en situación de violencia”, *Selección de artículos 2005 de la International Review of the Red Cross*, CICR. Éstos tres artículos también pueden consultarse en www.cicr.org/spa/revista.

El modo en que el CICR realiza su labor humanitaria es determinado, básicamente, por un solo criterio: el interés de las personas que debe proteger y asistir en el marco de su cometido. Su capacidad de desempeñar dicho cometido depende de la voluntad de las partes beligerantes de otorgarle acceso a las personas necesitadas, y esa voluntad depende, a su vez, de la adhesión del CICR a los principios de imparcialidad y neutralidad definidos en los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja⁴ y, en particular, del cumplimiento de la norma de confidencialidad. Sin embargo, esos principios y esa norma pueden entrar en conflicto con el deber del CICR de socorrer a las personas afectadas por la violencia. En tales casos, la Institución debe encontrar una solución práctica. La prestación de ayuda en el corto plazo debe evaluarse en relación con las necesidades de mediano y largo plazo. Además, las medidas adoptadas en un contexto también han de evaluarse a la luz de las posibles repercusiones que tienen en las operaciones del CICR a nivel mundial.

También se plantean algunos problemas respecto del cometido del CICR como guardián del derecho internacional humanitario. Como parte de su misión humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las personas afectadas por conflictos armados, el CICR se esfuerza por promover el respeto del derecho internacional humanitario. En ese contexto, el Servicio de Asesoramiento del CICR ayuda a los Estados a establecer las estructuras y adoptar la legislación necesaria para proteger a esas personas con mayor eficacia y disuadir la perpetración de crímenes de guerra y otras violaciones del DIH. Si se realiza adecuadamente, ese mecanismo de consulta, análisis y armonización de los instrumentos jurídicos puede ayudar a garantizar que ningún autor de crímenes se salve del castigo. La reticencia del CICR con respecto a condenar las violaciones del DIH y su privilegio de no atestiguar ante los tribunales⁵ parecen contradecir su cometido de guardián del derecho humanitario y su deseo de que los perpetradores sean enjuiciados. Pero, por respeto a la norma de confidencialidad, el CICR no transmite información (confidencial), ni volcada en informes escritos ni como testimonio directo⁶.

Cooperación con tribunales nacionales o internacionales

En junio de 1995, el Grupo de Trabajo de Enlace para las Actividades Humanitarias examinó la cuestión de la “Impunidad y responsabilidad: el papel de los mecanismos de rendición de cuentas en la resolución de las crisis humanitarias”.

4 V. el Preámbulo a los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en www.cicr.org.

5 Decisión del 27 de julio de 1999 del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) (*Prosecutor v. Simic et al.*, IT-95-P), y Gabor Rona, “El privilegio del CICR de no testificar. La confidencialidad en acción”, *Selección de artículos 2002 de la International Review of the Red Cross CICR.*, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

6 V. Anne-Marie La Rosa, “Las organizaciones humanitarias y los tribunales penales internacionales: la cuadratura del círculo”, *International Review of the Red Cross*, marzo de 2006 disponible en www.cicr.org/spa/revista.

El CICR explicó su postura de no atestiguar en procedimientos judiciales ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y sobre la situación en Burundi. Durante la reunión, Richard Goldstone, en ese entonces fiscal del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), dijo que comprendía la imposibilidad de que el CICR revelara información confidencial al tribunal. Sin embargo, propuso que organizaciones como el CICR o el ACNUR le comunicaran “información secreta”, que el tribunal no utilizaría como prueba durante un juicio, sino sólo como ayuda para encontrar otras pruebas admisibles (regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR). Pero, el problema no es mantener confidencial la cooperación del CICR, sino que el CICR pueda asegurar verazmente a sus interlocutores que no coopera con los tribunales. El CICR respondió, inequívocamente, que nunca podría transmitir información al tribunal, puesto que hacerlo perjudicaría tanto su credibilidad en conflictos futuros como su capacidad de obtener acceso a las víctimas⁷.

El hecho de que el CICR no pueda cooperar con los tribunales penales no significa que sea hostil o indiferente a la tarea de éstos. Los tribunales y los mecanismos complementarios tienen el objetivo común de garantizar el respeto del derecho internacional humanitario, y el CICR, como es natural, apoya la existencia de los mecanismos encargados de reprimir en lo penal las violaciones del DIH. Sin embargo, dado que el CICR tiene el cometido de asistir y proteger a las personas afectadas por la violencia y no puede arriesgarse a perder el acceso a ellas, hay que considerar que su papel es distinto del de los tribunales, y que, ciertamente, no forma parte integrante del proceso de los testimonios. El dilema se resolvió en el TPIY, durante el caso *Simic*, cuando la Sala de Primera Instancia decidió que no podía obligarse al CICR a prestar testimonio ante el tribunal⁸. Esa decisión quedó formalizada en la regla 73(4) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (CPI)⁹. Sin embargo, cabe señalar que en el apartado 6 de la regla 73 se prevé la posibilidad de que la Corte y el CICR efectúen consultas con miras a resolver el asunto de forma cooperativa, si la Corte considera que la información que obra en poder del CICR es de gran importancia para un caso en particular y que no puede obtenerse de otra fuente. Durante dichas consultas, debe tenerse presente “el interés de la justicia y de las víctimas” así como “el cumplimiento de las funciones de la Corte y del CICR”. Si el CICR no se opone por escrito a que esa información se utilice en un juicio después de las consultas, o si ha renunciado de otro modo a su privilegio de no divulgación, puede utilizarse el material¹⁰. Este mecanismo permite un pequeño margen de oportunidad para que el testimonio del CICR se utilice en

7 Documento 202 (204), nota del 21 de junio de 1995 sobre la reunión del Grupo de Trabajo de Enlace para las Actividades Humanitarias, celebrada el 19 de junio de 1995, sobre la función de los mecanismos de sanción de crímenes de guerra en el contexto de la crisis humanitaria (en poder del autor).

8 *Prosecutor v. Simic et al.*, caso N.º IT-95-9, Sala de Primera Instancia del TPIY, Decisión del 27 de julio de 1999.

9 Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, ICC-ASP/1/3, aprobadas el 9 de septiembre de 2002 [RPE ICC].

10 *Ibid.*, Regla 73(4)(a).

los juicios de la CPI. No está del todo claro si las “víctimas” cuyos intereses se han de tener en cuenta en las consultas son las víctimas de los crímenes que se juzgan (quienes sin duda querrían que el CICR preste testimonio) o las víctimas de los conflictos armados en general, cuyos intereses el CICR procura proteger (el acceso a las cuales puede peligrar, si el CICR revela información). Es indudable que estas cuestiones deben resolverse caso por caso. Por lo tanto, sopesar los diversos intereses es un ejercicio específico de cada contexto, que carece de solución universal.

Cuando desempeña su papel en un contexto posterior a un conflicto, el CICR afronta el desafío de alcanzar un equilibrio, de modo que sus acciones no menoscaben el objetivo de proteger a las víctimas. Podría pensarse que éste no es un problema importante, puesto que, aunque juzgar a los perpetradores puede ser importante para las víctimas y las comunidades, podría argumentarse que es una consideración indirecta o secundaria, en comparación con la necesidad de acceder a personas que padecen necesidades acuciantes. Sin embargo, en este argumento no se tiene en cuenta el hecho de que la impunidad crea o, al menos, contribuye a crear situaciones muy peligrosas, donde las autoridades o las partes que controlan un territorio, y que requieren la intervención del CICR, tienen poderes ilimitados. Si no se combate la impunidad, es probable que se cometan nuevos abusos de gran magnitud, lo que genera un círculo vicioso en el que el CICR tendrá que acceder a un número cada vez mayor de personas que necesitan ayuda. La pregunta es: ¿cuál es el equilibrio correcto?

Cooperación con mecanismos cuasi judiciales

En Ruanda, el proceso *gacaca*, un sistema alternativo de justicia de transición por el que se aplica la justicia de participación y de proximidad, en la cual personas de las comunidades locales actúan como “jueces populares”, es ejemplo elocuente de una situación en la que el CICR se vio obligado a realizar un delicado ejercicio de equilibrio. En Ruanda, el CICR no transmitió a los tribunales *gacaca* información sobre detenidos ruandeses particulares, ya que no deseaba que se lo asociara con ese proceso “judicial”. Sin embargo, la transmisión de esa información podría haber facilitado la liberación de detenidos que se encontraban en condiciones claramente por debajo de las normas mínimas, y al mismo tiempo, habría ayudado a poner fin a detenciones que ya eran prolongadas y para las que no se vislumbraba audiencia legal alguna. En esa situación, el CICR tuvo que sopesar su cometido de actuar en favor de la liberación de prisioneros en la etapa posterior a un conflicto, y el riesgo de perder credibilidad por suministrar a los tribunales *gacaca* información sobre determinadas personas.

Cooperación con las comisiones de la verdad

Podría argüirse que el testimonio del CICR proporcionaría un panorama mucho más objetivo de los sucesos acontecidos durante una guerra, sobre todo porque,

en virtud de los principios de neutralidad e imparcialidad, el CICR no toma partido sino que asiste a todas las víctimas del conflicto que necesitan ayuda. Asimismo, a diferencia de los juicios penales, las comisiones de la verdad no se pronuncian sobre la responsabilidad civil o penal de las personas que comparecen ante éstas. Por ende, en este contexto, los argumentos relativos a conservar la confianza de las partes en un conflicto a fin de mantener el acceso pierden algo de fuerza. Pero ¿es realmente así? Como se sabe, a veces, las comisiones de la verdad entregan a las autoridades judiciales las pruebas recopiladas, para un juicio posterior. Este aspecto podría tener incidencias importantes en la posible intervención del CICR.

La relación del CICR con la comisión de la verdad y Reconciliación de Perú es otro caso en el que el CICR tuvo que lograr un equilibrio entre la norma de confidencialidad y el criterio antes mencionado, es decir, el interés de las víctimas. Cuando la Comisión inició su trabajo, en 2001, el CICR se enfrentó con el dilema de decidir si le proporcionaría o no cierta información que sólo él poseía, para permitirle resolver casos de personas dadas por desaparecidas. Investigar la suerte de personas desaparecidas es una tarea que, a las claras, forma parte del cometido del CICR, cuyo objetivo es responder a las necesidades inmediatas o directas de las víctimas, incluidos los familiares. Si el CICR posee información pertinente sobre una persona desaparecida, pero carece de los medios necesarios para investigar adecuadamente la suerte corrida por ella, ¿no debería acaso ayudar, en la medida posible, a que otros organismos lo hagan? En el caso que nos ocupa, el CICR proporcionó información limitada¹¹.

Desde el punto de vista puramente operacional, la cuestión de las personas desaparecidas probablemente sea el ámbito de cooperación más importante entre una comisión de la verdad y el CICR¹². Es posible extraer ciertas conclusiones de la experiencia pasada del CICR. Si una comisión decide intentar esclarecer la suerte de personas desaparecidas, debería, en particular:

- describir sus métodos de trabajo a los familiares y a los testigos que declaran sobre las desapariciones, e informarles si existen probabilidades de que la tarea tenga éxito;
- informar a los familiares, en forma individual y antes de la publicación del informe, de sus conclusiones con respecto a sus parientes;
- cuando esclarece la suerte de una persona, localizar a sus familiares y proporcionarles la información;
- si los recursos son insuficientes, dar prioridad al esclarecimiento de la suerte de las personas de que se trata.

11 Con el acuerdo de las familias interesadas, el CICR dio a la Comisión de la Verdad y Reconciliación información básica sobre más de 400 casos que no figuraban en ninguna base de datos. Su objetivo era compilar una lista única de personas dadas por desaparecidas.

12 V. Monique Crettol y Anne-Marie La Rosa, "The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity", *International Review of the Red Cross*, N.º 862, junio de 2006, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

Una comisión de la verdad que, en lugar de investigar cada caso en particular, decide esclarecer sólo la generalidad de los abusos y de las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, debería:

- informar a los familiares y a los testigos que declaran sobre las desapariciones de que no intentará esclarecer casos particulares;
- no obstante, si, durante el curso de su labor, obtiene información que puede ayudar a elucidar casos particulares, debería proporcionar esa información a los familiares pertinentes o a otro organismo que pueda y quiera realizar las investigaciones necesarias;
- incluir en su informe todos los detalles posibles, a fin de permitir a los familiares de las personas desaparecidas comprender las razones por las cuales su pariente debe o no presumirse muerto, y/o la probable suerte corrida por cada categoría de personas desaparecidas;
- incluir en su informe, con el consentimiento de las familias afectadas, los nombres de todas las personas dadas por desaparecidas.

Si, en un país, no existe o no es posible crear un mecanismo multilateral *ad hoc* para esclarecer la suerte de las personas desaparecidas¹³, el CICR subraya la importancia de incluir esa tarea en los términos de referencia de una posible comisión de la verdad, con un enfoque caso por caso destinado a proporcionar respuestas a los familiares. Sin embargo, también manifiesta claramente que sólo proporciona información a las comisiones de la verdad en ciertas condiciones. Si el CICR es la única o la principal parte que posee información sobre personas desaparecidas, normalmente subraya el carácter complementario, pero distintivo, del mecanismo de la comisión de la verdad y de su propia labor en ese ámbito.

El CICR tiene interés en prestar apoyo a una comisión de la verdad cuando esa colaboración tiene verdaderas posibilidades de resolver casos de desaparición. La Institución puede ayudar de las siguientes formas:

- compartiendo su experiencia y conocimientos jurídicos en el ámbito del derecho internacional humanitario;
- compartiendo sus conocimientos técnicos en materia de búsqueda de personas;
- compartiendo sus experiencia y conocimientos acerca de la exhumación de restos humanos y procedimientos de identificación;
- compartiendo información sobre casos de personas dadas por desaparecidas.

13 Por ejemplo, la Comisión Tripartita que investigaba los casos de personas desaparecidas desde la Guerra del Golfo de 1990–1991, en la cual el CICR actuó como intermediario neutral entre las partes, así como los grupos de trabajo establecidos en ex Yugoslavia para abordar las necesidades jurídicas y administrativas de los familiares de personas desaparecidas.

Incluso cuando una comisión de la verdad y el CICR han celebrado un acuerdo de confidencialidad, no hay garantías absolutas de que la información suministrada por el CICR no sea transmitida a terceros una vez que la Institución la haya comunicado. El acuerdo de confidencialidad no necesariamente protege a la comisión de la verdad contra la obligación de entregar esa información, dado que el cumplimiento de tal acuerdo depende de factores externos, órdenes posteriores emanadas del sistema judicial independiente, leyes nuevas o Gobiernos posteriores pueden revocar decisiones previas de la comisión.

El CICR debe tener presente que, en algunos casos, las comisiones de la verdad han transferido expedientes a las fiscalías. Los registros generados por las comisiones de la verdad a menudo sirven como fuente de pruebas por muchos años, no sólo para juicios a nivel nacional sino también para procesamientos en el ámbito internacional. No se puede garantizar que, en el futuro, los testimonios o los documentos entregados a la comisión de la verdad no sean utilizados en otros procedimientos ni sean publicados, porque es posible que, en las atribuciones de la comisión de la verdad, la restricción a la divulgación del material no esté expresada con precisión. Lo que es evidente es que la función primordial de una comisión de la verdad es exponer la verdad. Además, aunque no publique una lista de nombres, la comisión de la verdad puede interpretar su mandato como una obligación de apoyar al poder judicial y a la fiscalía.

La medida y el grado de sensibilidad de la información determinan el grado de atención que el CICR presta a las siguientes cuestiones:

- saber si la propia comisión de la verdad atribuirá responsabilidad a personas individuales;
- conocer la relación de la comisión de la verdad con el poder judicial y la fiscalía;
- saber si la comisión de la verdad utilizará o publicará la información que se le proporcione.

Con respecto a estas tres cuestiones, antes de decidirse a apoyar a una comisión de la verdad, el CICR ha de considerar al menos los siguientes aspectos:

- si, en las atribuciones de la comisión de la verdad, se indica claramente que ésta puede o no asumir funciones judiciales que corresponden a los tribunales;
- si la comisión de la verdad otorgará o participará en el proceso de otorgamiento de amnistías;
- si la comisión de la verdad dará los nombres de las personas sospechadas de haber cometido violaciones; en caso afirmativo, debe, al menos, aplicar las normas relativas a las garantías procesales, incluidas las normas sobre la suficiencia de las pruebas;
- si la comisión de la verdad transferirá sus archivos y, en caso afirmativo, a quién;

- si la Comisión de la Verdad, conforme a sus atribuciones, presentará a los funcionarios del Estado un informe final y si éste será publicado (también habría que conocer el tema del informe);
- qué sucederá con los demás archivos de la comisión de la verdad;
- si la comisión de la verdad otorgará o participará en el proceso de otorgamiento de reparaciones.

Amnistía a cambio de la verdad: el punto de vista del CICR

Como guardián del derecho internacional humanitario¹⁴, el CICR obviamente apoya el principio de que las personas que cometen atrocidades en la guerra deben ser procesadas y castigadas. Al mismo tiempo, es una Institución pragmática y operacional, sensible a los aspectos complejos de cada conflicto armado y al hecho de que, a veces, en la etapa posterior a un período de violencia extrema, las necesidades de los individuos y las de las sociedades entran en pugna. Algunos Gobiernos han optado por facilitar el proceso de paz o el período de transición adoptando leyes de amnistía que excluyen el enjuiciamiento de las personas implicadas en los crímenes cometidos durante el período de violencia.

El hecho de otorgar amnistías a las personas sospechadas de violaciones graves del derecho internacional es contrario a la obligación de los Estados de procesar y castigar a los infractores, establecida tanto en el derecho convencional como en el derecho consuetudinario¹⁵. En particular, es indiscutible la obligación de los Estados de reprimir las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo adicional I. En el artículo 6.5 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, relativo a los conflictos armados no internacionales, se establece que las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado (interno), pero no se sugiere otorgar impunidad a los criminales de guerra. El CICR ha interpretado que esta disposición simplemente establece la “inmunidad de los combatientes” en los conflictos armados no internacionales. La finalidad del artículo no era proteger a las personas acusadas de crímenes de guerra¹⁶. El derecho internacional humanitario no excluye por completo la amnistía para personas que hayan violado sus normas, pero el principio de que los autores de infracciones graves del DIH deben ser enjuiciados o extraditados no debe vaciarse de sustancia.

14 V. Yves Sandoz, “El Comité Internacional de la Cruz Roja: guardián del derecho internacional humanitario”, CICR, Ginebra, 1998 disponible en www.cicr.org/spa/revista.

15 V. Jelena Pejic, “Accountability for international crimes: From conjuncture to reality”, *International Review of the Red Cross*, N.º 845, marzo de 2002, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

16 Cartas de la División Jurídica del CICR al fiscal del TPIY, del 24 de noviembre de 1995, y al Departamento de Derecho de la Universidad de California, del 15 de abril de 1997. V. también las actas oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados, Ginebra, 1974–1977, Vol. 9, Berna, 1978, p. 319, a las que hacen referencia las citadas cartas.

Es improbable que el CICR se pronuncie sobre la licitud o la legitimidad de medidas de amnistía, pero ciertamente no estaría a favor de una posición incompatible con las obligaciones dimanantes del DIH. Puede, desde luego, recordar a un Estado sus obligaciones en el marco del DIH o del derecho internacional. Por ejemplo, si en un Estado, los responsables de aprobar decisiones optan por resolver el problema de los presuntos perpetradores de crímenes de guerra (o violaciones graves de los derechos humanos) mediante una ley de amnistía, debe hacerseles saber que el hecho de no enjuiciar o no extraditar constituye una violación de las obligaciones jurídicas internacionales del Estado¹⁷ y, posiblemente, también de las leyes nacionales. El Estado también debe saber que las personas amnistiadas no gozan de inmunidad en otros Estados o ante los tribunales internacionales¹⁸. Enfrentado con la opción, el Estado debe ponderar si el objetivo que persigue a través de la amnistía (esto es, restablecer la paz) no será, en última instancia, socavado por el hecho de actuar en contra del imperio de la ley. Estas consideraciones plantean las siguientes preguntas: ¿cuál es el propósito del enjuiciamiento o del castigo? ¿Cuál es el papel de la represión penal (el juicio penal) en la búsqueda de la justicia, la paz y la reconciliación?

La cuestión de la amnistía ayuda a ilustrar la necesidad del CICR de poner en la balanza intereses contrapuestos. Por ejemplo, ¿no debería el CICR promover las amnistías, a condición de que los amnistiados proporcionen información sobre las personas desaparecidas? Esto podría, sin duda, poner fin a la angustia de familiares que esperan recibir noticias de un ser querido y, en ese sentido, el CICR estaría cumpliendo su cometido. Sin embargo, hay que recordar que la decisión de otorgar amnistías es de índole extremadamente política. Favorecer el otorgamiento de amnistías condicionales en ciertos contextos podría perjudicar la imagen internacional del CICR, en particular la percepción de su neutralidad e imparcialidad. Además, es probable que, al promover la amnistía para crímenes graves, por un lado, el campo de acción del CICR podría quedar restringido, ya que esa actitud le haría perder credibilidad y, consecuentemente, otras personas que sufren necesidades, pero que no tienen familiares desaparecidos, podrían recibir menos ayuda y, por otro lado, esa postura significaría una cortedad de miras, porque se daría prioridad a esclarecer la suerte de las personas desaparecidas a expensas de

17 Por lo menos, para crímenes de guerra respecto de los cuales existe la obligación absoluta de enjuiciar (en lugar de la jurisdicción universal obligatoria para los conflictos armados no internacionales).

18 No sería contrario al artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos procesar en otro Estado, a un acusado que se ha beneficiado de una amnistía en su propio país, recurriendo a la jurisdicción universal. Los procedimientos de concesión de las amnistías no equivalen a una “absolución” en el sentido del artículo 14.7. Por lo tanto, la prohibición de *ne bis in idem* contenida en dicha disposición no es aplicable. Incluso si se partiera de la base de que los procedimientos de algunas comisiones de la verdad y reconciliación poseen un carácter lo suficientemente judicial para satisfacer esta norma, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que el artículo 14.7 no prohíbe el juicio por el mismo delito en otro Estado. *A.P. v. Italy*, Comunicación n.º 204/1986, 2 de noviembre de 1987, documento de las Naciones Unidas A/43/40, en 242; Menno T. Kamminga, “Lessons learned from the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences”, *Human Rights Quarterly*, N.º 23, 2001, pp. 940, 958 y n. 81.

las necesidades de los familiares, una de las cuales es que los perpetradores sean procesados. No obstante, como demostró la transacción de amnistía por verdad realizada en Sudáfrica, algunas sociedades están dispuestas a dejar de lado la aplicación del justo castigo a las violaciones graves de los derechos humanos, a cambio del reconocimiento oficial de los crímenes perpetrados, un registro histórico preciso a partir del cual se pueda aprender a evitar hechos de violencia en el futuro, el diálogo público entre diferentes grupos de la sociedad, y dar a las víctimas y a la sociedad el poder de perdonar, no sólo de aportar pruebas a una causa penal. Para los autores de crímenes graves, la participación en una Comisión de la Verdad puede representar una suerte de redención, cosa que no puede suceder en un juicio penal. El CICR no es ciego a estas consideraciones. Por ende, guiándose por las cuestiones descritas precedentemente, es cuidadoso al determinar la modalidad de su apoyo a las comisiones de la verdad.

Conclusión

Lograr la reconciliación nacional sin dejar de luchar contra la impunidad es una cuestión que el CICR abordó sucintamente en 1996, en su primer taller sobre el derecho internacional humanitario y la protección¹⁹. En dicho taller, se llegó a la conclusión de que “el así llamado problema que surge de la doble ambición de enjuiciar a los autores de violaciones y, al mismo tiempo, fomentar la reconciliación nacional, era, en realidad, un falso dilema: si no se afrontaba adecuadamente el ciclo de la impunidad, jamás habría una verdadera reconciliación”²⁰. Si bien esos dos objetivos aparentemente incompatibles pueden, a la postre, reconciliarse, es indudable que el CICR se enfrenta con problemas cuando procura definir su respuesta a esas cuestiones, ya que debe conciliar su deber hacia las víctimas de los conflictos armados con los esfuerzos de la sociedad por revelar la verdad y prevenir la violencia en el futuro. Las comisiones de la verdad y reconciliación afrontan problemas similares. Muchas personas las asocian con el posible perdón y el olvido; a la inversa, otras las ven como el primer paso hacia el enjuiciamiento de los criminales. De todos modos, es evidente que no existe un molde universal para estas comisiones. Esto se debe no solamente a los diferentes contextos, sino también a las distintas interpretaciones del término “reconciliación”²¹. Los mecanismos que

19 V. “Protection—toward professional standards: Report of workshop” (17–19 de marzo de 1998), Carlo Van Flüe y Pascal Daudin (eds.). Puede obtenerse en el departamento de Publicaciones del CICR (ISBN 2-88145-096-2).

20 *Ibíd.*, p. 74. Para más conclusiones, v. pp. 74–75.

21 El *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española define el término “reconciliar” como “volver a las amistades, o atraer y acordar los ánimos desunidos”, *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, Vigésima segunda edición, 2001, p. 1916. En el contexto de un conflicto político o de una situación de violencia, se ha descrito la reconciliación como “el desarrollo de un compromiso conciliador mutuo entre personas o grupos antagonicos o anteriormente antagonicos”. Louis Kriesberg, “Paths to varieties of inter-communal reconciliation”, ponencia presentada ante la 17ª Conferencia General de International Peace Research Association, Durban, Sudáfrica, 22-26 de junio de 1998.

se aplican dependen del contexto, y el CICR debe actuar en consonancia con esa realidad. A fin de mantener su acceso a las zonas de guerra y preservar el diálogo constructivo con todas las partes que intervienen en un conflicto armado, la cooperación del CICR con las comisiones de la verdad —al igual que su colaboración con los juicios penales entablados contra personas sospechadas de crímenes de guerra— se ve restringida tanto por su cometido en favor de las víctimas de los conflictos armados en cada contexto específico, como por la consideración del conjunto de sus actividades y de su labor futura en otros países. Por otra parte, su cometido de guardián del derecho internacional humanitario puede entrar en pugna con las disposiciones sobre amnistía favorecidas por los protagonistas de las comisiones de la verdad, que excluyen el procesamiento de las personas que participaron en crímenes graves de índole internacional. Dentro de esos límites, el CICR puede cooperar, y de hecho, ha cooperado con las comisiones de la verdad, especialmente porque comparten un objetivo común: restablecer la dignidad de las víctimas de la violencia y de otros tipos de abusos.

INTERNATIONAL
REVIEW
of the Red Cross

**Empresas militares
privadas**

EDITORIAL

El sector de las empresas militares y de seguridad privadas está en pleno crecimiento. Algunas fuentes estiman que el monto de las contrataciones anuales es de 10.000-20.000 millones de dólares estadounidenses y, según otras, la cifra es de hasta 100.000 millones de dólares estadounidenses. El repentino aumento en el número y el tamaño de las empresas militares y de seguridad privadas se dio tras el fin de la guerra fría, cuando las entidades privadas llenaron el vacío que se produjo en materia de seguridad en Estados débiles o colapsados, lo que además coincidió con el incremento de la privatización del sector público y la globalización de las actividades comerciales.

Las compañías de seguridad privadas armadas protegen a personas, edificios e instalaciones, distribuciones de socorros humanitarios y obras de reconstrucción. Recientemente, a esas empresas se han sumado grandes compañías militares privadas que realizan actividades militares que solían incumbir exclusivamente a las fuerzas armadas. La renuencia a mantener o a desplegar grandes ejércitos permanentes fortalece esta tendencia y acrecienta la dependencia de las fuerzas armadas respecto de las entidades militares privadas. Estas últimas empresas se especializan en el entrenamiento de tropas para el combate y para el desempeño de funciones de apoyo al combate. Por ejemplo, *Executive Outcome* cambió el rumbo de un conflicto olvidado en Sierra Leona, y *Military Professional Resources Inc.* alteró drásticamente el balance de poder en los Balcanes. Las empresas militares privadas ofrecen capacitación en operaciones de paz y en otros servicios relacionados con el ámbito militar, para las operaciones de paz y estabilización desplegadas desde el Congo hasta Haití.

El sector militar privado está creciendo vertiginosamente, sobre todo gracias a sus amplias actividades en Irak y, en menor grado, en Afganistán. Irak representa el mayor mercado para los servicios militares privados de la historia moderna, y es el terreno de prueba para decidir la vía que seguirá el sector militar comercial privado. Se estima que los Gobiernos de Irak y de Estados Unidos, y algunas firmas privadas, han contratado más de 20.000 “guerreros privados” en empresas militares comerciales. Esas empresas proporcionan servicios de seguridad en zonas peligrosas, en tanto que las fuerzas armadas convencionales se concentran en operaciones puramente militares. En este negocio de varios millones de dólares, compañías como *Kellogg, Brown and Root* (KBR) tienen, en Irak y

Kuwait, decenas de miles de empleados que dirigen líneas de aprovisionamiento militar y administran bases militares.

En gran medida, los debates acerca de las empresas militares privadas forman parte de debates más amplios sobre la privatización de las funciones gubernamentales. A la larga, la subcontratación de actividades básicas de las fuerzas armadas a entidades privadas puede afectar a las instituciones militares. Incluso si algunas son, básicamente, entidades paramilitares y paraestatales, las compañías militares privadas no forman parte integrante de las operaciones. Son entidades independientes, que rinden cuentas, ante todo, a la propia empresa. En muchos casos, hay escasa coordinación entre los contratistas que trabajan para instituciones o compañías civiles y las fuerzas armadas en zonas de conflicto, y los primeros pueden verse involuntariamente arrastrados en las hostilidades. La naturaleza normalmente defensiva de su mandato puede modificarse a fin de incluir acciones ofensivas destinadas a repeler ataques. De modo similar, la índole civil de un bien protegido por personal militar privado no es inmutable, y ese bien puede transformarse en un objetivo militar contra el que pueden lanzarse ataques legítimos.

El crecimiento del sector militar privado causa cada vez más preocupaciones con respecto al papel de los intereses comerciales privados en los asuntos militares, en particular el uso no reglamentado de la fuerza por el personal de las empresas militares privadas. Algunos afirman que el uso de la fuerza por las empresas privadas es consecuencia de la evolución natural de las demandas de seguridad de Estados incapaces de resolver todos los aspectos de la seguridad; otros lo equiparan al retorno de los mercenarios o, en última instancia, al debilitamiento de la capacidad del Estado de conservar el monopolio sobre el uso de la fuerza. Aunque la esfera pública siempre ha cooperado con las empresas de seguridad privadas, el hecho de que ahora las compañías militares privadas sean factores de peso en los conflictos armados y proveedores de seguridad en Estados inestables pone en tela de juicio el papel de los Estados naciones como los principales actores militares.

En contraste con los mercenarios, que actúan ocultamente, las compañías militares privadas establecen oficinas con estructuras gerenciales definidas, desarrollan su imagen comercial y buscan oportunidades a través de la publicidad. A menudo, el fenómeno de los mercenarios consiste en un puñado de ex soldados extranjeros que derroca a un Gobierno en conflictos poscoloniales o neocoloniales, y existe en una escala mucho mayor. En muchos casos, a semejanza de las fuerzas convencionales, las empresas militares privadas actúan abiertamente, bajo un mando responsable, con una jerarquía estricta, un sistema disciplinario y uniformes de estilo militar, y afirman respetar las leyes de la guerra y del país receptor. Sin embargo, en última instancia, siguen las instrucciones del cliente. Que el contratista respete las instrucciones y las leyes beneficia tanto los intereses del cliente como los del propio contratista. Las actividades realizadas fuera de dicho marco podrían afectar gravemente el principio de la subcontratación y el desarrollo de la empresa,

ya que las infracciones pueden dar lugar a reglamentos más estrictos o incluso a prohibiciones. Por ende, los requisitos contractuales, en particular la elaboración de normas de enfrentamiento adecuadas, son fundamentales para controlar la expansión de las empresas militares privadas en los conflictos armados. Cuando se permite a las compañías militares ejercer algunas funciones de la autoridad gubernamental, su conducta, conforme a las normas de la responsabilidad de los Estados, es atribuible a los Estados, al menos en los casos en que asumen funciones públicas y obligaciones conforme a los tratados, o cuando actúan bajo la dirección o el control de un Estado. Por último, incluso cuando la conducta de una compañía militar privada no es atribuible a un Estado, éste puede incurrir en responsabilidad por no haber controlado las actividades de esa compañía con la diligencia debida.

En el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra se traza una distinción entre las personas que participan activamente en conflictos armados y las que no lo hacen. Su originalidad radica en el hecho de que crea derechos y obligaciones también para las entidades que no son partes en esos tratados, que fueron celebrados entre Estados. En particular, impone obligaciones a movimientos o grupos no estatales, los cuales, a menudo, desempeñan papeles importantes en las guerras actuales. Además, hoy en día se considera que los derechos humanos también crean obligaciones para las entidades no estatales. Normalmente, se piensa que los movimientos rebeldes o insurgentes luchan contra un Gobierno establecido o entre sí. En hostilidades de cierta duración e intensidad, se los asimila a un Estado, en lo que respecta a los derechos y obligaciones que derivan del derecho internacional humanitario. En Estados Unidos, la Corte Suprema, en una inesperada decisión, dictaminó que incluso los combatientes individuales en la denominada “guerra global contra el terrorismo” pueden estar amparados por el artículo 3, aunque no haya un vínculo territorial con un Estado en particular y aunque su pertenencia a una de las partes que intervienen en un conflicto armado no pueda determinarse con certeza.

El derecho internacional humanitario también determina el marco jurídico básico de las actividades del personal de las empresas militares privadas en tiempo de guerra. Dado que la distinción entre *jus ad bellum* y *jus in bello* es el axioma básico del derecho humanitario, el motivo que impulsa a una parte a intervenir en las hostilidades es irrelevante. Si participan en las hostilidades, en ocasiones puede considerarse que las compañías son partes en el conflicto y que están sujetas a las normas básicas del derecho humanitario, tanto en lo que respecta a los derechos como a las obligaciones. Pero el vínculo con las entidades del Estado complica las consideraciones jurídicas, sobre todo en los conflictos armados internacionales, porque las compañías militares privadas llevan a cabo cada vez más actividades que antes correspondían a las funciones de las fuerzas armadas del Estado.

La muerte, el secuestro y la detención de contratistas privados, en particular la emboscada y la atroz mutilación de cuatro contratistas privados estadounidenses en 2004, así como la difusión de vídeos de contratistas militares disparando contra civiles iraquíes un año después, destacan la necesidad de delimitar con claridad los derechos y obligaciones del personal de las empresas militares privadas. Hay escasos fundamentos jurídicos para clasificar a esas personas como combatientes conforme al derecho internacional humanitario y, por consiguiente, para otorgarles el derecho a la protección que confiere el estatuto de prisionero de guerra. Los contratistas de aprovisionamiento que acompañan a las fuerzas armadas y que portan credenciales expedidas por éstas, pierden ese derecho si participan en las hostilidades. En principio, todas las personas que trabajan en las empresas militares privadas serían consideradas civiles conforme al derecho internacional humanitario y, a menos que participen activamente en las hostilidades, estarán protegidas como tales contra los ataques. Sin embargo, el mayor recurso a los contratistas civiles en funciones militares trae consigo importantes repercusiones para el derecho internacional humanitario si, en los hechos, se les pide que actúen de un modo que podría interpretarse como una participación directa en las hostilidades. En la práctica, interpretar el sinnúmero de actos que el personal de las empresas militares privadas podría ejecutar en situaciones de conflicto armado, sobrepasa el principio fundamental de la distinción entre las personas que participan en las hostilidades y las que no lo hacen.

No existen lagunas en el derecho con respecto a las actividades militares privadas. Las compañías militares y de seguridad privadas no funcionan en un vacío jurídico. La inquietud y las sospechas con respecto al uso de la fuerza letal por las compañías privadas, así como la creciente tendencia de las fuerzas armadas a recurrir a las entidades militares privadas, ponen de relieve la necesidad de prevenir o reducir ciertas posibles consecuencias adversas. La finalidad es hacer que los Estados y las compañías militares y de seguridad privadas que se desempeñan en zonas de conflicto respeten y promuevan el respeto del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, y estudiar y elaborar alternativas y modelos de reglamentación, así como otras medidas apropiadas a nivel nacional y, posiblemente, regional o internacional. Actualmente, Suiza, en cooperación con el Comité Internacional de la Cruz Roja, facilita y contribuye a este proceso en un diálogo intergubernamental. Podría aprovecharse este diálogo para aportar información a los debates celebrados en foros internacionales, como la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que tendrá lugar a fines de noviembre de 2007, y en otros foros regionales o internacionales.

Toni Pfanner
Redactor jefe

Empresas militares privadas

Entrevista a Andrew Bearpark*

Andrew Bearpark es director general de la Asociación Británica de Empresas de Seguridad Privadas, asociación comercial independiente que representa a las principales compañías del sector especializado en seguridad privada y gestión de riesgos en Reino Unido. El objetivo de la asociación es mejorar el nivel de desempeño de sus miembros y de esta nueva actividad en general, y garantizar el cumplimiento de las normas y principios del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Antes de ocupar su cargo actual, el señor Bearpark actuó como Director de Operaciones e Infraestructura para la Autoridad Provisional de la Coalición, en Irak. Entre 1998 y 2003, fue el representante especial adjunto del secretario general a cargo del Pilar de la Unión Europea de la Misión de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) y, anteriormente, alto representante adjunto en Sarajevo y responsable del Grupo Especial de Reconstrucción y Retorno, agrupación de organizaciones internacionales encargadas de facilitar el retorno de las minorías a Bosnia-Herzegovina. Antes de asumir sus cargos en Bosnia y Kosovo, el señor Bearpark ocupó varios puestos jerárquicos en Reino Unido, como jefe de los Departamentos de Información y Ayuda de Emergencia de la Administración de Desarrollo en el Extranjero (Overseas Development Administration – ODA) y secretario privado de la primer ministro Margaret Thatcher.

.....

¿Observa usted una tendencia hacia un mayor uso de empresas privadas durante los conflictos armados?

Bueno, en realidad hemos visto un crecimiento significativo de la industria a partir de las campañas en Irak y en Afganistán. Las condiciones de seguridad eran tan precarias en esos contextos, que las empresas de seguridad privadas tuvieron

* Andrew Bearpark fue entrevistado por Toni Pfanner (Redactor jefe de la *International Review of the Red Cross*) en Londres, el 17 de octubre de 2006..

que cumplir un papel para ayudar a que los organismos humanitarios e incluso las fuerzas militares pudieran realizar tareas que no podrían haber efectuado sin un apoyo externo.

En Somalia y en otros países africanos, muchas empresas de seguridad han actuado durante décadas en condiciones de seguridad muy precarias.

Sí, esas empresas han estado en esos contextos por diez, veinte, treinta años. Pero el crecimiento realmente se produjo hacia fines de los años 1990. En esa época, el ámbito de la ayuda internacional, más allá de cómo se lo defina, era percibido como un esfuerzo neutral en el que las empresas armadas no querían participar. En las guerras en los Balcanes, la tradición era que los trabajadores humanitarios eran un grupo de personas especialmente protegidas. Algunos resultaban heridos o muertos a raíz de las minas antipersonal, pero los combatientes rara vez los hacían objeto de los ataques en forma deliberada. A fines de los años 1990 y comienzo de los años 2000, los trabajadores humanitarios dejaron de ser percibidos como neutrales y se los comenzó a ver, más bien, como objetos legítimos de ataque. Por ello se hizo más necesario darles protección. El último ejemplo es Irak, donde los organismos de ayuda, incluso los que están ayudando, nada más, al pueblo iraquí, y no tienen ningún otro tipo de objetivo, han sido tomados como objeto de los ataques. Durante el año 2003-2004, se perpetró el trágico bombardeo contra la ONU y, unas pocas semanas después, fueron atacadas las oficinas del CICR, se cometieron secuestros y asesinatos de trabajadores humanitarios, y se llegó a la trágica muerte de Margaret Hassan, de CARE, por ejemplo. Hubo un cambio total en el ambiente: de repente, los trabajadores humanitarios dejaron de ser vistos como benefactores neutrales para ser considerados partes del entorno de guerra, y entonces se hizo más necesaria la seguridad.

A pesar de la hostilidad de los contextos, cada vez más organizaciones humanitarias operan en situaciones de conflicto.

Lo que se observa es un cambio en la dinámica política. Si pensamos en la guerra fría y los años 1980, no había organizaciones internacionales humanitarias en el campo de batalla, salvo el CICR. Esperaban que la guerra terminara para luego prestar ayuda. Sin embargo, desde el término de la guerra fría, los Gobiernos occidentales han pedido a los organismos de ayuda que acudan a las zonas de conflicto incluso durante las hostilidades. De modo que estos organismos necesitan protección contra los ataques.

Usted participó en la Coalición para la reconstrucción de Irak.

En realidad, fue la primera vez que se utilizaron empresas de seguridad privadas en tal número y escala. Se trató del programa de reconstrucción de mayor envergadura en la historia, con una financiación de 18,6 mil millones de \$ por parte

de los contribuyentes de Estados Unidos y con la protección de las empresas de seguridad privadas. Se puede encontrar en otros contextos proyectos de ayuda que tienen protección de una empresa de seguridad privada, pero nunca antes se había realizado una operación de la envergadura de la de Irak.

¿Cuáles son, por lo general, las principales áreas de actividad de las empresas militares o de seguridad privadas?

Los actores armados privados ofrecen cada vez más actividades, desde la protección de edificios e instalaciones hasta el apoyo a la ayuda humanitaria y la reconstrucción de los Estados. Por otro lado, realizan actividades puramente militares que antes eran exclusivas de los Estados. Además de las cuestiones de seguridad y de control de los riesgos para otros negocios privados, hay tres áreas principales de actividad. La primera incluye servicios de seguridad mediante actividades de protección: protección de personas y de bienes por profesionales, convoyes de seguridad y planificación de las evacuaciones para la búsqueda y la recuperación de bienes, tomas de rehenes y verificaciones previas al empleo. En segundo lugar, las empresas de seguridad privadas apoyan cada vez más los esfuerzos de reconstrucción después de los conflictos, asesorando y prestando servicios para la protección del personal y de los sitios. De modo que están tratando de abrir oportunidades de mercado operando en nuevos ámbitos, como la reconstrucción de los Estados, el apoyo a la ayuda humanitaria y las acciones de socorro en desastres naturales, incluso la prestación de esa ayuda, lo que incluye logística, comunicación y servicios de energía. Por último, realizan actividades que antes efectuaban las fuerzas militares nacionales. Comprenden desde entrenamiento militar hasta la provisión de personal de seguridad para funcionarios de alto rango y protección de sitios y de convoyes.

Estados Unidos es el país que más actividades terceriza durante los conflictos armados.

Las fuerzas militares de Estados Unidos subcontratan muchas actividades a compañías como KBR (antes Kellogg, Brown y Root), que construye refugios para los soldados e instalaciones de apoyo tanto en Irak como en Afganistán, por sólo mencionar un ejemplo. De esa manera están actuando ahora los militares europeos occidentales, pero en realidad aún no han ido tan lejos. Por ejemplo, el ejército británico subcontrata y privatiza actividades como la guardia estática de sus bases, pero no mucho más que eso por ahora. En realidad, hay una diferencia fundamental en la escala y el grado de uso y desarrollo de las empresas de seguridad privadas. En Estados Unidos, grandes partes del esfuerzo bélico se subcontratan en el sector privado. Hoy en día, los militares estadounidenses y los europeos operan de maneras muy distintas, pero esa diferencia disminuirá año a año. Pienso que, dentro de diez años, el modelo británico se parecerá mucho al modelo estadounidense.

¿El hecho de que sean las empresas de seguridad privadas, y no las fuerzas armadas de los Estados, las que efectúen las actividades de seguridad conlleva ventajas competitivas?

Las empresas de seguridad privadas tienen varias ventajas competitivas. Una de ellas es la eficiencia. Las fuerzas militares permanentes tienen altos costos fijos que no pueden evitarse, mientras que una empresa de seguridad privada, como contrata personal para cada operación en particular, no tiene que cubrir gastos de personal que no está trabajando. De este modo, disminuyen los costos generales.

Su asociación distingue entre actividades militares y actividades realizadas por empresas militares privadas.

En el Reino Unido, nos referimos más a las empresas de seguridad privadas que a las empresas militares. Esa expresión hace referencia a la amplia gama de servicios que las compañías ofrecen; en cuanto a la segunda, existen ciertas reservas de índole cultural, ya que puede implicar que se incluyen servicios en las líneas de frente de los conflictos.

Tradicionalmente, el cocinero de un ejército se consideraba como un miembro de las fuerzas armadas y como un combatiente, jurídicamente hablando. En tiempo de guerra, era un objeto de ataque lícito. Ahora, el servicio de cocina se terceriza en el sector privado. ¿No se confunde de este modo la cuestión de la participación directa en las hostilidades y se amenaza la protección de la población civil?

En realidad, está aumentando la subcontratación de lo que suelen llamarse las actividades de apoyo durante los combates. Es menos costoso y más rentable que los cocineros sean contratados por el sector privado, y no por el ejército. Serán una parte privatizada de las fuerzas armadas de ese país. En ese sentido, no es diferente de la subcontratación y la privatización de las actividades estatales que cada vez más se realizan en muchos países europeos. En términos jurídicos, el tema se vuelve más complicado. ¿Quién puede definirse entonces como un combatiente? ¿Quién es un no combatiente y quién está protegido por los Convenios de Ginebra? La cuestión es difícil, y los expertos jurídicos aún no se han puesto de acuerdo al respecto, porque los Convenios de Ginebra se pensaron para enfrentamientos armados tradicionales. Fueron escritos en la época de las dos guerras mundiales, en la época de los grandes ejércitos permanentes. Sin embargo, los principios que contienen siguen siendo tan aplicables hoy como entonces. No hay ningún problema en cuanto a los principios, pero es cada vez más difícil aplicar las normas jurídicas detalladas en este mundo cada vez más privatizado.

La mayoría de las personas activas en ese ámbito son ex combatientes. En general, ¿dónde reclutan el personal los miembros de su asociación? ¿Utilizan técnicas específicas de reclutamiento?

Cada compañía adopta sus propias modalidades, pero hay algunos principios básicos. Una compañía británica tenderá a reclutar a ex soldados y combatientes británicos, porque conoce el tipo de entrenamiento que éstos han recibido. Es una cuestión de interoperabilidad: saben que esas personas podrán trabajar con sus colegas. Obviamente, debido a su larga tradición histórica, las compañías británicas también reclutarán gurkas. Aunque se haya entrenado en el ejército indio, un gurka tiene fuertes lazos culturales con el Reino Unido y tradiciones similares a la británica.

¿Los miembros de su asociación compiten con el ejército británico, pues pueden ofrecer mejores salarios que las fuerzas armadas y beneficiarse de su costoso entrenamiento como soldados de élite?

La industria de la seguridad privada por lo general necesita gente experimentada. De modo que no está en competencia con el ejército británico por lo que respecta al nivel básico de reclutas. La competencia puede darse en el caso de un soldado que haya estado en el ejército británico durante muchos años y que tenga la opción de permanecer en el ejército algunos años más o trabajar para una empresa de seguridad privada. Con el considerable aumento del trabajo en Irak, se previó que habría un gran problema si el ejército británico comenzaba a perder soldados rápidamente. En realidad, ha habido problemas sólo para algunas unidades. El relevo en las fuerzas armadas británicas es tal, que hay un ingreso constante de personas en el mercado de trabajo. Entonces, si se tiende hacia una expansión generalizada de las empresas de seguridad privadas, habrá un problema, pero por ahora no se ha llegado a ese punto.

Los miembros de su asociación reclutan soldados profesionales, pero otras compañías pueden no proceder de la misma manera y desplegar combatientes menos entrenados y disciplinados.

No creo que ése sea un problema para las empresas británicas. Puede serlo en algunos otros países, y por ello necesitamos contar con nueva legislación que regule la cuestión. Como dije, el mercado británico ha podido operar de manera exitosa. Podría ser que, en otros países, haya un exceso de tropas indisciplinadas que podrían desear hacer negocios como fuerzas ofensivas también.

Algunos países en desarrollo temen (aunque a menudo los utilizan) a los actores militares privados. Para la opinión pública, las actividades de éstos son equiparables a las de los mercenarios.

Circulan muchas ideas confusas. La gente parece creer que, de alguna manera, es inmoral que las empresas de seguridad privadas busquen tener

ganancias. Si pensamos en la ayuda humanitaria, que es el ámbito donde me he desempeñado, las compañías de transporte que llevan alimentos a todo el mundo, los aviones que distribuyen alimentos desde el aire en Somalia, en Sudán, donde sea, son entidades comerciales. Son compañías aéreas, tienen buques comerciales, camiones comerciales, por lo que buscan obtener ganancias. No entiendo por qué la gente de pronto se vuelve tan estricta en el plano moral acerca del hecho de que una compañía de seguridad privada necesite obtener ganancias. De eso se tratan los negocios. Luego, confunden esa actividad con el concepto de “mercenarios”. Pero, en realidad, no es así. La actividad de los mercenarios existió en el pasado y seguirá existiendo. La industria de la seguridad privada tiene que diferenciarse de los mercenarios. Todos sabemos lo que este concepto implica. Pensemos en Biafra y los golpes de Estado. Fueron situaciones muy malas, pero no hay conexión entre la actividad mercenaria y la actividad comercial.

Los especialistas en temas militares también sostienen que las empresas militares privadas realizarán cada vez más operaciones encubiertas.

Por ahora, ésta no es una cuestión que concierna a la industria privada del Reino Unido. La industria británica es puramente defensiva. Se trata de seguridad privada y es absolutamente transparente. Sin embargo, esto no quiere decir que no haya otros países, incluso occidentales, que podrían preferir que algunas actividades las realicen empresas militares privadas y no las fuerzas armadas. Pueden solicitar a las empresas militares privadas que realicen tareas que no desean efectuar con sus propias fuerzas por razones de confidencialidad o incluso de denegabilidad. Ése no es el caso del Reino Unido, pero ello no significa que no suceda o que no podría suceder.

Cada negocio es autónomo financieramente y busca sus propias oportunidades comerciales. ¿Hay un peligro de que las empresas militares privadas amplíen tanto el tipo como la duración de sus actividades, y de que incluso intenten prolongar la violencia para que el negocio continúe?

Para estar al resguardo de ese peligro, es necesario efectuar un control estricto de los contratos. La empresa de seguridad privada sólo operará si se le paga. De modo que tiene que haber un cliente, sea un gobierno o un cliente legítimamente reconocido, por ejemplo una empresa de ingeniería que pague los gastos. Por su propio beneficio, el cliente debe asegurarse de que la empresa de seguridad privada no extienda su contrato tan sólo para ganar más dinero. Lo mismo ocurre con todos los contratos, del tipo que sean, donde sea. Lo que se necesitan son controles adecuados de los contratos.

¿Esto hace que la guerra sea un “negocio”?

Sí, sin duda se puede hablar de oportunidades de negocios que surgen a partir de una falta de seguridad y por esa razón nosotros, la Asociación Británica de Empresas de Seguridad Privadas, deseamos contar con regulación internacional. Por ello, apoyamos las diferentes iniciativas tomadas por el Gobierno suizo, el CICR y las Naciones Unidas. La inseguridad es un negocio global, que está siendo guiado por los intereses de diferentes países. En el Reino Unido, podemos sentirnos seguros, ya que con nuestros métodos de autorregulación podemos garantizar que las personas sólo se comporten de cierta manera. Lo que hacemos en el Reino Unido no necesariamente tiene un efecto en lo que otros países están haciendo. En última instancia e idealmente, sólo la regulación internacional puede resolver la cuestión.

Es posible que, en Irak, los contratistas privados hayan interrogado a detenidos, en contravención del derecho humanitario o de los derechos humanos. ¿Qué actividades excluiría usted, por razones morales o jurídicas, del ámbito de las empresas de seguridad privadas?

Las actividades que nunca aceptaríamos, de ninguna manera, son las que necesariamente conllevan infracciones del derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional en general. Nosotros, como asociación de miembros, no tenemos derecho a interferir en la política interna de un país. Por ejemplo, entrenar a un grupo de las Fuerzas Especiales que podría llevar a un golpe militar en determinado país sería inaceptable. Todas las actividades deben ser legales en el país donde se realizan, independientemente de la capacidad de ese país de hacer respetar el derecho. En cierto sentido, las compañías tienen que imponerse a sí mismas un estándar más alto que el que pueda tener el país donde están operando.

Los Estados tienen el monopolio de la violencia en el sentido de que son los únicos autorizados a recurrir a la fuerza. ¿Las empresas de seguridad privadas representan una amenaza contra ese principio?

Los Estados siempre quieren ejercer ese control. No desean abandonar su monopolio de la violencia. Si los Estados privatizan el uso de la fuerza, en última instancia siguen teniendo en su poder los contratos y tendrían mecanismos de control adecuados. Es irrelevante si el Estado ejerce ese uso de la fuerza a través de sus propias fuerzas o a través de una empresa privada. Sigue teniendo el poder de ejercer esa fuerza; el Estado es el que decide en qué circunstancias puede utilizarse esa fuerza.

Se plantearía un problema si las empresas fueran capaces de utilizar la fuerza sin la autorización ni la guía del Estado. Y surgirían muchas dificultades. Si pensamos en los países occidentales, tienen funciones gubernamentales fuertes, mecanismos para equilibrar los poderes a través de la democracia y a través del sistema judicial para poder hacer frente a esa amenaza. Una sociedad asolada por

la guerra, aunque tenga un Gobierno legítimo que desee ejercer diversos controles, con frecuencia no tiene la capacidad de ejercerlos. Un ejemplo típico sería Irak, donde, en teoría, las fuerzas de la coalición devolvieron el control al pueblo iraquí el 30 de junio de 2004, pero el Estado iraquí aún es incapaz de ejercer ese grado de control. Entonces, las empresas de seguridad privadas pueden operar de una manera que no es necesariamente la que prefiere el Gobierno iraquí. No hay ningún tipo de problemas con un Gobierno que es lo suficientemente fuerte para cumplir sus funciones. Pero sí los hay con sociedades destruidas por la guerra o en situaciones de posconflicto, donde el Gobierno puede no tener la fuerza suficiente para ejercer sus funciones legítimas, por más que quisiera.

¿Las empresas de seguridad privadas podrían elaborar sus propias normas y volverse casi tan poderosas como los actores militares tradicionales?

Hay algunas empresas militares privadas estadounidenses que pueden estar preparadas para desempeñarse en esa área. Pero, en cuanto a las compañías de seguridad privadas británicas, la respuesta es que desean permanecer en el área de defensa. Ello implica que, en algunas circunstancias, no desearán actuar en absoluto. No pueden operar con eficiencia a menos que lo hagan en asociación con las fuerzas armadas británicas. Estas fuerzas proveen un servicio de ofensiva, y las empresas de seguridad privadas proveen el servicio de defensa. Pero no veo que haya una tendencia, por parte de las empresas británicas, hacia el área de las actividades ofensivas.

Sin embargo, esos actores pueden quedar atrapados en las hostilidades. En Irak, por ejemplo, las empresas de seguridad privadas irónicamente tenían que proteger a los militares.

La diferencia entre las operaciones ofensivas y defensivas es absolutamente clara cuando comienzan las hostilidades. Una operación defensiva no es lo mismo que una ofensiva. Sin embargo, cuando uno es atacado, tiene que defenderse, y en realidad la manera de defenderse significa, a veces, tomar la ofensiva. La realidad práctica sobre el terreno determina la actividad que se efectúa. Las empresas de seguridad privadas británicas, todas ellas, sólo desean participar en operaciones defensivas. Si se les da a elegir, preferirán alejarse de las hostilidades, alejar a sus clientes de las dificultades, no estar donde tienen lugar las operaciones de combate. Pero cuando se encuentran en medio de un ataque, no tienen más opción que defenderse, y el ejemplo de Irak, donde una empresa de seguridad privada estaba protegiendo al ejército ucraniano contra los ataques, es por cierto muy elocuente.

¿Las empresas privadas están extendiendo su capacidad militar hasta un punto tal que exceden lo que se había previsto inicialmente? ¿Están adquiriendo un arsenal de armas más grande sólo para fines de autoprotección?

Cualquier militar argumentaría que atacar es, con frecuencia, la mejor forma de defenderse. Las empresas de seguridad privadas no pueden darse ese lujo; son fuerzas de defensa, de modo que no libran guerras y no tienen la capacidad de hacerlo. Pero en función del grado de la amenaza, se puede necesitar armas más grandes y potentes para fines de defensa. Si miramos lo que sucedió en Irak, las empresas de seguridad privadas comenzaron operando con sus armas, sobre todo pistolas y AK-47. Sin embargo, el grado de la amenaza era tal, o es tal, que muchas de esas empresas tuvieron que empezar a utilizar armas de calibre 50. Dieron un paso más, un cambio en cuanto al tamaño de las armas que necesitaban utilizar, pero utilizan esas armas de manera puramente defensiva, no con fines de ataque.

Algunos países han adoptado legislación sobre empresas de seguridad o militares privadas. Otros no. El Reino Unido no tiene, por el momento, ninguna legislación específica, pero se comenzó a redactar un documento de trabajo, que fue interrumpido pero ahora se ha retomado. En general, ¿los Estados están adoptando regulaciones específicas para tratar con las empresas de seguridad privadas?

Hay una tendencia en ese sentido, y el ejemplo más reciente es la ley sudafricana aprobada hace unos meses. Y tiene razón, el Gobierno británico aún está considerando si va a legislar o no. El problema es que los países con la capacidad de legislar, como el Gobierno británico, estarían legislando acerca de acontecimientos que suceden fuera de sus fronteras. Lo cual es muy complicado en el plano jurídico. El uso de la fuerza en el Reino Unido está muy controlado. Nuestra policía, por ejemplo, no lleva armas la mayor parte del tiempo. De modo que tenemos un régimen muy fuerte que regula el uso de la seguridad privada en el Reino Unido. Sin embargo, las empresas de seguridad privadas operan en países del Tercer Mundo y la cuestión es: ¿cuán fácil es para un país reglamentar, en forma individual, a las compañías que operan principalmente en una jurisdicción extranjera? La naturaleza internacional de nuestras actividades permite a las empresas reubicar sus negocios en cualquier momento, evitar restringir sus operaciones y trabajar entonces bajo el régimen menos estricto.

Su asociación está promoviendo un enfoque más bien multifacético que incluye mecanismos de autorregulación.

Creemos que no hay soluciones mágicas. No existe una actividad que por sí sola proporcionaría el grado de control requerido. Estamos a favor de una serie de regulaciones y legislaciones voluntarias, tanto en el plano nacional como internacional. Creemos que sólo a través de una combinación de todos esos niveles se puede lograr el resultado buscado, es decir un equilibrio entre la prestación de servicios de seguridad y las preocupaciones legítimas de los afectados por la

prestación de esos servicios. La autorregulación es importante, dado que, a través de un código voluntario, es posible cambiar comportamientos que no pueden cambiarse de manera eficaz con una regulación obligatoria.

¿Esto significa que la regulación obligatoria es inadecuada o difícil de lograr?

Exactamente. Es muy difícil dotarse de una legislación británica que regule la actividad de una compañía con sede en otro país y que opera en un tercer país, con el argumento de que los directores de esa compañía son originarios del Reino Unido o de que su dirección se ejerce desde el Reino Unido. La autorregulación puede ser más eficaz aquí porque las empresas voluntariamente deciden autorregularse. La otra cuestión es qué hacer con los cowboys. Así los llamo yo. Hay un límite para lo que puede hacerse. Básicamente, podemos identificarlos y estigmatizarlos, y dejar en claro al mundo que eso es lo que son. Son delincuentes.

¿Es ése el objetivo de su asociación?

Es exactamente lo que estamos tratando de hacer. Siempre habrá gente dispuesta a infringir la ley. Ninguna norma erradicará por completo esa conducta, dado que, por definición, a esas personas no les interesan las leyes, son delincuentes que actúan fuera de la ley. Pero una autorregulación agresiva puede elevar los estándares de la industria.

¿Ustedes proponen una acción preventiva o represiva?

Promovemos ambas. Ya hemos dado un primer paso, al introducir transparencia en la industria. Creamos un punto de contacto donde las personas pueden reunirse y decir que desean denunciar ciertos abusos. Una parte es la transparencia y dar a los observadores de la industria un lugar donde puedan quejarse. El segundo paso es la idea de formar nosotros mismos un espacio de evaluación, donde podamos seguir de cerca a la industria, incluidos controles *in situ*.

¿Eso sería aceptado por las empresas?

Las empresas están absolutamente dispuestas a aceptarlo.

¿Ello se debe a que desean proyectar una buena imagen?

Por definición, las empresas malas no desean sumarse a nuestra asociación, y las empresas buenas que sí lo desean quieren mejorar su imagen. En este momento, la cuestión más importante es la financiación. Si las empresas financiaran los mecanismos de control, y están preparadas para hacerlo, nadie confiaría en ellos. La gente diría: “¿Cómo puede ser independiente el mecanismo de verificación si es financiado por las propias empresas?. Sin duda, están arreglados”. El problema es encontrar maneras para financiar la actividad, sea a través de los Gobiernos o de mecanismos internacionales, para no depender de las empresas mismas.

La reorganización mundial de la violencia legítima: las empresas militares y la cara privada del derecho internacional humanitario

James Cockayne

James Cockayne es profesor adjunto en la Academia Internacional de la Paz en Nueva York, y miembro superior del Comité de Redacción del *Journal of International Criminal Justice*

Resumen

Aunque las empresas militares se mantuvieron por largo tiempo fuera del escrutinio público del derecho internacional humanitario, han desempeñado un papel clave en la organización mundial de la violencia legítima. El autor, en su examen de la evolución histórica del papel y del estatuto jurídico de las empresas militares, echa luz sobre el actual resurgimiento de la violencia organizada por particulares bajo la forma de empresas militares privadas, así como sus repercusiones generales en el derecho internacional humanitario.

.....

Introducción

Nada hay de atemporal ni de natural en la forma en que se organiza la violencia en el mundo de hoy. Sin embargo, el sistema de Estados territoriales públicos, reconocido y constituido por el derecho internacional, es tan básico en nuestra experiencia de vida, que muy difícilmente cabe imaginar otro modo de

organizar la violencia. Igualmente, el derecho que conocemos, un derecho de los Estados, interno en los Estados y entre Estados, es tan básico para nuestra forma de “imaginar lo real”, que apenas podríamos concebir el derecho sin la existencia de los Estados¹. Pero la organización global de la violencia legítima parece estar cambiando. Los actores privados, que operan a través de redes mundiales, con fines de lucro o de poder, ahora compiten con los Estados en su capacidad de movilizar y proyectar la violencia a nivel mundial. En algunos casos, esos actores pueden revestirse de aspectos de legitimidad y hacer que su violencia privadamente organizada compita con el derecho o hasta se asemeje a éste.

Tradicionalmente, el derecho internacional humanitario se ha concebido como un sistema que regula la violencia entre los Estados y/o los grupos armados organizados que comparten muchas de las características territoriales, administrativas y “públicas” de los Estados. Entonces, ¿cómo afrontará el derecho internacional humanitario esta nueva cara, la cara privada, de la violencia organizada?

En el presente ensayo, planteo que una forma de responder a esta pregunta es reconsiderar el carácter novedoso de esta “cara privada” de la violencia organizada. En mi opinión, aunque las empresas privadas se mantuvieron por largo tiempo fuera del escrutinio público del derecho internacional humanitario, han desempeñado un papel clave en la organización de la violencia legítima. Aunque la violencia organizada en el ámbito privado ha adoptado muchas formas, en este ensayo me concentro en las empresas militares, los organizadores comerciales de violencia de envergadura militar. Al trazar, a grandes rasgos, la historia del cambiante papel de las empresas militares, espero echar luz sobre el actual “resurgimiento” de la violencia organizada por particulares en la forma de empresas militares privadas, así como sus repercusiones generales en el derecho internacional humanitario.

En la primera sección del artículo, repaso brevemente la función de los empresarios militares en la elaboración de un sistema paneuropeo donde la violencia se organizaba en ámbitos públicos y privados. A continuación, esbozo el papel de los empresarios militares en la exportación de este sistema de organización a través del colonialismo, antes de considerar la cara oculta, privada, de la violencia organizada que se refleja en el espejo provisto por el *jus in bello*. Señalo que ciertas modificaciones en el *jus in bello* pueden reflejar cambios, en su mayor parte encubiertos, en la relación entre los ámbitos públicos y privados de la sociedad internacional.

Al develar el papel de los empresarios militares en la organización global de la violencia legítima, también se echa luz sobre la forma en que los cimientos conceptuales del derecho internacional humanitario se orientan hacia los grupos organizados conforme a lineamientos territoriales y jerárquicos. En la tercera sección expongo, sucintamente, los retos que debe resolver el

1 La frase es de Clifford Geertz, en *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, Basic Books, Nueva York, 1983, p. 187.

sistema contemporáneo del derecho internacional humanitario, respecto del resurgimiento de una violencia legítima sin territorialidad ni organización jerárquica, y por ende, privada y global a la vez. Describo esta situación como el desafío de modificar el derecho internacional humanitario, a fin de adaptarlo a un entendimiento nuevo y más complejo de la relación entre la autoridad privada y la autoridad pública, no sólo en la organización de la violencia, sino también en el derecho. Postulo que, mientras en el pasado, lo “privado” era ajeno al escrutinio internacional, en el futuro quizá sea lo “público” lo que se difumine en la práctica internacional, a medida que proliferan y compiten las autoridades privadas, que lo “público” se disuelve en lo “privado”, y que caen bajo control privado extensiones de territorio en las que los actores humanitarios no pueden entrar en forma eficaz o segura. Pero también señalo que es posible evitar esa “pérdida de lo público” trasladando a la sociedad civil y a las empresas los procedimientos que reglamentan la provisión responsable de bienes públicos, actualmente aplicados sólo por el Estado. Es fundamental que los empresarios privados se reincorporen en los procedimientos relativos al suministro de bienes públicos, a fin de garantizar que la reorganización de la violencia legítima no descienda al nivel de una guerra perpetua, una competencia continua y violenta por las ganancias, la legitimidad y el dominio mundiales.

Cabe una advertencia: el presente ensayo tiene un carácter intencionalmente impresionista: ofrezco un esbozo, una obra de pensamiento sintética en la que, deliberadamente, procuro retratar, con pinceladas gruesas, acontecimientos de larga duración. Al igual que una obra impresionista, es posible que en mi esbozo falten algunos detalles, y que ciertos aspectos se mencionen someramente o que incluso no se describan. Al igual que en una obra impresionista, mi propósito es proporcionar un sentido del conjunto que, aunque no siempre sea defendible, sí sea plausible, en lugar de constituir un inventario meticuloso de las partes individuales. Éste es un ejercicio que supone un riesgo inherente, sobre todo en una publicación profesional, y es posible que dé lugar a considerables críticas, o incluso las merezca. Sin embargo, considero que este experimento del pensamiento es intrínsecamente valioso, no tanto porque contenga revelaciones inesperadas de nuevos detalles históricos o por lo que añada a la bibliografía científica, sino como un intento por reconsiderar críticamente los paradigmas conceptuales dominantes (del derecho, del humanitarismo y de la sociedad internacional) en su totalidad. Sólo dando, de vez en cuando, un paso atrás, incluso poniéndose a una distancia desde la que no sea posible distinguir detalles importantes, podremos comenzar a reconocer tendencias más profundas en los detalles que normalmente nos rodean, y encontrar formas de “volver a imaginar lo real”.

Los empresarios militares y el sistema del Estado

Los empresarios militares plantean grandes desafíos a la forma en que entendemos y concebimos el “derecho”. Condicionados por nuestra socialización en el sistema de Estado, para nosotros (es decir, los nacidos, residentes y educados en países industrializados o quienes absorbieron de otro modo su cultura, es decir, los que probablemente formen la mayoría de los lectores de esta *Revista*), aceptar sistemas de violencia y de legitimidad organizados fuera del Estado puede exigir un gran esfuerzo mental. Los empresarios militares representan un desafío particular en cuanto a la concepción del “derecho” porque, al igual que los bandidos y los salteadores de caminos que inquietaron a los positivistas del derecho, desde Aquino hasta H. L. A. Hart y Hans Kelsen, podrían —al menos en teoría— imponer un monopolio de la violencia que pugne con el del Estado e incluso lo suplante, pero que parece carecer de su legitimidad. Aunque los edictos de un monopolista no estatal de la violencia susciten eficazmente la obediencia de sus súbditos, ¿tienen carácter de ley? Además, los empresarios militares plantean un problema estratégico y práctico en lo que a defender “la ley” se refiere, porque, cuando la autoridad del Estado es débil, esa semejanza teórica puede traducirse rápidamente en usurpación práctica. Así sucedió cuando Maquiavelo advirtió a su Príncipe sobre los peligros de la traición o incluso de la usurpación por parte de los *condottieri* en la temprana Italia moderna², y hoy sigue siendo así en muchas partes del mundo en las que la autoridad del Estado depende de la protección que le otorguen las empresas militares privadas, los señores de la guerra y las redes criminales predatoras, y de la protección que tenga contra dichas entidades.

La distinción entre los empresarios militares y los Estados soberanos puede entenderse, en parte, como una distinción entre la índole privada y comercial de la violencia que organizan los empresarios militares, y la índole pública de la fuerza coercitiva del Estado. La legitimidad pública (tanto local como sistémica) es lo que transforma el control privado de un territorio determinado en soberanía de Estado³. El lindero que separa la influencia privada de la autoridad pública es delgado y esquivo, y ha corrido mucha tinta en los intentos por definirla. Pero, si nos concentramos en el límite conceptual que separa lo público de lo privado, corremos el riesgo de perder de vista el vínculo entre esos ámbitos y, en particular, la forma en que la actividad social privada genera y sostiene al Estado público. Esta inadvertencia está institucionalizada en forma particularmente profunda en el ámbito del derecho internacional, con su rígida distinción entre lo internacional (el ámbito público entre soberanos) y lo nacional (el ámbito privado del soberano), lo político (público) y lo comercial, religioso y familiar (privado). Esta bifurcación conceptual se duplica en la reglamentación

2 Nicolás Maquiavelo, *The Chief Works and Others*, traducción al inglés de Allan H. Gilbert, Duke University Press, Durham, N.C., 1965, cap. XII.

3 Cf. Max Weber, “Politik als Beruf”, reeditado en H. H. Gerth y C. Wright Mills (eds.), *From Max Weber: Essays in Sociology*, Oxford University Press, Nueva York, 1958, p. 78.

internacional de la violencia, mediante las distinciones entre el comercio y la guerra y entre los conflictos armados no internacionales e internacionales. Como consecuencia, en nuestros análisis de la organización de la violencia, es fácil perder de vista la forma en que la violencia organizada privadamente ha ayudado a producir y apoyar la organización de la violencia legítima basada en “lo público”, constituida por el sistema del Estado. Tanto se han disimulado las conexiones profundas entre la organización social y las instituciones públicas que ahora, cuando nos enfrentamos con un fenómeno —las empresas militares privadas— que parece estar a caballo entre lo público y lo privado, lo militar y lo comercial, luchamos por encontrarle un lugar dentro de nuestros mapas conceptuales y prácticas institucionales, en lugar de pensar que debe caer en algún “vacío”⁴.

En esta sección, intentaré comenzar a corregir esta inadvertencia develando algunas de esas conexiones ocultas. Empezaré por un examen del papel de las empresas militares en el nacimiento del Estado público en la temprana Europa moderna, y seguidamente, analizaré el papel de los empresarios militares en la exportación de este sistema institucional y reglamentario a todo el mundo.

Los empresarios militares como catalizadores de la nueva distinción entre lo público y lo privado

En los primeros tiempos de la Europa moderna, los organizadores de la violencia comerciales privados desempeñaron un papel fundamental en la generación de la soberanía y la legalización del Estado. La violencia comercialmente organizada facilitó, de muchas formas, el nacimiento del derecho organizado públicamente, actuando como un catalizador que facilitó la precipitación de las instituciones públicas en la mezcla privada de relaciones religiosas, familiares y otras conexiones sociales, así como el surgimiento de una organización constitucional a nivel continental, en la cual la influencia privada y la autoridad pública alcanzaron una situación de equilibrio.

Una explicación histórica de la aparición del Estado describe la centralización del poder económico en manos de unos pocos señores feudales, transformando el derecho relacional y basado en la tierra que tenían sobre el trabajo de sus feudatarios y vasallos (ya sea para la guerra o la industria productiva), en relaciones de empleo contractuales basadas en una economía monetizada, sostenida por la propiedad privada de aplicación universal y por la fuerza de trabajo móvil remunerada con salarios⁵. Mientras surgía este pacto “moderno”, los derechos a organizar y reglamentar la violencia se fueron entregando, en forma creciente, a las autoridades centrales. En la mayoría de los lugares, éstas eran Estados territoriales, pero en otros,

4 V., p.ej., Peter W. Singer, “War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law”, *Columbia Journal of Trans-national Law* (primavera de 2004).

5 V. Michael Mann, *The Sources of Social Power: Volume 1, A History of Power from the Beginning to 1760 A.D.*, Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York, 1986, pp. 410–11; Karl Marx, *Capital*, New World Paperbacks, Londres, 1972, vol. III, pp. 860–1; M. Dobb, “A reply. From feudalism to capitalism”, en R. Hilton (ed.), *The transition from Feudalism to Capitalism*, New Left Books, Londres, 1976, pp. 57–97.

tomaban la forma de asociaciones de mercaderes y de gente de ciudad que eran capaces de hacer valer estos pactos y garantizar los derechos de propiedad⁶. A su vez, los nobles, la nueva clase de los mercaderes y otros estratos sociales más bajos recibieron mayor libertad comercial, religiosa y personal. La sociedad evolucionó de un sistema heterónimo de categorías sociales y sistemas de autoridad superpuestos entre sí, a dos ámbitos cada vez más diferenciados: por un lado, el comercial, familiar (y, hasta cierto punto, religioso) y “privado”, y por el otro, el político y “público”. El ámbito público estaba expuesto al escrutinio del Estado —y también de los otros Estados— en tanto que el privado se ocultaba cada vez más de esa mirada.

Esta precipitación del ámbito público no se produjo de una sola vez. De hecho, los empresarios militares privados desempeñaron un papel clave como catalizadores del proceso, porque facilitaron la centralización de la autoridad política y jurídica que formaba la base de las nacientes tecnologías y sistemas jurídicos necesarios para sustentar las nuevas formas del comercio. Todos los actores sociales en la sociedad europea premoderna (señores, vasallos, siervos, feudatarios, mercaderes, nuevos burgueses y gentes de ciudad) existían en las redes sociales translocales. Esas redes sociales y grupos de clases tomaron varias formas: relaciones tributarias personales, asociaciones y redes comerciales, y la jerarquía espiritual continental de la Iglesia católica romana. Pero, durante los siglos XII y XIII, dos importantes procesos de reforma jurídica pusieron en marcha una lenta transformación de este sistema plural de gobierno, de autoridad y de influencia, y dieron pie a que los señores feudales ricos en tierras comenzaran a colaborar con los mercaderes y los empresarios militares, con el objetivo de consolidar su poder.

Intereses comerciales

En primer lugar, los intereses comerciales, sobre todo en los centros de comercio italianos, pero gradualmente en toda Europa, promovieron la restauración y la adaptación del derecho romano. Este aspecto facilitó enormemente el comercio translocal a través de la normalización de las relaciones contractuales, las sentencias y los recursos, lo que simplificó la convertibilidad de la propiedad privada en toda Europa⁷. El derecho romano, basado en textos, permitió que el comercio de nivel continental superase el carácter oral de muchas tradiciones autóctonas, facilitando la transmisión del valor económico por el espacio con independencia de las relaciones de confianza y de grupos de clase. El advenimiento del papel —mucho más económico que el pergamino— y más tarde, de la imprenta, fortaleció más aún la desaparición del carácter territorial del derecho, lo que aceleró la comunicación de las decisiones judiciales y los códigos jurídicos, así como el desarrollo de la supervisión administrativa descentralizada, a través de informes escritos presentados

6 Mann, nota 5 *supra*, pp. 420–1; Anthony Giddens, *The Nation-State and Violence. Volume Two of A Contemporary Critique of Historical Materialism*, Polity Press, Cambridge, 1985, p. 100.

7 Perry Anderson, *Lineages of the Absolutist State*, Humanities Press, Atlantic Highlands, Nueva Jersey, 1974, pp. 24–9; P. Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, Clarendon, Oxford, 1929.

a superiores que residían en otros lugares⁸. A medida que se fue “recuperando” el derecho romano, simultáneamente se adaptó y se combinó con formas jurídicas locales; el nacimiento de las redes comerciales transcontinentales hasta fomentó la fertilización cruzada con los sistemas jurídicos utilizados fuera de Europa, en particular con el derecho árabe⁹. De este modo, las comunidades locales se fueron conectando lentamente a una red jurídica en expansión, lo que trajo consigo la profundización del mercado continental.

Este sistema segregó del comercio las cuestiones políticas y militares, que, en el sistema feudal, estaban inherentemente interconectadas a través de relaciones de lealtad. La expansión de esas técnicas jurídicas redujo los riesgos comerciales y los costos de las transacciones, permitiendo el acceso de los empresarios a mayores fondos de financiación y a otros insumos de la producción, como las nuevas fuerzas de trabajo asalariadas. De esta forma, el resurgimiento del derecho romano en toda Europa facilitó el surgimiento de los capitales móviles y de otros insumos de la producción, fomentó el desarrollo de las redes comerciales continentales, redujo el tiempo de movilización de las finanzas, la mano de obra y el material militar —y por ende, de la violencia organizada— y extendió el territorio sobre el cual los nobles, las ciudades y los grupos empresarios podían proyectar su poderío militar con eficacia.

Prácticas jurídicas y administrativas

Al mismo tiempo, las autoridades políticas seculares adoptaban lentamente las prácticas institucionales jurídicas y administrativas racionalizadas, inicialmente desarrolladas en la Iglesia a través de las reformas gregorianas¹⁰. Este factor en particular transformó su capacidad de imponer tributos a las poblaciones, permitiéndoles desarrollar la infraestructura que deseaban los mercaderes de las ciudades: la vigilancia del tráfico y de las fronteras, sistemas de acuñación y de medición confiables y la aplicación de la ley en las transacciones de mercado¹¹. La función de la ciudad-estado en el cumplimiento de las leyes sobre la propiedad privada y en la creación de infraestructuras judiciales y otras formas de organizaciones administrativas pasó a ser fundamental para la naciente economía capitalista¹². Las ciudades dotadas de administración central se aliaron con los capitales emergentes para reglamentar la violencia, separando lo público de lo privado y lo político de lo económico. En esta escisión entre el valor

8 M. H. Mills and C. H. Jenkinson, “Rolls from a sheriff’s office of the fourteenth century”, *English Historical Review* (1928), p. 43; Giddens, nota 6 *supra*, p. 179.

9 Giddens, nota 6 *supra*, pp. 99–100, 150.

10 Harold Berman, *Law and Revolution in the Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1983, p. 276; Wolfram Fischer y Peter Lundgren, “The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel”, en Charles Tilly (ed.), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1975, pp. 456–561, 471, 475–80.

11 Gianfranco Poggi, *The Development of the Modern State: A Sociological Introduction*, Stanford University Press, Stanford, 1978, p. 42.

12 Mann, nota 5 *supra*, pp. 422–3, 431–2.

económico y la lealtad política hubo ganadores y perdedores, ya que produjo un profundo cambio epistemológico¹³. Los cimientos sociales de la legitimidad y sus manifestaciones en la superestructura del derecho sufrieron una reorientación radical; incluso cambiaron los mismos conceptos de “prueba” y “verdad”¹⁴: la prueba basada en la fe, demostrada por medio de combates, fue superada por mecanismos racionalistas como la evidencia escrita y los testimonios orales¹⁵. El Estado humano, inmanente y racional empezó a reemplazar a la divinidad trascendente y a la lealtad social como fuente de autoridad normativa y de gobierno. Estos profundos cambios sociales no ocurrieron sin resistencia; por el contrario, provocaron numerosas rebeliones populares¹⁶.

Empresarios militares

Simultáneamente, estos cambios ofrecieron a los empresarios militares la oportunidad de utilizar el naciente sistema comercial europeo para desarrollar la capacidad militar de contrata y ponerla a disposición de las ciudades, de los nobles y de otros clientes en todo el continente. Esa capacidad militar les permitía realizar adquisiciones hostiles o pacificar los territorios que rodeaban a las ciudades. Básicamente, éste fue el origen de los *Landsknechte* alemanes, los *Reisläufer* suizos, los *condottieri* italianos y los mercenarios ingleses, aunque las estructuras de cooperación entre las autoridades públicas y los empresarios militares diferían ligeramente de un caso a otro, ya que dependían, en parte, del poder de negociación entre los que controlaban el capital y los que controlaban la coerción¹⁷. El poder de negociación de los empresarios militares era más débil en los que Charles Tilly identifica como Estados “con uso intensivo de coerción”, como Brandenburgo y Rusia, que dependían en gran medida de la extracción directa y coercitiva de fondos de la sociedad civil; era moderado en los Estados que Tilly describe como de “coerción capitalizada intermedia”, como Inglaterra y Francia, donde los Estados procuraban integrar a los capitalistas privados en las estructuras estatales, pero no podían adoptar una modalidad flagrantemente coercitiva; y tenía su máxima expresión en los Estados con “uso intensivo de capital”, como Italia y los Países Bajos, donde los Estados se asociaban con los financistas privados¹⁸. Algunos Estados se tornaron cada vez más dependientes

13 Georges Duby, *The Early Growth of the European Economy: Warriors and Peasants from the Seventh to the Twelfth Centuries*, traducción de Howard Clarke, Cornell University Press, Ithaca, 1978, p. 261; Henri Pirenne, *Medieval Cities: Their Origins and the Revival of Trade*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1952, p. 118.

14 Hendrik Spruyt, *The Sovereign State and its Competitors*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1994, p. 103.

15 Para una perspectiva diferente sobre la relación entre el juicio por tribunal y por combate, v. Evgeny Pashukanis, *Law and Marxism: A General Theory*, traducción al inglés de B. Einhorn, introducción y edición de C. Arthur, Ink Links, Londres, 1978, p. 118.

16 V. Charles Tilly, *Capital, Coercion and European States, AD 990–1990*, Blackwell Publishers, Malden, Massachusetts, 1990, pp. 100–2.

17 Tilly, nota 16 *supra*.

18 *Ibid.*, p. 30.

de la tributación de los fuertes grupos capitalistas, los que, a su vez, se interesaron en la demanda generada por las actividades bélicas del Estado¹⁹, produciendo lo que un escritor denominó un “complejo militar—comercial” (refiriéndose, intencionalmente, a la advertencia que el Presidente Eisenhower lanzó al finalizar su mandato en 1961, sobre los peligros del surgimiento de un complejo militar—industrial en los Estados Unidos de América)²⁰. De hecho, a lo largo del corredor comercial del río Rin, el poder de negociación de las clases mercantiles fue quizás tan fuerte, que los Estados centralizados *no pudieron* desarrollarse hasta que comenzaron las intrusiones de los Estados territoriales formados fuera de ese corredor comercial, en las vecinas Francia y Prusia²¹. Resulta evidente establecer un paralelo con los corredores contemporáneos, como el interior de África occidental y la República Democrática del Congo, en el este, donde los Estados responsables son débiles y los empresarios militares muchos y poderosos.

Fortalecimiento del monopolio estatal sobre la violencia

Sin embargo, el elemento común a las diferentes formas de desarrollo del Estado en la temprana Europa moderna era que, básicamente, todo respondía a una competencia subyacente entre los Estados y los empresarios militares para generar “negocios de protección” con los mercaderes y los nuevos capitalistas, aunque, en algunos casos, los Estados y los empresarios militares formaban alianzas estratégicas que disimularon esa competencia²². Los Estados estaban dispuestos a aceptar a los mercenarios porque éstos representaban una forma económica de defender el monopolio de los Estados sobre la violencia contra otros Estados y contra rivales internos, como lo hacen actualmente las empresas militares privadas para los Estados débiles. Al mismo tiempo, el negocio de los mercenarios reforzó los monopolios de los Estados en diversas formas: la necesidad de reunir fondos para pagar a los mercenarios obligó a los Estados a encontrar los modos de aumentar la tributación y penetrar en sus propias sociedades. Con el tiempo, esto mejoró las posiciones de los Estados en sus respectivos arreglos constitucionales con sus rivales internos “privados”. La prueba más famosa de esta dinámica es el acuerdo contenido en la cláusula 50 de la Carta Magna, por el

19 Mann, nota 5 *supra*, pp. 431–2.

20 Samuel E. Finer, “State- and Nation-Building in Europe: The Role of the Military” en Tilly, nota 16 *supra*, p. 115. V. Discurso de despedida del presidente Dwight D. Eisenhower, 17 de enero de 1961; último discurso por televisión, 17 de enero de 1961 (1), caja 38, Series de discursos, documentos de Dwight D. Eisenhower como Presidente, 1953–61, Biblioteca Eisenhower; Administración de Archivos y Registros Nacionales.

21 V. Stein Rokkan, “Dimensions of State Formation and Nation-Building: A Possible Paradigm for Research on Variations within Europe”, en Tilly, nota 16 *supra*, pp. 562–600.

22 El término es de Spruyt, nota 14 *supra*, pp. 84–6; v. también Michael Mann, “The Autonomous Power of the State: its Origins, Mechanisms and Result”, en Michael Mann, *States, War and Capitalism: Studies in Political Sociology*, Basil Blackwell, Oxford y Nueva York, 1988, p. 27. Para un análisis de las transacciones relacionadas con la protección en la formación de los Estados contemporáneos, v. Vadim Volkov, *Violent Entrepreneurs: The Use of Force in the Making of Russian Capitalism*, Cornell University Press, Ithaca, 2002.

cual la Corona acordaba dejar de utilizar mercenarios contra los nobles ingleses, y a cambio, éstos reconocían la autoridad central del Estado y su derecho a garantizar la protección colectiva contra las amenazas externas²³.

Sin embargo, los mercenarios representaban para los Estados un riesgo constante, sobre todo cuando abrigaban ambiciones territoriales propias. Algunos Estados pequeños evitaban ese riesgo prestándose a actuar como bases de la actividad mercenaria y como fuente de mano de obra mercenaria, corporizando, en los hechos, al Estado. Pero, con el tiempo, el fenómeno de los mercenarios fue disminuyendo gradualmente, por la combinación de dos tipos de presiones: la ejercida por los Estados, cuando procuraron impedir, de modo más sistemático, que los grupos mercenarios rivalizaran con su propio poder, y el advenimiento de las armas de fuego y del adiestramiento militar disciplinado. Este segundo factor favoreció a las fuerzas armadas de carácter territorial más que a los mercenarios itinerantes, debido a la capacidad de las fuerzas territoriales de conseguir fondos destinados a la construcción de instalaciones defensivas y al adiestramiento en tiempo de paz, y a su posesión de tierras en las que inmovilizar (literalmente) esos costos²⁴. Las estructuras de costos de la actividad bélica fueron favoreciendo cada vez más a los Estados en detrimento de los empresarios privados, permitiéndoles atraer a los mejores profesionales. De este modo, como señaló Hintze, “los coroneles dejaron de ser empresarios militares privados para convertirse en funcionarios públicos”²⁵.

Un factor igualmente importante fue, quizá, el incipiente control de los soberanos sobre un territorio fijo y el desarrollo de una maquinaria administrativa jerárquica que les permitía ofrecer una variedad de infraestructuras públicas a los clientes comerciales, cosa que estaba fuera del alcance de los empresarios militares²⁶. Esas infraestructuras se institucionalizaron como el Estado y su sistema de gobierno público: el derecho. Como señala Michel Foucault:

El derecho no era, meramente, un arma hábilmente utilizada por los monarcas, sino el modo de manifestación del sistema monárquico y la forma de su aceptabilidad. En las sociedades occidentales, a partir de la Edad Media, el ejercicio del poder siempre se formuló en relación con el derecho... Ésta era una monarquía jurídica²⁷.

Así pues, los conceptos y las prácticas del derecho se entrelazaron inevitablemente con el concepto de lo público, como lo entendió el gran teórico marxista del derecho, Evgeny Pashukanis:

23 Mann, nota 5 *supra*, p. 431.

24 Tilly, nota 16 *supra*, pp. 83–4; Herfried Münkler, “Las guerras del siglo XXI”, *Selección de artículos 2003 de International Review of the Red Cross*. Puede consultarse también en www.cicr.org/spa.

25 Otto Hintze, en F. Gilbert (ed.), *The Historical Essays of Otto Hintze*, Oxford University Press, Nueva York, 1975, p. 200.

26 Cf. Giddens, nota 6 *supra*, pp. 151–2.

27 Michel Foucault, *History of Sexuality Volume 1: An Introduction*, ed. Robert Hurley, Penguin,

Gracias a su nuevo papel como garante de la paz indispensable para la transacción de intercambio, la autoridad feudal tomó un cariz que hasta entonces le había sido ajeno: se hizo pública²⁸.

Los empresarios militares y la exportación mundial de la distinción público/privado

Los proveedores de seguridad comerciales no sólo tuvieron un papel clave en la difusión de la distinción entre el ámbito público y el privado en toda Europa, sino también en su exportación a todo el mundo. Aunque el mercenarismo retrocedió en Europa a medida que los Estados consolidaron sus monopolios territoriales sobre la violencia legítima, los empresarios militares desempeñaron una función importante en el colonialismo, en la proyección extraeuropea del poder del Estado, y en la competencia entre los poseedores de ese poder.

La aparición del derecho mercantil transnacional

El surgimiento del Estado de derecho creó una separación entre un ordenamiento de derecho público, por el cual reglamentaba la vida política mediante el monopolio de la violencia legítima, y el derecho privado, utilizado por el Estado para proteger los órdenes comercial, familiar y religioso, ejerciendo, en esas esferas, tan sólo una autoridad normativa limitada. El derecho privado que ordenaba los asuntos internos y comerciales dependía del Estado en cuanto a las técnicas y prácticas administrativas que le daban vida, incluidas la obligatoriedad de los derechos de propiedad y de los contratos, y la creación de espacios protegidos para la libre práctica de la religión y el ejercicio de la autoridad familiar. Los Estados pudieron proporcionar esa infraestructura jurídica pública en parte por su alianza con una clase mercantil transnacional, y en parte porque, en realidad, la protección de las actividades comerciales europeas no incumbía a ningún Estado en particular, sino que era una actividad compartida entre todos ellos. El resultado fue el surgimiento del derecho comercial transnacional:

El surgimiento histórico del Estado soberano es, por lo tanto, uno de los aspectos de una profunda reorganización de las formas del poder social. El cambio que ese factor introduce en la forma y el contenido de la sociedad internacional es igualmente extraordinario. Porque, en esta nueva organización, las relaciones de ciudadanía y jurisdicción definen las fronteras de los Estados, pero, por otro lado, los aspectos de la vida social que entrañan relaciones de intercambio, en principio dejan de ser objeto de una definición política (aunque, el Estado, en diversas formas, las sigue supervisando) y por ende, pueden cruzar esas fronteras²⁹.

28 Pashukanis, nota 15 *supra*, p. 136. Cf. Spruyt, nota 14 *supra*, p. 165. (Traducción del CICR)

29 Justin Rosenberg, *The Empire of Civil Society: A Critique of the Realist Theory of International Relations*, Verso, Londres, 1994, p. 129.

Aquí se observan los primeros esbozos de la división, hoy tan axiomática, del “derecho internacional” en dos ramas: el derecho internacional público, que trata de las relaciones entre entidades públicas, y el derecho internacional privado, que se ocupa de las relaciones de intercambio transnacionales. Sin embargo, esto no significaba que las relaciones comerciales privadas y el derecho internacional privado no se relacionaran con el Estado:

Los elementos transnacionales de la economía medieval temprana habían dependido de la reglamentación normativa cristiana. A medida que la economía se fue extendiendo, aumentó su dependencia de la alianza con el Estado³⁰.

Para la época del descubrimiento de América, los principales Estados europeos del Atlántico habían desarrollado una maquinaria administrativa suficiente como para desempeñar el papel que Michael Mann definió como “licenciadores monopolísticos del comercio internacional”³¹. Según explica Mann, el resultado fue que el “comercio internacional no redujo, necesariamente, la primacía económica de los Estados nacionales”³². Por el contrario, el descubrimiento del Nuevo Mundo y la apertura de las rutas marítimas a Asia no hizo más que acentuar la dependencia de los capitalistas privados con respecto a los Estados, porque necesitaban acceder a la violencia organizada en gran escala y a las tecnologías militares controladas por el Estado, así como al marco reglamentario compartido que ofrecía el derecho internacional, a fin de reducir los riesgos comerciales que representaban las expediciones comerciales al extranjero:

El comercio también dependía de la reglamentación del Estado. La expansión a otros continentes reforzó el vínculo entre las empresas capitalistas y el Estado. No existía la reglamentación previa de las relaciones internacionales entre las potencias europeas, ni entre ellas y otras potencias... La expansión fuera de los confines de Europa acentuó el acercamiento entre el comercio y la guerra, los mercaderes y el brazo militar del Estado³³.

Formación del derecho público internacional

Así pues, aunque en la teoría, el imperialismo se describía y justificaba como un asunto de Estado y como una cuestión política y militar, era financiado y organizado con capitales privados, bajo licencias y contratos otorgados por el Estado y bajo formas tales como las Compañías de las Indias Orientales de Holanda y Gran Bretaña. Janice Thomson, en su excepcional libro *Mercenaries, Pirates and*

30 Mann, nota 5 *supra*, p. 473.

31 *Ibíd.*, p. 472.

32 *Ibíd.*

33 *Ibíd.*, p. 473.

*Sovereigns*³⁴, ofrece una gráfica descripción de las diversas formas adoptadas por esa alianza. Thomson describe cómo los Estados toleraron y contrataron a los mercenarios y a otros empresarios militares, utilizándolos para consolidar, proteger y proyectar sus propios monopolios sobre la violencia legítima. A su vez, esos empresarios militares siguieron desempeñando un papel importante en el desarrollo del sistema jurídico internacional, pero a escondidas de las teorías formales, ya que los debates se enmarcaban en el interés nacional y las razones de Estado. Los intereses comerciales tuvieron un papel importante en la formación del derecho público internacional. El caso más famoso es el de Hugo Grocio, a quien la Dutch East India Company encargó promover las normas jurídicas entre Estados —la libertad de los mares— que beneficiaban a los mercaderes holandeses y los intereses estratégicos del Estado holandés, el cual, de este modo, podía desafiar el monopolio sobre el comercio asiático que reclamaban para sí los portugueses³⁵. En un caso menos conocido, la corona inglesa eliminó los privilegios comerciales de la Liga Hanseática, una alianza comercial y política territorialmente dispersa, formada por ciudades mercantiles del norte de Europa, porque la Liga no lograba que sus miembros cumplieran sus obligaciones internacionales. Esto generaba grandes costos a la asociación de comerciantes ingleses *English Merchant Adventurers* y, según afirmaba ésta, reducía los ingresos fiscales de Inglaterra. Bajo la presión de sus propios grupos de influencia comerciales nacionales, otros Estados se apresuraron a imitar a dicha asociación. Los Estados comenzaron a eludir a la Liga y a tratar directamente con sus miembros. En ocasión de las negociaciones de Osnabrück y Münster, que finalmente desembocaron en la Paz de Westfalia, los Estados europeos negaron que la Liga Hanseática tuviera el estatuto jurídico apropiado para hallarse representada en las conferencias. Veinte años después, la Liga se disolvió³⁶.

Estas anécdotas son importantes porque no sólo revelan la influencia subterránea de los intereses comerciales en la formación de los aspectos básicos del derecho público internacional (como la personería jurídica internacional, en el caso de la Liga Hanseática, o la libertad de los mares, en el caso de Grocio), sino también la orientación de dicha influencia. En ambos casos, los intereses comerciales nacionales procuraban organizar los espacios internacionales de modo tal de dejar al comercio privado relativamente libre de injerencias de los Estados extranjeros, pero con la posibilidad de organizar la violencia a través de asociaciones con los Estados. En otras palabras, procuraban actuar a través de su Estado nacional para formular las normas jurídicas internacionales de un

34 Janice Thomson, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns: State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1994; v. también Janice Thomson, "Sovereignty in Historical Perspective: The Evolution of State Control over Extraterritorial Violence", in James Caporoso (ed.), *The Elusive State*, Sage Press, Nueva York, 1989, pp. 227–54; Janice Thomson, "State Practices, International Norms, and the Decline of Mercenarism", 24 *International Studies Quarterly* (1990), pp. 23–48.

35 C. van Vollenhoven, *The Framework of Grotius' Book De Iure Belli ac Pacis*, Noord-Hollandsche uitgeversmaatschappij, Amsterdam, 1932, p. 103.

36 Spruyt, nota 14 *supra*, pp. 170–1.

modo que reprodujera, a nivel mundial, la distinción entre el ámbito público y el privado, enmascarando el papel de los actores privados en la organización de la violencia “pública”. De este modo, la cara privada de la violencia organizada quedó legitimada y escondida detrás del nascente derecho público internacional, y los Estados y los capitalistas quedaron en libertad de acción para extender su poder por el mundo con la colaboración de los empresarios militares.

Organización de los Estados

Uno de los resultados de la exportación de la distinción lo público y lo privado fue que los conceptos fundamentales del derecho internacional se orientaron, cada vez más, hacia las organizaciones “públicas” semejantes a los Estados, y específicamente, las que compartían las características de territorialidad y jerarquía administrativa de los Estados³⁷. Lentamente, fueron excluidas del sistema las organizaciones que no podían ofrecerle al comercio mundial la misma eficacia administrativa que la organización territorial y jerárquica del Estado, como la Liga Hanseática, ciudades-estado como Venecia y Hamburgo, y estados “archipiélago” como el Ducado de Borgoña.

Esta tendencia a la exclusión no se limitó a Europa: en sus empresas coloniales, la forma en que los Estados europeos tendían a tratar con los grupos indígenas que encontraban dependía, en gran medida, de la territorialidad y de la organización jerárquica de esos grupos. A menudo, los grupos que tenían el monopolio sobre un territorio fijo, impuesto a través de una autoridad política jerárquicamente organizada, eran reconocidos como soberanos formales con los que se celebraban tratados. Así sucedió en toda América del Norte y en muchas partes de Asia y el Pacífico. Sin embargo, muchas veces, en procura de obtener la igualdad de trato y a través del compromiso con las normas del derecho internacional, esos grupos indígenas se vieron obligados a transformar sus propios sistemas de gobierno social siguiendo el modelo de los Estados jurídicos públicos de tipo europeo, precisando mejor los límites de su jurisdicción territorial y estableciendo burocracias administrativas complejas y jerárquicas, como hicieron Siam, China y el Imperio Otomano³⁸. Pero cuando los Estados coloniales se encontraban con grupos sociales cuyos sistemas sociales no se basaban en la territorialidad y la jerarquía, y que no podían o no querían transformar sus sistemas de gobierno para funcionar de ese modo, no se celebraban tratados en igualdad de condiciones, sino que los Estados europeos, incapaces de identificar una entidad “pública” con la que establecer relaciones internacionales, trataban

37 En última instancia, esta orientación se refleja en el artículo 1 de la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados, firmada el 26 de diciembre de 1933, donde se define al Estado como “persona de derecho internacional que debe poseer: (a) una población permanente, (b) un territorio determinado, (c) un Gobierno, y (d) la capacidad para actuar en relaciones con los demás Estados”.

38 Richard S. Horowitz ha demostrado el papel que los tratados de amistad y comercio desempeñaron en la transformación de las estructuras de gobierno internas de Siam, China y el Imperio Otomano, en “International Law and State Transformation in China, Siam, and the Ottoman Empire during the Nineteenth Century”, *Journal of World History*, vol. 15, N.º 4 (diciembre de 2004).

esos territorios como *terra nullius* (tierra de nadie), abierta, por ende, a la colonización y a los asentamientos, como sucedió en Australia³⁹, o delegaban la responsabilidad de la pacificación, la administración y la explotación comercial del territorio a agentes comerciales (habitualmente, compañías bajo contratos de privilegio, como la British South Africa Company). De ese modo, la organización de la violencia dentro del territorio quedaba limitada al ámbito “privado”. Sobre todo en África, los Estados europeos vieron este sistema como un modo de equilibrar los costos y los beneficios de establecer su propio control territorial y administrativo en tierras foráneas, mientras sus agentes empresarios comerciales y militares se beneficiaban de la “privatización” del poder gubernamental a través de la reducción de la rendición de cuentas y el aumento de las facultades administrativas discrecionales⁴⁰.

Mientras que las ciudades y los Estados nacientes en la temprana Europa moderna colaboraban con los empresarios militares en el establecimiento del control monopolístico que les permitía desarrollar la infraestructura jurídica y administrativa necesaria para atraer y gravar las corrientes comerciales, ahora los Estados colaboraban con los empresarios militares para proyectar el poder en forma extraterritorial, cosechando los frutos de las corrientes comerciales proyectadas en los espacios nuevos, pero sin ofrecer los beneficios públicos de la ley a las poblaciones locales. De este modo, los empresarios militares facilitaron la exportación de la distinción público/privado, pero en formas que beneficiaron al comercio privado y a menudo perjudicaron a las poblaciones locales, exponiéndolas a la violencia organizada, aplicada sin un mecanismo de responsabilización. Tan bien encubierta estaba esta violencia privatizada, que, como señaló Lord Lugard, los europeos pudieron “persuadirse de haber hecho la tortilla sin romper ningún huevo”⁴¹.

Asimilación de los empresarios militares privados a las empresas nacionales

Pero tal como en Europa declinó el poder de los empresarios militares en relación con el de los Estados que habían ayudado a forjar, el equilibrio de poder entre los empresarios militares y los Estados también cambió en la proyección mundial del poderío militar. A medida que avanzaba el siglo XX y subían nuevamente los costos no recuperables de la tecnología militar, los Estados despojaron a los empresarios militares de la proyección mundial del poder militar, del mismo modo que antes habían asumido la proyección del poder militar dentro de sus propias fronteras. La alianza entre los Estados y el capital siguió funcionando a través de las técnicas del derecho internacional y la organización internacional, como ha demostrado Anthony Anghie en su descripción del sistema de mandato

39 V. Stuart Banner, “Why Terra Nullius? Anthropology and Property Law in Early Australia”, 23(1) *Law and History Review*, vol. 23, N.º 1 (2005), p. 95.

40 V., p.ej., Jeffrey Herbst, *States and Power in Africa: Comparative Lessons in Authority and Control*, Princeton University Press, Princeton, 2000, pp. 61–80.

41 Lord Lugard, *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, 5ª ed., Frank Cass and Co., Londres, 1965, p. 15.

aplicado por la Liga de las Naciones, que introducía técnicas administrativas y prácticas de gobierno en los territorios bajo mandato, preparándolos para la penetración del comercio mundial⁴². Los empresarios militares desaparecieron de la vista, relegados a los márgenes, a las fábricas nacionales de armas y a las líneas de suministro comercial de grandes fuerzas armadas nacionales con movilidad global, pero ya sin montar sus propias expediciones. Cada vez más, los empresarios militares eran vistos como espantosas anomalías (*les affreux*) en la sociedad internacional, que se consideraba, en forma creciente, un sistema puramente interestatal. La cara privada de la organización de la violencia legítima se fue asimilando cada vez más, en todos los sentidos de la palabra, a las empresas nacionales. Como había ocurrido en Europa, los empresarios militares habían ayudado a los Estados a expandir su poderío a tal punto, que su propio papel en la organización y la ejecución de la violencia legítima no sólo quedó opacado, sino amenazado. Ese papel comenzaría a recuperar su importancia recién a finales del siglo XX, con la privatización (tanto intencional como no intencional) de las funciones gubernamentales.

Los empresarios militares y el desarrollo del jus in bello

El cambiante papel de los empresarios militares en la organización mundial de la violencia legítima se reflejó en los cambios del derecho internacional que rige la conducción de las hostilidades, el *jus in bello*. En esta sección, se postula que los Estados parecen haber encontrado formas de absorber el impacto de la violencia comercialmente organizada en sus sistemas de obligaciones y responsabilidades de derecho público entre Estados, dejando suficiente margen para trabajar junto con los empresarios militares, a condición de que esas asociaciones no amenacen los intereses sistémicos. Al rastrear la trayectoria del desarrollo de esas normas podemos, por ende, identificar los cambios en los conceptos de esos intereses sistémicos. A su vez, esa visión puede echar luz sobre la reorganización gradual no sólo de la violencia sino también de la legitimidad dentro de la sociedad internacional, lo que nos permitirá analizar los cambios en el equilibrio entre la autoridad privada y la pública en la sociedad internacional.

Los límites de las empresas militares permitidas

Los Estados han utilizado el derecho internacional para limitar, controlar y cooptar (pero no erradicar) las empresas militares, y para subordinarlas y alinearlas con el sistema del Estado. Tradicionalmente, el sistema jurídico internacional deja que, en general, los Estados decidan cómo organizar la violencia dentro de sus fronteras, permitiéndoles comprar poderío militar a empresas comerciales.

42 Anthony Anghie, "Colonialism and the Birth of International Institutions: Sovereignty, Economy and the Mandate System of the League of Nations", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 24 (2002), p. 513; v. también Anthony Anghie, "Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth Century International Law", en *Harvard Journal of International Law*, vol. 40 (1999), pp. 1-81

Sin embargo, las normas fueron evolucionando con el tiempo, muchas veces en respuesta a cambios sociales y técnicos y, en ciertos casos, a fin de asegurar que los actores privados no puedan desestabilizar o incluso desarticular el sistema de Estado, se atribuye a los Estados responsabilidad por los actos de los grupos privados con los que se asocian. Con la evolución de las tecnologías, que permiten a los agentes privados proyectar la violencia con mayor facilidad desde el territorio de un Estado, los Estados han acordado fijar normas más restrictivas en materia de responsabilidad interestatal (pasando de una posición más débil en materia de rendición de cuentas, a requisitos de diligencia debida y de control efectivo de carácter más intervencionista). Sin embargo, los Estados nunca han optado por prohibir la actividad militar comercial *per se*, como lo han hecho con otros tipos de violencia privadamente organizada (como la piratería y ciertos tipos de terrorismo). En cambio, negociaron un complejo conjunto de normas voluntarias que aseguran que los empresarios militares no eludan por completo el control del sistema estatal.

Dado que ningún Estado podía ejercer un control monopolístico efectivo en alta mar, fue en el ámbito marítimo donde surgió uno de los primeros ordenamientos jurídicos internacionales que afectaban a los empresarios militares. Janice Thomson ha descrito la forma en que, al principio, los Estados soberanos toleraban a los empresarios privados que usaban la violencia para obtener beneficios en alta mar, siempre que no amenazasen los intereses de los Estados, sobre todo en relación con el comercio estable; cuando lo hacían, se los declaraba “piratas” sujetos a la jurisdicción universal de los Estados, *hostes humani generis* (enemigos del género humano). Pero, inicialmente, la norma contra la piratería se aplicaba sólo intermitentemente, y a menudo, los Estados se contentaban meramente con participar en acuerdos de protección naval, por ejemplo a través de los tributos pagados a los Estados piratas de la Barbaría, una práctica a la que puso fin la primera expedición naval estadounidense a principios del siglo XIX⁴³. Sin embargo, a medida que se hicieron más dependientes del comercio marítimo, en particular durante su evolución a la economía política colonial, la hostilidad de los Estados hacia la piratería se acrecentó, y las normas contra los piratas se aplicaron con creciente diligencia.

Neutralidad marítima

Sin embargo, en algunos casos, los Estados nacionalizaron el negocio militar de alta mar mediante la concesión de patentes de corso no sólo a los actores privados, sino incluso a ex piratas. Esta medida no sólo producía beneficios individuales sino también sistémicos, ya que permitía a otros Estados identificar a un Estado par del cual podían recuperarse los costos causados por la actividad de los corsarios ilegales, lo cual mejoraba la transparencia y promovía el control estatal de los agentes privados que realizaban operaciones desde sus territorios. Pero esta

43 V., p.ej., Tratado de paz y amistad entre Estados Unidos y Túnez, 28 de agosto de 1797, editado en Hunter Miller (ed.), *Treaties and Other International Acts of the United States of America*, vol. 2, Oficina de Imprenta del Gobierno, Washington, D.C., 1931.

medida también hacía peligrar el comercio internacional, porque lo transformaba en una violenta competencia mercantilista por el dominio nacional de los mercados mundiales. El interés de los Estados en mantener el comercio internacional condujo, en consecuencia, a un complejo sistema jurídico que protegía el concepto y las prácticas de la neutralidad marítima, separando el comercio “neutral” en alta mar, de la guerra de origen “político”. Los intereses comerciales dependían de que los Estados los dotaran de un marco jurídico en el que pudieran realizar sus operaciones y transportar mercancías por mar, y que protegiera sus bienes contra soberanos predadores y empresarios militares privados, como los piratas. Así nació un complejo régimen jurídico que regía la neutralidad marítima y coordinaba los intereses de los Estados y de los capitalistas mediante doctrinas y técnicas jurídicas como las de detener y registrar, la índole de la carga, el viaje continuo y el embargo. Este sistema alentó a los Estados a aplicar normas comunes que regulaban la violencia organizada dirigida contra el comercio mediante la creación de mecanismos destinados a reconocer e interpretar las relaciones jerárquicas efectivas y putativas establecidas entre los actores marítimos y los Estados territoriales. Esas normas dependían del carácter del comercio y de la guerra, y seguían sus cambios. En particular, acompañaban la evolución de las capacidades administrativas y tecnológicas que aplicaban los Estados para proteger el comercio marítimo⁴⁴. Así, el desarrollo del concepto de la neutralidad en el marco del derecho marítimo sirvió así como instrumento de los cambiantes límites entre el comercio privado, la guerra pública y la aplicación de la ley en los océanos.

Neutralidad terrestre

De modo similar, a fines del siglo XIX también apareció la necesidad de contar con un régimen que impidiera a los empresarios militares transfronterizos arrastrar a los Estados neutrales a la guerra a través de sus actividades en tierra firme. Emergieron numerosos y variados precedentes y doctrinas que creaban la responsabilidad atribuida al Estado y obligaciones de diligencia debida, y que incentivaban a los Estados a controlar a los empresarios militares privados a fin de proteger la estabilidad del sistema de Estado, aunque ese control no significara la erradicación⁴⁵. Por ejemplo, en 1907, las potencias coloniales europeas rechazaron la propuesta alemana de prohibir por completo el servicio de extranjeros en las fuerzas armadas nacionales (en otras palabras, la prohibición del mercado laboral militar global). En cambio, optaron por meramente exigir a los Estados neutrales que impidieran el reclutamiento comercial en su territorio. Esto daba libertad a los reclutadores comerciales para actuar en Estados beligerantes o dentro de los territorios ultramarinos de los imperios europeos, lo que restringía el mercado laboral militar global a las zonas afectadas por conflictos y evitaba repercusiones en

44 V. James Cockayne, “Stephen C. Neff, *The Rights and Duties of Neutrals: A General History* (Book Review)”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, N.º 1 (2004), pp. 203–10.

45 V., en general, Montgomery Sapone, “Have Rifle With Scope, Will Travel: The Global Economy of Mercenary Violence”, *California Western International Law Journal*, vol. 1 (otoño de 1999), pp. 32–33.

los Estados neutrales⁴⁶.

Durante la primera mitad del siglo XX, a medida que crecían las fuerzas armadas nacionales, los Estados colaboraban con la industria nacional y extranjera a fin de garantizar y organizar la producción de armas y, en el campo de batalla, el soporte logístico —una función convalidada cuando los Convenios de Ginebra de 1949 otorgaron a los contratistas militares el estatuto de prisionero de guerra, pero sólo si poseían una tarjeta de identidad provista por el Estado⁴⁷. Una vez más, se permitía la actividad de las empresas militares, pero a condición de que estuvieran bajo el control del Estado.

Descolonización

En los años sesenta, comenzó a reaparecer la cara privada de la violencia organizada. A medida que los Estados coloniales retiraban su aparato administrativo de las ex colonias, comenzó a discernirse con mayor claridad la violencia privada y social que había por debajo de la superficie, que el velo de la sanción estatal había ocultado del escrutinio del derecho internacional y, en cierta medida, de la sociedad internacional. En 1961, el Gobierno de Bélgica optó por no aplicar las leyes belgas que prohibían el reclutamiento de mercenarios (requeridas por el Convenio de La Haya de 1907, mencionado más arriba) y permitió que ciertas empresas belgas respaldasen el intento de secesión de Katanga, una provincia congoleña rica en minerales, del Congo recién independizado. Esta medida reveló la naturaleza explotadora de los intereses comerciales belgas en el Congo, y los mercenarios y otros empresarios figuraron en forma prominente en el enfrentamiento militar que siguió, así como en otros enfrentamientos poscoloniales en el continente. Al igual que sus antecesores europeos quinientos años antes, las elites africanas, ricas en dinero, pero pobres en coerción, consideraban que la contratación de empresarios militares era un medio para obtener, consolidar y mantener el poder.

Las semejanzas no terminaban allí. Del mismo modo que los nacientes Estados europeos habían recurrido al derecho para asegurar que los empresarios militares a los que apoyaban no socavasen, a la postre, su propio poder, los Estados recientemente descolonizados recurrieron a la ley para limitar la legitimidad de los empresarios militares contemporáneos. Dichos Estados actuaron con rapidez en relación con esta cuestión

46 Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 concerniente a los derechos y deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre (V Convenio de La Haya), en *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 13ª ed., Ginebra, marzo de 1994; 1 Bevans 654–68, art. 4.

47 V. I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, art. 13(4) (que aplica el Convenio a proveedores y miembros de unidades de trabajo o de servicios); II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, art. 13(4); III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, art. 4(4) (que otorga estatuto de prisionero de guerra a determinados proveedores), en *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 13ª ed., Ginebra, marzo de 1994.

en la Asamblea General⁴⁸ y en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁴⁹, en la

- 48 V. la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía, Resolución 2131 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20º período de sesiones (1965); Resolución 2465 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 23º período de sesiones (1968), párr. 8 (en la cual se establece que “la práctica de utilizar mercenarios contra los movimientos de liberación nacional e independencia es un acto criminalmente punible”, y se insta a los Gobiernos a adoptar leyes que declaren crimen punible el mercenarismo); Principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 25º período de sesiones, (1970) (“Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado”; caracterizado por la Corte Penal Internacional como de conformidad con el derecho internacional consuetudinario en *Military and Paramilitary Activities* (Nicaragua v. U. S.), 1986 ICJ 14, pp. 187–92 (27 de junio) (Fondo); Principios básicos de la condición jurídica de los combatientes que luchan contra la dominación colonial y foránea y contra los regímenes racistas, Resolución 3103 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 28º período de sesiones (1973), párr. 5 (“El uso de mercenarios por los regímenes coloniales y racistas contra los movimientos de liberación nacional que luchan por su libertad e independencia y para sacudir el yugo del colonialismo y la dominación foránea se considera un acto criminal y, en consecuencia, los mercenarios deben ser castigados como criminales”); Resolución 51 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 44º período de sesiones, 78ª sesión, Documento de las Naciones Unidas A/RES/44/51 (1989) (referido al intento de invasión de Maldivas, en 1988); Resolución 31 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 49º período de sesiones, 83ª sesión, Documento de las Naciones Unidas A/Res/49/31 (1995) (donde se destaca que los Estados pequeños pueden ser particularmente vulnerables a las amenazas externas representadas por los mercenarios y se condenan “todos los actos de agresión”); Resolución 33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 45º período de sesiones, 44ª sesión, p. 17, Documento de las Naciones Unidas A/Res/45/33 (1990); Resolución 79 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 44º período de sesiones, 78ª sesión, p. 34, Documento de las Naciones Unidas A/Res/44/79 (1989); Resolución 89 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 46º período de sesiones, 74ª sesión, Documento de las Naciones Unidas A/Res/46/89 (1992).
- 49 Resolución 239 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1967), Documento de las Naciones Unidas S/INF/22/Rev.2, 1967 (en la que se condena a “cualquier Estado que persista en permitir o tolerar el reclutamiento de mercenarios... con el objeto de derrocar los gobiernos de Estados Miembros de las Naciones Unidas” y se insta “a los gobiernos a que procuren que su territorio... así como sus nacionales no sean empleados para la planificación de la subversión, y el reclutamiento, adiestramiento y tránsito de mercenarios”); Resolución 289 del Consejo de Seguridad (noviembre de 1970) (en la que se “exige el retiro... de los mercenarios de Guinea”); Resolución 405 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Actas Oficiales del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Documento de las Naciones Unidas S/INF/33 (1977) (referida a la invasión a Benin, en la que se condena “a cualquier Estado que persista en permitir o tolerar el reclutamiento de mercenarios... con el objeto de derrocar los gobiernos de Estados Miembros” y se insta a todos los Estados a “adoptar las medidas necesarias” para asegurarse de que su territorio no sea utilizado por mercenarios o reclutadores a fin de impedir el planeamiento de la subversión y el reclutamiento, entrenamiento y tránsito de mercenarios con el objeto de derrocar el gobierno de cualquier Estado Miembro”) V. también la Resolución 226 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Actas Oficiales del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 1306ª sesión (1966); Resolución 239 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Actas Oficiales del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (SCOR), 1367ª sesión (1967); Resolución 241 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (SCOR), Actas Oficiales del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 1378ª sesión (1967).

Organización de la Unidad Africana⁵⁰ y en otros foros multilaterales de negociación de tratados⁵¹, y desarrollaron normas en las que se tipificaban como delitos ciertas formas de negocios militares, concretamente las empresas militares que apuntasen contra esos Estados. Pero, al mismo tiempo, esos Estados se aseguraron de conservar la libertad de utilizar a los empresarios militares para consolidar su propio poder contra los movimientos rebeldes, o para promover la autodeterminación y la descolonización. Aquí se encontraba el esbozo, dentro del *jus in bello*, de un sutil cambio en el trato de la violencia organizada privadamente, que restringía las libertades privadas ofrecidas a los empresarios militares con el fin de impedirles actuar contra el interés público mundial de la autodeterminación.

Un espacio para las empresas militares privadas contemporáneas

Sin embargo, tras el fin de la guerra fría, el *jus in bello* proporcionaba a los empresarios militares un margen considerable para aprovechar los avances en las comunicaciones y el transporte mundiales, así como la mayor disponibilidad de personal experimentado y de armamento, todo ello detrás de un velo empresarial. A fines de los decenios de 1980 y 1990, las redes empresariales crecieron y permitieron que funcionarios gubernamentales y oficiales militares actuales y anteriores, así como especuladores comerciales, se vincularan para aprovechar estas oportunidades de negocios. Para ello, actuaban a menudo a través de centros corporativos, es decir, las compañías militares privadas de hoy. La mayor parte de la actividad militar comercial que emprenden esas compañías se encuadra apropiadamente dentro de lo permitido por el *jus in bello*⁵². Los Estados y los proveedores comerciales explotan intencionalmente las lagunas del derecho, como lo demuestra a las claras el contrato entre Sandline con el Gobierno de Papúa Nueva Guinea⁵³. El resultado de las negociaciones poscoloniales relativas a las empresas militares no ha sido tanto un “vacío” como un conjunto heterogéneo de normas internacionales que permite a los Estados la libertad de utilizar las compañías militares privadas, por lo cual éstas no sólo actúan como agentes libres dentro del sistema del Estado, sino también, y en gran medida, como agentes del sistema.

50 Convención de la OUA sobre la eliminación del mercenarismo en África, iniciada en Libreville en julio de 1977, entrada en vigor el 22 de abril de 1985, reeditada en Gino J. Naldi (ed.), *Documents of the Organization of African Unity*, Mansell, Londres y Nueva York, 1992, p. 58. V. también Documento de la OUA ECM/Res. 5 (III) (1964) (Addis Abeba); OUA, Resolution on the Activities of Mercenaries, AHG/Res. 49 (IV) (1967); Documento de la OUA ECM/Res. 17 (VII) (1970) (Lagos); OUA, Declaration on the Activities of Mercenaries in Africa (23 de junio de 1971), todos reeditados en Robert E. Cesner, Jr. y John H. Brant, “Law of the Mercenary: An International Dilemma”, *Capital University Law Review*, vol. 6 (1990), pp. 363–6.

51 V. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 8 de junio de 1977.

52 V. el análisis en ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1987, párr. 1806 y ss.

53 V. *Sandline International Inc. v. Papua New Guinea*, en (1999) 117 ILR, pp. 552–65, 565–93 (en la Corte Suprema de Queensland). Se tomó juramento a los empleados de Sandline como miembros de las fuerzas armadas de Papúa Nueva Guinea, a fin de eludir así las normas contra el mercenarismo.

Al mismo tiempo, en las últimas dos décadas, se puede discernir, sin embargo, una sutil evolución de la forma en que los Estados conciben la legitimidad sistémica a la que deberían servir los empresarios militares. Esa evolución consiste en que, cada vez más, los Estados procuran compatibilizar el concepto de las empresas militares privadas con el concepto de humanitarismo. En el decenio de 1990, la actividad humanitaria creció tanto en dimensiones como en alcance, al ritmo que los Estados reducían y retiraban sus presencias militares en otros países tras el fin de la guerra fría, dejando una “brecha” de seguridad que han venido a llenar las empresas militares⁵⁴. El hecho de que los Estados, las organizaciones internacionales y los actores privados en zonas de conflicto dependan cada vez más de las empresas militares comerciales indica una profundización de la estandarización internacional de la reglamentación basada en el mercado. Aunque el debate sobre la cuestión de los mercenarios iniciado en la Comisión de Derechos Humanos a mediados del decenio de 1980 nació del intento de los Estados contrarios al mercado, socialistas, anticolonialistas y no alineados por identificar el accionar de las empresas militares comerciales como una violación de los derechos humanos *per se*⁵⁵, las deliberaciones en el seno de la Comisión viraron progresivamente hacia la forma de lograr que los empresarios militares protegiesen los derechos humanos y cumpliesen con el derecho internacional humanitario. Este enfoque es el que subyace a la actual iniciativa adoptada por Suiza y el CICR, descrita en otro artículo de la *International Review of the Red Cross*, a la propia labor del CICR con las compañías militares privadas⁵⁶ y a otras iniciativas destinadas a reglamentar la actividad de las empresas militares.

Extender las normas existentes

Estos enfoques se centran en extender a los actores privados las normas existentes que rigen la organización de la violencia legítima, desarrollada en ámbitos interestatales. Pero conviene examinar los límites de esos enfoques. Tradicionalmente, el *jus in bello* se inicia en una presunción del *jus ad bellum* de que los actores “privados” no tienen el derecho legítimo de organizar la violencia a escala militar sin el consentimiento del Estado, y que, cuando lo hacen, esos actores son, de hecho y correctamente, reprimidos mediante la violencia organizada por el Estado (militar o penal), utilizada para reprimirlos o imponerles sanciones penales. En los últimos treinta años, muchas de las controversias acerca del desarrollo del *jus in bello* y las cuestiones conexas, como el antiterrorismo, han girado precisamente en torno de la medida en que las normas que rigen y legitiman las hostilidades entre Estados debieran extenderse a los actores no estatales. El Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, de 1977, cobró fama por haber extendido el sistema

54 V. James Cockayne, *Commercial Security in Humanitarian and Post-Conflict Settings: An Exploratory Study*, Academia Internacional de la Paz, Nueva York, marzo de 2006.

55 V., en general, *International Alert, The Mercenary Issue at the UN Commission on Human Rights: The Need for a New Approach, International Alert*, Londres, 2001.

56 V. Claude Voillat, “Private Military Companies: A Word of Caution”, *Humanitarian Exchange*, N.º 28 (2005), p. 33.

a situaciones en las que “los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”⁵⁷, lo que sugiere que la legitimidad de la organización de la violencia podría dimanar no sólo del consentimiento del Estado sino también (o mejor dicho, “más bien”) de su alineación con intereses públicos mundiales mayores, como la autodeterminación. Los debates más recientes sobre la Responsabilidad de Proteger parecen cimentarse en el mismo enfoque. Éstas son cuestiones controvertidas, al menos en parte porque no siempre queda totalmente claro que los actores no estatales tienen la misma capacidad de participación responsable en los sistemas desarrollados en contextos interestatales. Quizás no resulte adecuado el mero hecho de ubicarlos dentro del sistema existente; esto podría estirar la piel del derecho internacional humanitario hasta romperla.

Para ver por qué esto es así, hay que analizar más de cerca la forma en que el *jus in bello* se ha extendido para cubrir a los actores “privados” durante los últimos treinta años. Desde 1907, todos los principales instrumentos internacionales que rigen el *jus in bello* han restringido la organización de la violencia legítima a grupos que ejercen el control territorial efectivo⁵⁸ y que están organizados mediante una administración jerárquica (reflejada en la doctrina del mando responsable⁵⁹), independientemente de si su legitimidad ha sido tomada de los conceptos de la beligerancia, la condición de Estado o la autodeterminación u otras normas mundiales. Si bien las características de los grupos reconocidos como sujetos del *jus in bello* han acompañado los cambios de las condiciones sociales y técnicas, en particular el aumento de la guerra de guerrillas, la orientación subyacente en favor de la administración jerárquica y el control territorial ha perdurado. El derecho internacional humanitario se basa en el control territorial y la administración jerárquica como piedras angulares del sistema de provisión responsable de artículos, servicios y trato humanitarios. La mera extensión de las normas existentes del derecho internacional humanitario a actores no estatales sin territorialidad ni organización jerárquica trae consigo el riesgo de reducir la eficacia del sistema, porque es posible que esos actores no puedan (o no quieran) suministrar en forma efectiva y responsable los artículos, los servicios y el trato humanitarios.

Por lo tanto, para el derecho internacional humanitario, el desafío es encontrar las formas de incorporar en el sistema que reglamenta los bienes públicos —como el acceso a la seguridad y al trato humano— a las organizaciones sin

57 PI, art. 1(4).

58 Convenio (II) sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su anexo: Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 26 Martens Nouveau Recueil (ser. 2) 949, 187 Consol. T.S. 429, 4 de septiembre de 1900, art. 42; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949, art. 154, *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 13ª ed., Ginebra, marzo de 1994; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), art. 1(1), *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 13ª ed., Ginebra, marzo de 1994.

59 V., en especial, PI, arts. 86, 87; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, documento de la ONU A/CONF.183/9 (1998), que entró en vigor el 1 de julio de 2002, art. 28.

carácter territorial ni organización jerárquica, anteriormente tratadas como actores “privados”, incluidas las empresas militares privadas, y también, plausiblemente, a los brazos armados de los movimientos sociales mundiales como Hezbolá y Al Qaeda, así como a las empresas criminales organizadas de índole global. Pero para encontrar esas formas, primero hay que comprender cómo y por qué la violencia nuevamente se organiza y legítima privadamente.

El regreso de lo privado en la organización global de la violencia legítima

Durante casi todo el último milenio, la evolución social y tecnológica ha favorecido, en última instancia, a los Estados por encima de las empresas militares privadas en la organización de la violencia legítima. Los Estados, a veces a través de alianzas tácticas con las empresas privadas, han establecido, profundizado y exportado sus propios monopolios sobre la violencia legítima. En la mayoría de los casos, la territorialidad y la organización jerárquica han superado a otras formas de organización. Esto condujo a un sistema en el que tanto el derecho como la guerra se constituyen como sistemas globales y centrados en el Estado, ocultando gradualmente las actividades privadas que sostienen al poder público coercitivo. Pero el equilibrio entre lo privado y lo público en la organización mundial de la violencia (legítima o ilegítima) parece estar cambiando otra vez⁶⁰. Lo que estamos presenciando puede representar el regreso del ámbito privado.

Empresas militares contemporáneas

Por ejemplo, echemos un vistazo a la piratería. A pesar de los esfuerzos coordinados de los Estados, estuvo omnipresente hasta el siglo XIX, cuando la aparición de las naves a vapor elevó los costos no recuperables y de operación de la piratería a valores que los piratas, a causa de su carácter itinerante, su baja posición social y su falta general de poder político, no podían sufragar⁶¹. Pero la piratería ha reaparecido hoy tanto en las aguas de Asia sudoriental como cerca del Cuerno de África, donde los obstáculos al ingreso a los mercados se han reducido nuevamente; los barcos y las armas pequeñas y livianas que se necesitan son económicos y se encuentran fácilmente en el mercado. Así, bienes valiosos navegan a diario por el estrecho de Malaca y alrededor del Cuerno de África, mientras que el poder de policía del Estado suele ser débil y corruptible. En las actuales condiciones de la técnica y de la reglamentación, nuevamente resulta factible, desde el punto de vista económico, que esos pequeños empresarios navales organicen la violencia desde fuera del sistema estatal.

60 Bjørn Møller ofrece una buena introducción en “Privatisation of Conflict, Security and War”, DIIS Working Paper n° 2005/2, Danish Institute for International Studies, Copenhagen, 2005.

61 V. Ethan A. Nadelmann, “Global prohibition regimes: the evolution of norms in international society”, *International Organization*, vol. 44 (1990), pp. 479-526.

El regreso de las empresas militares no se limita a los mares; también han reaparecido en tierra firme, e incluso, han comenzado a volar⁶². Las empresas militares han florecido donde (i) el poder del Estado para aplicar la ley es funcionalmente débil o se percibe como ilegítimo, o el Estado apoya o consiente tal actividad privada; (ii) la demanda de violencia organizada es elevada, y (iii) no se cuenta con otras fuentes de violencia organizada (como Estados extranjeros u organizaciones internacionales), o se percibe que esas otras fuentes son menos eficientes o legítimas. La brecha relativa entre la fuerza del Estado y las fuerzas privadas también se ha reducido por efecto del recorte de las fuerzas del Estado tras la guerra fría, la disciplina financiera global del consenso de Washington, y la proliferación de armas pequeñas y livianas, vehículos automotores y otros medios de la guerra asimétrica contemporánea.

Las condiciones reglamentarias existentes favorecen la organización corporativa de las empresas militares, ofreciéndoles las herramientas jurídicas necesarias para proteger los frutos del comercio contra la injerencia de la reglamentación estatal. En primer lugar, los acuerdos comerciales mundiales alientan a las empresas militares a organizarse como conglomerados de compañías de responsabilidad limitada, en los que se distribuyen los riesgos, se protegen los activos contra las incautaciones y las ganancias contra los impuestos, y se permite el arbitraje reglamentario. La confidencialidad del comercio y la protección de los beneficios a través de la aplicación judicial estatal de las decisiones arbitrales internacionales ayudan aún más a las empresas militares, incrementando su poder en relación con los Estados⁶³. Los empresarios militares se embarcan en alianzas con empresas de extracción de recursos naturales, compañías de construcción, consultoras de riesgos y funcionarios públicos que trabajan “doble turno” para lograr economías de escala y distribuir los riesgos⁶⁴.

La decreciente importancia de las características de territorialidad y jerarquía

El resultado neto de las condiciones tecnológicas y reglamentarias contemporáneas es que la importancia de la territorialidad y la administración jerárquica en la organización de la violencia va perdiendo importancia, no sólo para los empresarios militares comerciales lícitos, sino también para aquellos impulsados por el afán de lucro ilícito, por la ideología o por el ansia de poder. No sólo las

62 Uno de los ejemplos relacionados con la aviación es el papel clave de los operadores de la aviación comercial en los conflictos en África occidental y en la región de los Grandes Lagos, tanto en su rol de transportistas como de proveedores de capacidad de combate. Esta actividad se ve restringida por obstáculos al ingreso relativamente elevados (los costos de adquisición de helicópteros y aviones) y por los altos costos de operación (sobre todo reparaciones, combustible y las remuneraciones de pilotos calificados).

63 Con respecto al arbitraje, v. D. Sturzaker, “The Sandline affair: illegality and international law”, *International Arbitration Law Review*, vol. 3 (2000), p. 164.

64 Herbert Howe, “Private security forces and African stability: the case of Executive Outcomes”, *Journal of Modern African Studies*, vol. 36, N.º 2 (1998), pp. 307–31; Pratap Chatterjee, “Mercenary Armies and Mineral Wealth”, *Covert Action Quarterly Magazine* (otoño de 1997); Pratap Chatterjee, “Guarding the Multinationals, DSL and the International Private “Security” Business”, *Multinational Monitor*, 1º de marzo de 1998.

compañías privadas legítimas, sino también los terroristas, el crimen organizado y otros grupos armados no estatales han aprovechado estas condiciones, utilizando tanto las redes mundiales financieras, de transporte y de comunicación como las herramientas jurídicas de nivel mundial para financiar, organizar y proporcionar amparo jurídico a la violencia. Como dijo el líder rebelde kurdo, Abdullah Öcalan: “cuando uno tiene dinero, puede encontrar cualquier cosa en el mercado.”⁶⁵ Muchos de esos organizadores privados de la violencia también usan los medios globales para construir un apoyo mundial para sus actividades, y justifican sus diversas formas de violencia no estatal invocando diversas normas, como las del el humanitarismo (por ejemplo, Blackwater), y la *yihad* (por ejemplo, Al Qaeda).

La creciente penetración del ciberespacio en la vida social también puede facilitar la privatización de la violencia. Para los actores privados, el ciberespacio servirá como un espacio en el que puede organizarse la violencia, y como lugar donde pueden identificarse bienes valiosos como objetivos de control o de destrucción. Permitirá que grupos predadores se organicen y funcionen aunque estén dispersos por todo el planeta, dificultando los contraataques de las entidades territoriales y jerárquicas como los Estados. También permitirá que los actores privados ataquen activos valiosos situados en el ciberespacio, causando a las sociedades no sólo daños económicos (por ejemplo, mediante la destrucción de archivos financieros o el robo de valores financieros), sino también daños políticos e incluso físicos (por ejemplo, causando el cierre de infraestructuras o incluso controlando armas convencionales mediante la piratería informática (*hacking*). Aunque estas consideraciones parecen alejadas del tipo de violencia física reglamentado por el derecho internacional humanitario, se mencionan sólo para dar una idea del modo en que el sistema reglamentario actual posiblemente tenga que luchar para afrontar las nuevas realidades sociales no territoriales y no jerárquicas: si se desea reglamentar eficazmente la violencia informática, a fin de abarcar a esos grupos dispersos, habrá que adaptar tanto los conceptos como la práctica del derecho internacional humanitaria.

Sumados, esos cambios tecnológicos y reglamentarios parecen anunciar un importante cambio en el equilibrio de poder entre la autoridad “pública” y la “privada” en la sociedad internacional. Ese cambio presenta desafíos fundamentales para el sistema existente del derecho internacional humanitario, que sigue, en gran medida, orientado hacia una concepción de la guerra basada en Weber y Clausewitz, pensada como una competencia entre jerarquías centralizadas que procuran ejercer poder político sobre un territorio definido. Los sistemas sociales y tecnológicos de hoy, sustentados por un derecho orientado hacia la globalización que sostiene el comercio mundial privado, hacen que la financiación, la dotación de personal, la obtención de recursos y la legitimación de la violencia, así como su proyección en el mundo, resulten inimaginablemente democráticas y decididamente globales⁶⁶. A medida que la violencia se aleja de la territorialidad y se organiza menos

65 Hamit Bozarslan, “Kurdistan: économie de guerre, économie dans la guerre”, en François Jean y Jean-Christophe Rufin (eds.), *Économie des guerres civiles*, Hachette, París, 1996, p. 137.

66 Cf. Programa de investigación sobre política humanitaria y conflicto, *Transnationality, War and the Law*, Harvard University, Cambridge, Mass., abril de 2006, p. 19.

jerárquicamente, es probable que también cambie la legitimidad y se genere un derecho cada vez más social en vez de estatal, compartido en vez de monopolizado, y que crezcan las dificultades para aplicar las herramientas existentes del derecho internacional humanitario.

Los problemas que afronta el derecho internacional humanitario a consecuencia del resurgimiento de lo privado

Alcance y universalidad

El primer problema que plantea el resurgimiento de lo privado para los teóricos y prácticos del derecho internacional humanitario es saber dónde y cuándo se aplica esa ley: en otras palabras, conocer su ámbito.

La concepción moderna de la guerra como una prolongación, por otros medios, de la política pública e interestatal, ha permitido la evolución de una *lex specialis*, un sistema reglamentario confinado dentro del ámbito temporal y espacial de la “guerra”, o, como se define en el derecho internacional humanitario contemporáneo, del “conflicto armado”. La determinación de si la violencia armada prolongada equivale a una situación de conflicto armado y si, por ende, se aplica a ella este sistema reglamentario, se basa en determinaciones de hecho sobre la medida de la violencia en un lugar específico y sobre la participación en la violencia de grupos armados responsables (esto es, jerárquicamente organizados). Se presume que el conflicto armado se relaciona con la lucha por el control político y militar de un territorio.

Las “nuevas guerras”, como las describe Mary Kaldor⁶⁷, dificultan esas determinaciones⁶⁸. En esos conflictos, la violencia, por lo general, es territorialmente dispersa y la participación tiene lugar en forma remota, a través de transmisiones satelitales, transferencias de dinero intercontinentales, mensajes a través de los medios y llamadas por teléfonos celulares. La violencia se organiza cada vez con mayor frecuencia a través de agentes contractuales, redes de influencia carismática y social, e incluso ejemplos inspiradores, en lugar de apelar al mando y al control directos. Resulta cada vez más complicado determinar dónde y cuándo se está desarrollando un conflicto armado, qué significa la “participación activa en las hostilidades”, y cuándo la violencia está “asociada” con un conflicto armado. Por ende, es difícil saber cuándo y dónde se aplica el derecho internacional humanitario, y cuándo se aplica algún otro régimen jurídico, como el derecho de los derechos humanos, el derecho de los refugiados o el derecho penal. También resulta cada vez más difícil determinar qué jurisdicciones nacionales deben ejercer facultades normativas y sancionadoras, o cuál de todas las jurisdicciones que compiten entre sí es la que debe prevalecer.

67 Mary Kaldor, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*, Polity Press, Cambridge, 1999.

68 Programa de investigación sobre política humanitaria y conflicto, nota 66 *supra*, p. 19.

En algunos niveles, esta situación parece impulsar la convergencia, sobre todo entre jurisdicciones penales nacionales e internacionales. Pero en otros niveles, existe el riesgo de la fragmentación y de la competencia, lo que podría conducir a la confusión conceptual o incluso a una carrera hacia el abismo. Desde esta perspectiva, la reciente decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Hamdan vs. Rumsfeld*, en el sentido de que el artículo 3 común se aplica a todos los detenidos en la guerra de Estados Unidos con Al Qaeda, puede ser el anuncio de una victoria bastante pírrica en la defensa del derecho internacional humanitario contra sus detractores, ya que podría despojar a los detenidos de Guantánamo y de la CIA de protecciones a las que, de otro modo, tendrían derecho⁶⁹. Lo que ya ha quedado claro en los debates celebrados en Estados Unidos y en otros países, es que los detractores del derecho humanitario destacarán su orientación hacia el Estado y las consiguientes dificultades en adaptar y aplicar ese derecho a las nuevas formas privadas de la violencia, y dirán que no se aplica o que no debe aplicarse a conflictos con grupos privados. En el último quinquenio, desde el atentado contra las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001, los detractores han procurado ubicar, tanto literal como figurativamente, a los organizadores privados de la violencia en los aparentes “vacíos” de la cobertura del derecho internacional humanitario. A veces, este enfoque beneficia a los actores privados, como en el caso de los contratistas militares estadounidenses en Irak (que gozan de inmunidad frente a la ley iraquí, que en la gran mayoría de los casos están más allá de la jurisdicción del derecho penal estadounidense, y que sólo raras veces violan disposiciones internacionales que prohíben la actividad de los mercenarios), y a veces los perjudica, como en el caso de los detenidos de Guantánamo y de la CIA.

A largo plazo, esta confusión con respecto al ámbito del derecho internacional humanitario puede fragmentar su legitimidad y socavar, en particular, la afirmación de su universalidad. A medida que se restringe o incluso se hace retroceder el ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario, crece la posibilidad de que se cuestionen tanto la coherencia conceptual como la pertinencia práctica del sistema. La distinción central entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*, que sirve de fundamento al humanismo universalista del derecho humanitario puede erosionarse, y lo mismo puede suceder con la idea del humanitarismo como un bien público universal. Puede ocurrir que el acceso a un nivel de trato humano (en el caso de los detenidos) o de ayuda humanitaria (en el caso de las víctimas de un conflicto armado) que supere el mínimo absoluto, ya no se considere un derecho de todos los seres humanos, sino un derecho supeditado a la pertenencia a un grupo de cierta categoría, o de la posesión de algo que tenga valor privado, como cierta nacionalidad, religión o raza, o el dinero contante y sonante.

69 *Hamdan v. Rumsfeld*, No. 05-184, Corte Suprema de Estados Unidos de América, 29 de junio de 2006. En efecto, la reciente Ley de Comisiones Militares (2006) es un indicio de que el caso *Hamdan* fue aprovechado por el Congreso estadounidense para eliminar el acceso de los detenidos a protecciones legales superiores, como los derechos constitucionales y los recursos de *habeas corpus* estadounidenses.

La guerra, la aplicación de la ley y la acción humanitaria

En este entorno, a medida que crecen las dificultades para discernir la legitimidad, la línea entre la guerra, la aplicación de la ley y la intervención humanitaria se borrona cada vez más.

Los contratistas civiles son un buen ejemplo de la creciente dificultad en la aplicación del principio de la distinción, cuando la violencia se organiza no a través de una jerarquía administrativa sino a través de relaciones sociales transaccionales y privadas. Un analista civil, contratado para descifrar imágenes de dispositivos aéreos automáticos, transmitidas de Faluya a Florida, donde se encuentra él, ¿es responsable de la falta de precisión de los bombardeos basados en su análisis de las imágenes? ¿Es él un objetivo militar legítimo? La directora general de una empresa civil de traducciones, ¿es responsable de las violaciones graves que suceden durante los interrogatorios que se realizan gracias a los intérpretes que provee su empresa? ¿Es ella un objetivo militar legítimo? Sin duda, hay respuestas jurídicas a estas preguntas, pero a menudo, son difíciles de discernir, sobre todo para los jefes militares y otros combatientes que se enfrentan con graves restricciones de tiempo y de conocimientos.

Otras formas de la violencia privada dan lugar a dificultades de interpretación similares a las descritas en el párrafo anterior. Las guerras en red sin carácter territorial ofrecen distinciones netas entre los civiles y los participantes en las jerarquías armadas responsables, como las que supuestamente existían en las guerras entre Estados del último siglo y medio. Como lo demuestra el reciente conflicto en el sur de Líbano, la dispersión de la participación en la organización de la financiación, del personal y de los recursos de la violencia por parte de los actores privados arroja una red cada vez más amplia sobre la sociedad “civil”, y aumenta la tentación (y tal vez la posibilidad jurídica) de realizar contraataques desde el Estado contra instalaciones de doble uso conforme a los artículos 50 a 54 del Protocolo adicional I. Con la participación en las hostilidades dispersada a través de redes contractuales y sociales, resulta cada vez más difícil mantener las distinciones entre los daños colaterales lícitos infligidos por los Estados, el terrorismo no estatal y el asolamiento de las comunidades civiles por parte de las milicias. Podría derrumbarse no sólo el hecho de la distinción, sino su mismo principio.

Otro ejemplo de la forma en que la dispersión de la participación en los conflictos armados (o, al menos, la creciente información en los medios de comunicación sobre esa dispersión y la mayor conciencia pública al respecto) pone trabas a la legitimidad y la pertinencia del principio de la distinción, reside en el debate sobre la participación de niños en los conflictos armados. Los niños representan una mano de obra barata y fácil de manejar, tanto en la guerra como en la industria de la producción. A menudo, los niños participan en las hostilidades contemporáneas o resultan esenciales para la viabilidad de las empresas militares y criminales en las que se los obliga a trabajar. La participación de los niños como actores en la organización de la violencia pone a prueba nuestras dicotomías instintivas de combatiente respecto de civil y perpetrador respecto de víctima, que

socava el principio de la distinción y embiste contra la legitimidad social de los marcos jurídicos existentes.

Los teóricos y los juristas pueden encontrar formas creativas de adaptar los mecanismos existentes del derecho internacional humanitario a estas nuevas realidades sociales, como lo hizo el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) al adaptar el concepto de “personas protegidas” del artículo 4 del IV Convenio de Ginebra a situaciones en las cuales la pertenencia a un grupo era determinada por la lealtad, no la nacionalidad⁷⁰. Sin embargo, esa agilidad teórica tal vez no pueda repetirse en las pesadas burocracias de las estructuras de mando militar, que suelen caracterizarse por su inercia conceptual. Los jefes militares que deben desarrollar y aplicar en forma coherente las innovaciones teóricas se enfrentan con numerosos desafíos, sobre todo cuando los Estados están trabados en una guerra asimétrica con actores privados. Para que haya coherencia en su modalidad y disciplina en sus fuerzas, los comandantes militares necesitan directivas claras, impartidas con anterioridad a los hechos. Sin esas directivas claras, es obvio que las fuerzas armadas se ven tentadas a abandonar todas las normas existentes. Incluso cuando los actores privados cuentan con la organización necesaria para proporcionar las protecciones recíprocas que actualmente exige el derecho internacional humanitario (por ejemplo, las detalladas disposiciones del III Convenio de Ginebra con respecto a las condiciones de detención de los prisioneros de guerra), en muchos casos no tienen la motivación o los incentivos necesarios. Y gran parte de la nueva violencia “privada” simplemente carece de esa capacidad organizativa porque no tienen ni el territorio donde mantener a los prisioneros, ni las relaciones jerárquicas necesarias para administrar responsablemente otras obligaciones establecidas por el derecho internacional humanitario, como la supresión de las violaciones graves.

Esto nos lleva a otro importante problema que enfrenta el derecho internacional humanitario a raíz de la actual reorganización de la violencia armada: la dispersión de la responsabilidad de la aplicación de la ley. El predominio de la organización no jerárquica obstaculiza la aplicación de la responsabilidad de mando. En el campo de batalla, esto hace que los comandantes militares recurran cada vez más a la estrategia de “vaciar la piscina”, que a veces roza el castigo colectivo. Cuando los jefes militares procuran armar la ayuda humanitaria y los grupos humanitarios se transforman en socios inconscientes o reacios de las partes en un conflicto armado, el principio de la proporcionalidad se estira (como sucedió en el reciente conflicto en el sur de Líbano) y el espacio humanitario se encoge⁷¹. Los conceptos y las prácticas de la neutralidad, la imparcialidad y la independencia de la acción humanitaria corren el riesgo de eclipsarse lentamente.

70 *Prosecutor v. Tadic, Sentencia*, Caso N.º IT-94-1-A, ICTY, 15 de julio de 1999, reproducido en (1999) 38 *International Legal Materials*, vol., p. 1518.

71 V. Cockayne, nota 54 *supra*. En 2001, Colin Powell, secretario de Estado de Estados Unidos, formuló su famosa descripción de las ONG en Afganistán como “multiplicadoras de fuerzas” y como parte importante del “equipo de combate” estadounidense: *Colin Powell, Remarks to the National Foreign Policy Conference for Leaders of Nongovernmental Organizations*, 26 de octubre de 2001.

En este proceso, las actividades de los Estados, previamente diferenciadas, que habíamos conocido como la acción militar, la aplicación de la ley, la ayuda humanitaria y la ayuda para el desarrollo, se difuminan, formando proyecciones complejas de una forma particular de gobierno social⁷². Numerosos actores ya cuestionan el propio programa universalista secular del humanitarismo contemporáneo: algunos impugnan la validez de su secularismo, otros se preguntan si es verdaderamente universalista o si, en realidad, es un vehículo para los programas sociales transformativos del Occidente liberal⁷³. De hecho, esta descripción —la proyección competitiva e intervencionista de un complejo sistema de gobierno— puede aplicarse, también plausiblemente, a una variedad de iniciativas contemporáneas, desde la “guerra mundial contra el terrorismo” a la consolidación multilateral de la paz y a ciertas interpretaciones contemporáneas de la *yihad*. El advenimiento de cada uno de esos fenómenos incrementa las dificultades en el plano de la teoría y la práctica del humanitarismo internacional y su protección a través del derecho.

¿Competir para gobernar?

El riesgo que se corre es que surja una competencia normativa: una lucha violenta y continua —sin paz ni guerra absolutas— entre sistemas de gobierno opuestos, promovidos por coaliciones de Estados y actores no estatales que rivalizan entre sí, sin que las líneas del frente estén claramente definidas.

En la actualidad, esa competencia se parece más a la rivalidad entre el humanismo racionalista derivado del Iluminismo de los Estados y sociedades occidentales, y el dominio teológico de algunos sectores contemporáneos del islam político. Anteriormente, escribí en estas páginas acerca de esa relación y sus efectos en la evolución histórica del derecho internacional humanitario, por lo cual no volveré sobre esas cuestiones en el presente artículo⁷⁴. En cambio, sencillamente quisiera señalar que, aunque gran parte del discurso contemporáneo ve esta cuestión como un “choque de civilizaciones”, el análisis que antecede sugiere que los problemas que encara el derecho internacional humanitario surgen, en iguales proporciones, de choques que tienen lugar dentro de las civilizaciones, entre diferentes discursos, diversos programas políticos e incluso distintas epistemologías.

Lo que unifica los debates contemporáneos sobre las compañías militares privadas, el terrorismo, el crimen organizado e incluso la Responsabilidad de Proteger, es una profunda reconsideración, dentro de numerosas comunidades globales y entre ellas, de la medida en que la violencia debería ser organizada y regulada por normas de legitimidad y sistemas institucionales públicos y, en el

72 V. Mark Duffield, *Global Governance and the New Wars: The Merging of Development and Security*, Zed Books, Londres, 2001.

73 V. Birgitte Refslund Sørensen, “Violence and humanitarian assistance: Reflections on an intricate relationship”, *Journal of Humanitarian Assistance* (septiembre de 2006), pp. 14–19.

74 V. James Cockayne, “Islam and international humanitarian law: from a clash to a conversation between civilizations”, *International Review of the Red Cross*, septiembre de 2002, disponible en www.icrc.org

contexto global, universales. Ese debate versa sobre el alcance y el contenido de las responsabilidades sociales de diversas formas institucionales, se trate de los Estados, de las empresas comerciales, de las instituciones religiosas o de organizaciones de la sociedad civil; en particular, se trata de la medida en que aquéllas deben asumir la responsabilidad de proporcionar protección física y social a los seres humanos, en particular a los que no pertenecen a sus grupos o a sus relaciones de intercambio. Ese debate también alcanza la cuestión de a quién deben rendir cuentas las instituciones que proveen esa protección. En otras palabras, la cuestión es, en parte, encontrar un nuevo arreglo constitucional a nivel mundial entre lo público y lo privado en la organización y la reglamentación de la violencia legítima. Se trata de una lucha por la reorganización mundial de la violencia legítima.

Volver a imaginar el derecho internacional humanitario

¿Cómo sería un sistema de violencia legítima organizada a nivel mundial, y qué lugar tendría en ese sistema el derecho internacional humanitario? Para responder a este interrogante, debemos preguntarnos sobre el papel que desempeñarían, en tal sistema, el ámbito internacional, la acción humanitaria y el derecho.

De lo internacional a lo global

Primeramente, debemos considerar si la acción humanitaria en el contexto de la no territorialidad puede seguir dependiendo solamente del consentimiento del Estado como base de su legitimidad. ¿Qué fuentes de legitimidad se necesitan para sostener la acción humanitaria en el mundo, en un contexto poblado de empresas militares como las compañías militares privadas, las redes terroristas globales y los señores de la guerra locales, todos los cuales se mantienen abastecidos gracias al acceso a los mercados mundiales?

La reciprocidad interestatal por sí sola parece una base insuficiente para un derecho humanitario que abarque a todos estos actores. Confrontados por adversarios que no quieren o no pueden ofrecer al personal estatal las mismas protecciones que, según el derecho internacional humanitario, los Estados deben ofrecer a los otros Estados y a los actores no estatales, los Estados seguirán cediendo a la tentación de restringir o, directamente, evitar la aplicación del derecho internacional humanitario. Muchos de los actores no estatales justificarán sus acciones por sí mismos, no por referencia a la sanción del Estado sino por referencia a normas “globales” como el humanitarismo, el beneficio del accionista y la autoridad divina.

Teniendo en cuenta estas vulnerabilidades, el derecho humanitario necesitará hallar nuevas fuentes de legitimidad, por ejemplo apelando al comercio mundial, a la sociedad civil e incluso a los grupos armados transnacionales⁷⁵. Las medidas adoptadas por el Movimiento de la Cruz Roja, consistentes en trabajar con

⁷⁵ Con respecto a esta cuestión, v. Programa de investigación sobre política humanitaria y conflicto, nota 66 *supra*.

las compañías militares privadas para aplicar el derecho existente, no son más que el comienzo. Tendremos que pensar en la forma de tratar a los actores no estatales no sólo como objetos de gobernanza, sino como fuentes de normatividad y legitimidad. Esto exigirá un enfoque muy creativo de la gobernanza mundial, que vaya mucho más allá de las modalidades jurídicas internacionales centradas en el Estado, que haga hincapié en los aspectos no territoriales y no jerárquicos de la ciudadanía global “pública”. Algunos de los mecanismos para promover esa ciudadanía pública podrían ser arreglos voluntarios como el Acta de Compromiso promovida por el Llamamiento de Ginebra, o los Principios Voluntarios sobre la seguridad y los derechos humanos acordados entre Estados Unidos y el Reino Unido; estrategias y mecanismos reglamentarios nacionales, que incentiven o decreten el cumplimiento de ciertas normas por los actores privados, como los que actualmente examinan el Gobierno suizo y el CICR en relación con las empresas militares privadas, y la movilización pública, orientada a sensibilizar a los consumidores individuales, a los votantes y a los miembros de las comunidades religiosas.

El humanitarismo puesto en tela de juicio

Independientemente de que adoptemos o no esos enfoques creativos de la legitimidad, es del todo previsible que, en algún momento, la presión política por revisar el contenido de las normas existentes del derecho internacional humanitario se torne abrumadora, sobre todo a causa del predominio, o al menos la preeminencia, de la guerra asimétrica. En muchos casos, esa revisión exigirá reformular incluso la misma noción de humanitarismo, a fin de formular un consenso común sobre las conductas que impone. Aquí, el desafío es encontrar las formas de ajustar el edificio interestatal del derecho internacional humanitario para hacer frente a la violencia privada mundial, sin abandonar los cimientos humanitarios que sostienen el edificio existente.

Esta actividad requerirá un pensamiento sistemático y debates exhaustivos sobre, por ejemplo, cómo modificar los siete Principios Fundamentales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna roja (humanidad, imparcialidad, neutralidad, independencia, voluntariado, unidad y universalidad), así como otros principios clave (como los de la distinción y la proporcionalidad) para hacer frente a los organizadores de la violencia sin territorialidad ni organización jerárquica. No cabe duda de que, actualmente, los actores humanitarios en el terreno ya se ven obligados a realizar ajustes *in situ*. Ellos necesitan y merecen una orientación más amplia y coherente, no solamente de su sede sino de la así llamada “comunidad internacional” en su conjunto, cuyos intereses suele decirse que representan. No se trata exclusivamente de determinar qué requisitos de “trato humano” del artículo 3 común son aplicables en el caso de un terrorista que, presuntamente, tiene información exclusiva sobre un futuro crimen; se trata también de cómo deben los actores humanitarios tratar con los señores de la guerra y las compañías militares privadas en el terreno, y qué función cumplen las visitas a detenidos en relación con organizaciones criminales que realizan secuestros, para mencionar tan sólo unos pocos problemas actuales.

Aunque nuestro objetivo final sea resolver cuestiones relativas a las normas de humanitarismo que compiten entre sí y que provienen de tradiciones jurídicas, jurisdicciones y regímenes diferentes, un enfoque más cauteloso podría consistir en concentrarse en los elementos comunes de esas normas, no en los aspectos controvertidos. Nuevamente, el objetivo debe ser encontrar una solución “global” que refuerce el consenso que sostiene los comportamientos que conocemos como “humanitarismo”. Los actores humanitarios internacionales, como el CICR, podrían aunarse a interlocutores como las compañías militares privadas, las autoridades de aplicación de la ley de orden nacional y subnacional, administradores nacionales e internacionales de regímenes aplicados a los refugiados, organizaciones multilaterales de mantenimiento de la paz y autoridades de derechos humanos, a fin de forjar compromisos sobre actividades de interés común, como la detención, los interrogatorios, los traslados internacionales (con inclusión de la devolución) y las garantías procesales, que se apliquen en todo momento y lugar.

Sin embargo, también se debe aceptar que la defensa del humanitarismo exige más que la estandarización de las normas. Es posible que también sea necesario crear estructuras jurídicas, administrativas y socioeconómicas que incentiven el comportamiento humanitario. Es posible que haya un nivel en el cual el enfoque de “aceptación” de algunos actores humanitarios ya no se pueda sostener sin un nivel adicional de incentivos que reglamenten y limiten las amenazas que representan los actores que rechazan y atacan al humanitarismo. Esto no necesariamente debe traducirse en una restricción coercitiva. Tal vez pueda inducirse a algunos actores privados a que actúen de conformidad con los valores públicos y ofrecerles bienes públicos si ese comportamiento les reporta claros beneficios privados, como por ejemplo, mayores beneficios económicos. Esta idea se aplica tanto a las compañías militares privadas que adoptan medidas de responsabilidad social corporativa con el fin de mejorar su “marca” en el mercado, como a las milicias locales a las que se induce a dejar las armas mediante el ofrecimiento de medios de sustento alternativos provistos por la comunidad internacional.

Según esta línea de pensamiento, el humanitarismo debe considerarse parte de un sistema social más amplio que valora la no violencia, practicada por todos los actores sociales, sean militares o comerciales, públicos o privados. En consecuencia, es posible que la acción humanitaria global se vea obligada a tratar no sólo con las estructuras de mando responsables, sino, en términos más generales, con las empresas responsables. En tanto que el derecho internacional humanitario ha funcionado mayormente a través de modelos de “mando responsable”, es posible que esta concepción más social de la reglamentación humanitaria a nivel mundial deba elaborar otros modelos basados en la “empresa”. Tal vez, esos modelos, que atribuyen la responsabilidad no a través de relaciones jerárquicas sino transaccionales, están comenzando ya a surgir a través de los litigios en los tribunales nacionales e internacionales⁷⁶. Esos modelos pueden facilitar la reglamentación

76 V., en especial, Anita Ramasastry y Robert C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law*, FAFO Report 536, FAFO, Oslo, 2006.

transparente y coherente a nivel mundial de la violencia que se organiza no a través de la subordinación jerárquica, sino a través del encubrimiento, la complicidad, las empresas criminales conjuntas y la influencia social⁷⁷.

El desarrollo de esos modelos a través del litigio descentralizado es, en sí mismo, un proceso clave en el avance hacia una reorganización global de la violencia legítima que vuelva a equilibrar la relación entre los valores públicos y los intereses privados en la sociedad de todo el mundo. Es un sistema que se está construyendo mediante la acción descentralizada y a menudo privada, por conducto de los tribunales y de los contratos. Pero, precisamente por esa razón, corre el peligro de fragmentarse y perder cohesión. Lo que es más, existe el riesgo de producir interpretaciones dominantes de las normas humanitarias y militares, que se orienten hacia la perspectiva del derecho penal. Con el tiempo, esa orientación hacia el derecho penal puede llevar a normas de conducta que sean significativas para los fiscales, jueces y jurados, pero no para los actores en el terreno como los comandantes militares y los actores humanitarios. (Nuevamente, viene a la mente el ejemplo de las “personas protegidas” como en el caso *Tadic*). Un enfoque más eficaz podría ser que los Estados y los otros actores decisivos del sistema humanitario colaboren con las partes interesadas, como el sector empresarial, para codificar esas normas y aclarar la forma en que los Gobiernos y sus entidades auxiliares deben aplicar las normas existentes que rigen la conducta humanitaria en diversas situaciones no jerárquicas sino relacionales.

¿Del derecho a la norma?

Un proyecto como el descrito asume que habrá margen para la acción humanitaria en el futuro. El peligro final del retorno de lo privado es la posibilidad de que surja un escenario bastante más sombrío, en el que la acción humanitaria haya perdido su pertinencia. El peligro más general es que se privatice, en cierto sentido, el derecho en sí, sin dejar margen alguno para la prestación de servicios públicos a nivel global y, por ende, para la acción humanitaria mundial.

Si no se reglamentan apropiadamente, las compañías militares privadas y los otros empresarios militares, operando a través de redes transnacionales de poder financiero, gubernamental, social, jurídico y militar, podrían hacer de la seguridad un bien de cambio, disponible para aquellos que cuentan con suficiente poder financiero, social o político. En este caso, el peligro es que el acceso a la seguridad deje de ser un derecho inherente a la persona humana, garantizado, al menos nominalmente, por los Estados, y se transforme en una cuestión de poder financiero, social y político. Los derechos jurídicos modernos y racionales protegidos por el derecho internacional humanitario corren el riesgo de dar un paso atrás para volver a ser derechos relacionales y transaccionales, cercanos a la experiencia histórica

77 Para ejemplos de la temprana adaptación de las doctrinas sobre responsabilidad de mando a tales situaciones, v. *U.S. v. Krauch et al.* (caso “IG Farben”, caso 6), TWC VIII, pp. 1081–210 en pp. 1124, 1126; *Prosecutor v. Musema*, T.Ch., 27 de enero de 2000, fallo y sentencia, ICTR-96-13.

de las sociedades premodernas, como la Europa feudal⁷⁸. En tales circunstancias, el derecho se disgrega en sistemas de gobierno y de autoridad que se superponen y a menudo compiten entre sí. El peligro es que, con una presencia prominente de los empresarios militares en esta combinación, la competencia puede ponerse violenta. El mundo correría entonces el riesgo de reproducir condiciones como las que prevalecían en la Europa premoderna, con Estados y empresarios privados que rivalizan en el negocio de ofrecer protección a poblaciones superpuestas y con la “protección” humanitaria reducida a una herramienta estratégica destinada a granjearse la lealtad y el control de las poblaciones, en operaciones cuyo propósito es “ganar los corazones y las mentes”, en mayúsculas.

Para algunos, esos acontecimientos pueden parecer remotos o improbables, pero para otros, representan la forma en que ya se percibe y se recibe la acción humanitaria en algunas partes del mundo. Gran parte de lo que hoy damos por sobreentendido en la organización global de la violencia legítima probablemente nos parecía exagerado, si no inconcebible, antes de que sucediera: el plan de Dunant de establecer comités para asistir a los soldados heridos en el campo de batalla, o el concepto de un Estado secular legítimo, o incluso la distinción axiomática que trazamos entre los ámbitos de lo público y lo privado. El primer paso para controlar esos procesos de reorganización puede ser el de “volver a imaginar la realidad”. Hay señales de que el mundo ya se está reorganizando a nuestro alrededor: el retorno de la intervención privada en la organización de la violencia, ejemplificado por el resurgimiento de las empresas militares privadas, es sólo uno de los ejemplos de la reformulación del equilibrio entre la autoridad pública y el poder privado. Si deseamos mantener la legitimidad del derecho internacional humanitario y de la acción humanitaria y conservar el acceso público al trato, a los bienes y a los servicios humanitarios que ese ordenamiento jurídico protege, debemos actuar con rapidez para “volver a imaginar” la realidad y encontrar en ella un lugar para esta rama del derecho.

78 V. A. C. Cutler, “Globalization, the rule of law, and the modern law merchant: Medieval or late capitalist associations?”, *Constellations*, vol. 8 (2001), pp. 480–502.

Promover el cumplimiento del derecho internacional humanitario por las empresas de seguridad y militares privadas

Benjamin Perrin

Benjamin Perrin es Fellow de la Fundación Max Stern y titular de la beca Wainwright en el Instituto de Derecho Comparativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de McGill (Montreal)

Resumen

Las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) se han convertido en entidades omnipresentes en los conflictos armados modernos y en las situaciones posbélicas de reconstrucción. Entre sus diversos clientes se cuentan Gobiernos de países tanto desarrollados como en desarrollo, beligerantes no estatales, sociedades internacionales, organizaciones no gubernamentales, las Naciones Unidas y personas particulares. Las repercusiones que la proliferación de EMSP tiene para el derecho internacional humanitario (DIH) y los derechos humanos apenas comienzan a vislumbrarse, a medida que salen a la luz posibles violaciones y abusos cometidos por empleados suyos en Irak y en Afganistán. El autor somete a un examen crítico los riesgos teóricos que comporta la actividad de las EMSP por lo que respecta a las violaciones del DIH y de los derechos humanos, así como los factores que las incitan a cumplir esas normas. Se presentan asimismo pruebas empíricas que amplían este marco teórico. Aplicando un modus operandi multidisciplinario, el autor se sirve del derecho, de la teoría de las relaciones internacionales, la criminología, la economía, la estrategia empresarial y la economía política, así como de la psicología y la sociología, para analizar los “factores de riesgo” y los “estímulos al cumplimiento”, que compiten entre sí e interactúan en cada nivel de la actividad de las EMSP y que aumentan o reducen la probabilidad de que se produzcan violaciones del derecho. El autor utiliza

luego las conclusiones alcanzadas para evaluar las nuevas iniciativas que se han tomado fuera del ámbito jurídico, relacionadas con las EMSP, como son el programa elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja y la creación de la Asociación Internacional de Operaciones de Paz.

.....

Introducción

Las empresas de seguridad privadas¹ y las empresas militares privadas² se han convertido en entidades omnipresentes en los conflictos armados modernos y en las situaciones posbélicas de reconstrucción³. Las repercusiones de esta proliferación de empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) para el derecho internacional humanitario (DIH)⁴ apenas comienzan a vislumbrarse, a medida que salen a la luz las posibles violaciones y abusos cometidos por sus empleados⁵.

Pese a la abundante bibliografía jurídica y de las ciencias políticas sobre las EMSP, todavía no se ha realizado un análisis verdaderamente sistemático

- 1 Las empresas de seguridad privadas son compañías que proporcionan protección armada defensiva de instalaciones o personas, pueden defenderlas de los ataques de guerrilleros o prestar servicios de guardaespaldas. En cambio, los proveedores de servicios no letales (PSN) proporcionan apoyo logístico, como servicios de desminado, lavandería y gastronomía. Doug Brooks, "Protecting people: The PMC potential: Comments and suggestions for the UK Green Paper on regulating private military services", 25 de julio de 2002, pp. 2-3.
- 2 Las empresas militares privadas (EMP) comprenden tanto las "EMP activas, dispuestas a llevar armas en combate, como las EMP pasivas, que se ocupan de cuestiones organizativas y de adiestramiento". *Ibíd.*
- 3 Se prevé un crecimiento del sector de 55.600 millones de dólares EE.UU. en 1990, a 210.000 millones de dólares, en 2010. Paul Keilthy, "Private security firms in war zones worry NGOs", 11 de agosto de 2004, en AlertNet, <http://www.alertnet.org/>. (Consultado el 23 de octubre de 2006).
- 4 Los miembros del personal de las empresas militares y de seguridad privadas deben respetar el derecho internacional humanitario y pueden ser enjuiciados si cometen crímenes de guerra." V. "El CICR fortalece sus relaciones con empresas de servicios militares y de seguridad privadas", Comité Internacional de la Cruz Roja, 9 de septiembre de 2004, en línea en <http://www.cicr.org/> (consultado el 23 de octubre de 2006).
- 5 V.g., en Afganistán: *United States v. Passaro*, N.º 5:04-CR-211-1, 2004 WL 1431014 (E.D.N.C.) (contratista de la Agencia Central de Inteligencia acusado de dos cargos de agresión con arma peligrosa y con intención de causar lesiones corporales, y dos cargos de agresión con lesiones corporales graves contra un detenido); Shaista Shameem, "Informe de la Relatora Especial: Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación", Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/14, 8 de diciembre de 2004 (en septiembre de 2004, un tribunal afgano declaró a tres contratistas estadounidenses culpables de tortura, de dirigir una cárcel privada y de efectuar detenciones ilegales); en Irak: general de División Taguba, *Article 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade*, 2004, en línea en http://www.npr.org/iraq/2004/prison_abuse_report.pdf (Informe Taguba, en el que se implica a interrogadores y traductores de compañías militares y de seguridad privadas en malos tratos a prisioneros irakíes cometidos en el centro de detención de Abu Ghraib) (consultado el 23 de octubre de 2006); pero, v. HC 577 Private Military Companies: Options for Regulation 2001-02, Foreign and Commonwealth Office (United Kingdom) (HC 577 Empresas Militares Privadas: Opciones de Reglamentación 2001-02, Ministerio de Asuntos Extranjeros y de la Commonwealth, Reino Unido), The Stationary Office, Londres, 12 de febrero de 2002, pp. 17, 19 (en adelante, Opciones de Reglamentación del RU) (a menudo, las compañías militares y de seguridad privadas respetan el derecho internacional humanitario y los derechos humanos mejor que los ejércitos nacionales o las fuerzas de mantenimiento de la paz).

que esclarezca los riesgos teóricos que conlleva la actividad de esas empresas por lo que respecta a las violaciones del DIH y los factores que las incitan a respetar esas normas. El resultado es un cuadro incompleto, que no da adecuadamente cuenta de la compleja relación que existe entre cada componente de la actividad de las EMSP y sus repercusiones en el cumplimiento del DIH. A esta laguna en la bibliografía, se suma el agravante del escaso uso que se ha hecho de las herramientas multidisciplinarias de análisis pertinentes y de pruebas empíricas.

Conscientes de estas preocupaciones, en el presente artículo nos proponemos identificar y examinar críticamente los “factores de riesgo” y los “alicientes para el cumplimiento” (o incentivos) que rivalizan entre sí e interactúan en cada nivel de las actividades de las EMSP, y que aumentan o reducen la probabilidad de que se produzcan violaciones del DIH. Los niveles de análisis pertinentes son: (i) Estados donde se constituyen las EMSP; (ii) Estados donde se recluta al personal de las EMSP; (iii) Estados donde las EMSP operan efectivamente; (iv) clientes de las EMSP; (v) la industria de las EMSP en su conjunto; (vi) EMSP individuales (con inclusión de sus oficiales y directores); y (vii) los empleados de las EMSP. En cada uno de esos niveles, se analizan los principales factores de riesgo y los estímulos para hacer cumplir las normas, desde las perspectivas multidisciplinarias pertinentes, como son el derecho, las relaciones internacionales, la criminología, la economía, la gestión y la economía política, así como la psicología y la sociología. Se ofrecen pruebas empíricas que ilustran los resultados teóricos. Esta investigación concluye con el establecimiento de una relación entre dichos resultados y los nuevos enfoques que están planteándose *fuera* del derecho formal con el fin de promover la observancia del DIH por las EMSP.

El marco de cumplimiento: factores de riesgo y estímulos para el cumplimiento

Elke Krahnmann, experta en relaciones internacionales, describe la “fragmentación funcional” de la seguridad mundial, que se aleja del modelo centrado en el Estado, para adoptar otro modelo de “autoridades múltiples y separadas, con inclusión de actores públicos o privados”⁶. En ningún ámbito es más evidente este fenómeno que en la actividad de las EMSP, con sus numerosas fuentes potenciales de normatividad. Existe el riesgo de que cada actor contribuya a una violación del DIH *in situ*, pero paradójicamente esos actores cuentan, al mismo tiempo, con poderosos incentivos para promover la observancia de las normas. El resultado de esta pugna entre riesgos e incentivos será lo que determinará en gran medida si se respeta el DIH. El objeto del presente análisis es examinar los principales riesgos en juego y los incentivos que los contrarrestan.

6 Elke Krahnmann, “The privatization of security governance: Developments, problems, solutions”, 1/2003, *Arbeitspapiere zur internationalen Politik*, p. 6, en línea en <http://www.politik.uni-koeln.de/jaeger/downloads/aipa0103.pdf> (consultado el 23 de octubre de 2006).

Estados donde se constituyen las EMSP

Casi todas las EMSP se han constituido en Estados Unidos, en el Reino Unido y en Sudáfrica⁷. Los Estados en que se han constituido pueden contribuir al riesgo de que se cometan violaciones del DIH a causa del fenómeno del “charter shopping” (búsqueda de otra carta o escritura de constitución), la debilidad de los regímenes extraterritoriales y la preponderancia de los intereses de la política exterior por encima de las preocupaciones relacionadas con el DIH. A la inversa, promover el cumplimiento del DIH es, por lo general, tan beneficioso para la reputación de esos Estados como para sus intereses económicos.

La contribución de los Estados donde se constituyen las EMSP al riesgo de las violaciones

“Búsqueda de otra carta”. Cuando el “entorno jurídico” se torna demasiado restrictivo, las compañías pueden trasladarse a una jurisdicción más favorable, iniciando un fenómeno económico conocido como “charter shopping” o búsqueda de otra carta de constitución⁸. Cuando las EMSP realizan este tipo de operaciones, pueden contribuir al riesgo de que se produzca una violación del DIH si, en el nuevo Estado donde se constituyen, “la reglamentación es, en el mejor de los casos, laxa, y a menudo, inexistente”⁹. Hay pruebas curiosas de que hubo operaciones de “charter shopping” después de que en Sudáfrica se aprobaran, en 1998, leyes que las EMSP calificaron de “reglamentación excesiva” y “torpes”¹⁰. Las empresas amenazaron con “tornarse muy nómadas, a fin de evadir las leyes, de alcance nacional, que consideren inapropiadas o excesivas”¹¹. Sin embargo, este riesgo no debe sobreestimarse, porque “las compañías que optan por establecer su sede en otro país para eludir escrutinios... lo hacen al precio de ser percibidas como ilegítimas”¹².

La debilidad de los regímenes de jurisdicción extraterritorial. Con la notable excepción de Estados Unidos y Sudáfrica, la mayoría de los Estados son renuentes a ejercer jurisdicción extraterritorial sobre sus EMSP¹³. Incluso cuando las leyes

7 Carlos Ortiz, “Regulating private military companies: States and the expanding business of commercial security provision”, en Kees van der Pijl y otros (dirs.), *Global Regulation: Managing Crises after the Imperial Turn*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2004, p. 211.

8 V., en general, Jacob S. Ziegel y otros, *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3ª ed., vol. I, Carswell, Toronto, 1994, pp. 248–51.

9 Ortiz, nota 7 *supra*, p. 218.

10 Brooks, nota 1 *supra*, p. 5. Sudáfrica está considerando la posibilidad de promulgar una legislación más estricta, que podría agravar esas preocupaciones: v. Prohibition on Mercenary Activities and Prohibition and Regulation of Certain Activities in an Area of Armed Conflict Bill, 2005 (South Africa) (archivo en poder del autor).

11 “Private military companies: Independent or regulated”, Sandline International, 28 de marzo de 1998, p. 3, en línea en <http://www.sandline.com/white/regulation.doc> (consultado el 24 de octubre de 2006).

12 Henry Cummins, “Perception and profit: Understanding commercial military and security service provision”, documento de trabajo, Centro de Estudios de Seguridad y Diplomacia: Universidad de Birmingham, 14 de junio de 2002, p. 6; v. también Opciones de Reglamentación del RU, nota 5, p. 21.

13 V., en general, Ortiz, nota 7 *supra*, pp. 217–218.

autorizan la reglamentación extraterritorial de las empresas nacionales, resulta muy difícil supervisarlas¹⁴. Dado que, por lo general, los Estados donde se constituyen las EMSP no quieren o no pueden supervisar la observancia del DIH por parte de sus EMSP (a menos que ellos sean asimismo clientes de esas compañías), se agrava el riesgo de que las violaciones no se detecten ni castiguen, lo que promueve una sensación de impunidad que puede aumentar las probabilidades de que se reiteren las violaciones del DIH.

Privilegiar los intereses de la política exterior. Las EMSP pueden constituir una extensión importante de la política exterior de los países donde han sido constituidas. Por ejemplo, la Lista de Municiones y el Reglamento sobre el Tráfico Internacional de Armas de Estados Unidos, que también rigen los contratos del servicio militar, se “actualizan y modifican con el fin de reflejar los cambios en los objetivos de la política exterior”¹⁵. En el decenio de 1990 a 2000, esos reglamentos prohibían a las EMSP domiciliadas en Estados Unidos trabajar para ciertas partes de ex Yugoslavia, y, en 2002, no se les permitía trabajar para el Gobierno de Zimbabue¹⁶. El Reino Unido ha declarado que “se reservaría la facultad de impedir que (las EMSP) suscribieran contratos que fuera en contra de los intereses o la política del RU”¹⁷. Incluso sin que existan reglamentaciones al respecto, algunas EMSP británicas aplican la “política manifiesta... de consultar al Gobierno antes de celebrar un contrato con un cliente extranjero”¹⁸.

Aunque tanto Estados Unidos como el Reino Unido han reconocido detallados compromisos en materia de derechos humanos y de DIH que rigen la actividad de las EMSP en códigos de conducta voluntarios, como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas sobre los “Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos”¹⁹, esas obligaciones brillan por su ausencia en la legislación nacional. Esto es un claro indicio de que la reglamentación nacional que rige la industria de las EMSP tiene muy poco que ver con la promoción del cumplimiento del DIH, sino que está orientada principalmente a proteger los intereses de política exterior y de seguridad nacional de los Estados en que se constituyen las EMSP.

Los incentivos de los Estados donde se constituyen las EMSP para promover el cumplimiento de las normas

Preocupaciones relacionadas con la reputación y las repercusiones diplomáticas. La bibliografía jurídica internacional sobre la observancia de las normas

14 Ellen L. Frye, “Private military firms in the new world order: How redefining “mercenary” can tame the “dogs of war”, *Fordham Law Review*, vol. 73 (2005), p. 2647.

15 Ortiz, nota 7 *supra*, p. 213.

16 *Ibíd.*

17 Options for Regulation, RU, nota 5 *supra*, p. 25.

18 “We don’t operate in the shadows”, *Telegraph* (Reino Unido), edición 1632, 3 de diciembre de 1999, en línea en <http://www.telegraph.co.uk/> (consultado el 24 de octubre de 2006).

19 V. Pacto Mundial de las Naciones Unidas, Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos, publicado el 24 de junio de 1992, en línea en <http://www.unglobalcompact.org/> (consultado el 24 de octubre de 2006).

postula, entre otras cosas, que los Estados “obedecen las leyes internacionales cuando ello conviene a sus intereses a corto o largo plazo”²⁰. En el caso que nos ocupa, los Estados donde se constituyen las EMSP “garantizarán el respeto”²¹ del DIH cuando ello convenga a su reputación. Hay pruebas evidentes de que la actividad reguladora nacional se pone en marcha cuando hay acusaciones de conductas impropiedades de las EMSP en el extranjero.

Sudáfrica fue objeto de presiones internacionales para que controlase a notorias empresas con sede en ese país —en especial, Executive Outcomes— lo que dio lugar a la aprobación de la Ley de Reglamentación de la Asistencia Militar Extranjera de 1998²². En el Reino Unido, el examen por el Parlamento de la reglamentación sobre las EMSP lo incitó el asunto de las “armas para África”, en el que participaba Tim Spicer, un ex coronel británico que trabajaba para la compañía Sandline International, con oficinas en Londres (ahora cerradas)²³. En Estados Unidos, hubo gran actividad legislativa tras el escándalo de los malos tratos de prisioneros en Abu Ghraib, en el que estaban implicados contratistas estadounidenses²⁴.

Interés económico en la legitimidad de las EMSP nacionales. Henry Cummins aduce que los Estados en que se constituyen las EMSP tienen interés económico en fomentar la percepción de que sus EMSP son lícitas²⁵. Si bien es verdad que muchos Estados donde se constituyen EMSP pueden beneficiarse de los ingresos fiscales y de la contribución de dichas compañías al producto interior bruto, no hay que sobreestimar la fuerza de este incentivo. También se basa en la presunción de que las EMSP “malas” no son lucrativas, concepto que se impugna más adelante en este artículo.

Estados de origen del personal de las EMSP

El personal de las EMSP proviene de un grupo de Estados cada vez más diversificado. Aunque tradicionalmente, la mayor parte del personal estaba formada por ex miembros de las fuerzas armadas de países desarrollados, la tendencia actual es a contratar a ex combatientes de países en desarrollo, como Colombia, Guatemala,

20 Harold Hongju Koh, “Transnational legal process”, *Nebraska Law Review*, vol. 75 (1996), p. 199; pero, v. Markus Burgstaller, *Theories of Compliance with International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, p. 157–65.

21 V. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I Convenio de Ginebra), en línea en <http://www.cicr.org> (consultado el 24 de octubre de 2006).

22 Ortiz, nota 7 *supra*, p. 215; Regulation of Foreign Military Assistance Act (South Africa), N.º 15, 1998.

23 Options for Regulation, RU, nota 5 *supra*, p. 6.

24 V., v.g., Ley sobre la responsabilidad de los contratistas, de 2004 (Estados Unidos), HR 4387, 18 de mayo de 2004; Ley de aclaración MEJA, de 2004 (Estados Unidos), 108º Congreso, 2º período de sesiones, HR 4390, 19 de mayo de 2004; Ley sobre la gestión civil de la estabilización y la reconstrucción, de 2005 (Estados Unidos), 109º Congreso, 1º período de sesiones, S 209, 31 de enero de 2005; Ley de fortalecimiento de la seguridad interna, de 2005 (Estados Unidos), 109º Congreso, 1º período de sesiones, HR 1361, 17 de marzo de 2005; Ley sobre la transparencia y la responsabilidad en la contratación de seguridad (Estados Unidos), 109º Congreso, 1º período de sesiones, 26 de abril de 2005; Ley Ronald W. Reagan sobre la autorización de la defensa nacional para el año fiscal 2005, S 2400, 1 864, 865, 1021.

25 V. Cummins, nota 12 *supra*, p. 9.

El Salvador, Nicaragua y Chile²⁶. En Irak, crece el reclutamiento de nacionales, con el efecto de que la relación entre el personal expatriado y el personal local es de 1:10. Esto ha causado problemas a compañías como Aegis Defense Systems, recientemente reprobada tras una auditoría del Gobierno de Estados Unidos, que determinó que la investigación de los antecedentes de sus empleados iraquíes no era suficientemente estricta²⁷.

La contribución de los Estados de origen del personal al riesgo de que se produzcan infracciones

Problemas de supervisión y débiles medidas para velar por el cumplimiento extraterritorial de las normas. Como ya se ha dicho con referencia a los Estados donde se constituyen las EMSP, los Estados de procedencia del personal tienen aún menos probabilidades de controlar las infracciones del DIH cometidas por sus ciudadanos en lugares geográficamente distantes. En la práctica, las alegaciones extraterritoriales de jurisdicción basadas exclusivamente en la nacionalidad del infractor son relativamente escasas.

Incentivos de los Estados de origen del personal para promover el cumplimiento de las normas

Repercusiones diplomáticas. A lo largo de la historia y hasta el presente, muchos Estados han optado por prohibir a sus ciudadanos que se embarquen en actividades militares en el extranjero sin la aprobación del soberano o del Estado. Esta actitud refleja preocupaciones relacionadas con la política exterior, incluidas las repercusiones diplomáticas causadas por la percepción de que esos Estados participan indirectamente en una guerra²⁸. En un caso reciente, Sudáfrica tenía la preocupación de que se pensara que apoyaba en forma indirecta la guerra liderada por Estados Unidos en Irak, así como un complot para dar un golpe de Estado en Guinea Ecuatorial, porque en esos países, había numerosos sudafricanos que trabajaban para las EMSP²⁹.

26 Sonni Efron, "Troops for hire", Edmonton Journal, 2 de agosto de 2005, p. E11 (Proquest); v. también Richard Norton-Taylor, "Army fears loss of top troops to private firms", *Guardian* (Reino Unido), 8 de agosto de 2005, en línea en Corpwatch, <http://www.corpwatch.org/> (consultado el 24 de octubre de 2006).

27 Tony Capaccio, "U.S. military tightens rules for contractors in combat zones", *Bloomberg*, 27 de octubre de 2005, en línea en IPOA, <http://www.ipoaonline.org/> (consultado el 24 de octubre de 2006).

28 V.,v.g., *A Proclamation Prohibiting His Majesties Subjects to Enter into the Service of Foreign Princes and Lands, Sovereign*, 1685-1688: James II, England and Wales, reproducida en Early English Books Online: 1641-1700, UMI, Ann Arbor, Mich., 1999-2005, p. 962:5; Penal Code (Sweden) (Código Penal de Suecia), 1999:36, c. 18: s. 4, en línea en Buffalo Criminal Law Center, <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/sweden.pdf> (consultado el 24 de octubre de 2006); Crimes (Foreign Incursions and Recruitment) Act 1978 (Australia), Ley N.º 13 de 1978, con sus modificaciones conforme a Ley N.º 104 de 2004, s. 6(1); Foreign Enlistment Act (Canada), R.S.C. 1985, c. F-28; Shameem, nota 5, p. 7 (Ley de Namibia).

29 Claude Voillat, "Private military companies: A word of caution", en línea en Humanitarian Practice Network, <http://www.odihpn.org/report.asp?ID52675> (consultado el 24 de octubre de 2006); v. también "Memorandum on the object of the Prohibition of Mercenary Activities and Prohibition and Regulation of Certain Activities in an Area of Armed Conflict Bill, 2005" (South Africa) (documento en poder del autor).

Sin embargo, es probable que los incentivos diplomáticos de los Estados de origen del personal sean más débiles que los alicientes similares de los Estados donde se constituyen las EMSP. Ello se debe al secretismo que reina en este sector industrial, lo que significa que las identidades del personal de las EMSP se mantienen normalmente en estricto secreto³⁰.

Estados donde operan las EMSP

Las EMSP tienen una importante presencia operacional en más de cincuenta Estados en todo el mundo³¹. Los incidentes más notorios en la actividad de las EMSP desde el final de la Guerra Fría han tenido lugar en ex Yugoslavia, Sierra Leona, Angola, Papúa Nueva Guinea, Afganistán e Irak. Algunos Estados, como Angola, incluso exigían a las empresas extranjeras que “velaran por su propia seguridad contratando empresas de seguridad privadas”³². Los Estados donde operan las EMSP disponen de incentivos relativamente fuertes para limitar las infracciones del DIH cometidas por esas compañías cuando actúan para clientes no estatales. Ahora bien, estos incentivos funcionan a condición de que el Estado donde opera la EMSP ejerza un control completo sobre su territorio, lo cual, durante un conflicto armado, suele ser dudoso.

La contribución de los Estados donde operan las EMSP al riesgo de infracciones de las normas

Pérdida del control completo sobre el territorio nacional; recursos insuficientes para la supervisión. El riesgo de que las EMSP violen las normas del DIH en los Estados donde operan se debe principalmente a consideraciones prácticas que se relacionan con la propia existencia del conflicto armado. Los Estados en que operan las EMSP suelen perder parte del control efectivo sobre su territorio nacional durante un conflicto armado y carecen de recursos suficientes para vigilar a las EMSP. Por ejemplo, como potencia ocupante, y, por ende, por desempeñar de hecho el papel del Estado donde operan las EMSP, las fuerzas armadas de Estados Unidos casi nunca han intervenido para ocuparse de acusaciones relacionadas con comportamientos incorrectos de las EMSP. De hecho, cuando los *marines* estadounidenses detuvieron a miembros del personal de Zapata Engineering en Faluya por disparar, supuestamente, de manera indiscriminada contra personas civiles, sólo lo hicieron cuando sus soldados fueron testigos presenciales directos de la supuesta infracción³³. Del mismo modo, en Afganistán, el Estado en el que

30 V.,v.g., CACI, “Employees in Iraq”, 4 de noviembre de 2004, en línea en http://www.caci.com/iraq_faqs.shtml (consultado el 24 de octubre de 2006).

31 Shameem, nota 5 supra, p. 12.

32 *Private Military Firms: Working Group on Private Military Companies*, Centro de Ginebra para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas (DCAF), Ginebra, 2004, p. 12.

33 “Army Chief notes “problematic” potential of armed contractors on the battlefield”, *Defense Daily International*, vol. 6, ed. 35, 9 de septiembre de 2005, p. 1 (Proquest).

operan las EMSP, es decir, Estados Unidos, comenzó a investigar y enjuiciar a los empleados de las EMSP por presuntas infracciones sólo tras haber recuperado casi por completo el control sobre su territorio³⁴.

Además, es probable que las EMSP contratadas por partes adversarias en el conflicto sean simplemente tratadas como “el enemigo”, y se haga por ello caso omiso de ellas como actor independiente con el cual dialogar acerca del cumplimiento del DIH.

Incentivos de los Estados en los que operan las EMSP para promover el cumplimiento de las normas

Proteger la base de apoyo político contra las infracciones. En la teoría de la economía política, se señala que los funcionarios gubernamentales reaccionan a situaciones que podrían afectar a sus intereses personales como políticos, como puede ser que su base política se debilite o se vuelva contra ellos³⁵. Por ejemplo, ciertos estudios empíricos han puesto de manifiesto una correlación directa entre los aumentos de los gastos de defensa y los ciclos electorales en Estados implicados en un conflicto armado³⁶. En consecuencia, los Estados donde operan las EMSP disponen de un incentivo para reglamentar la actividad de tales empresas que trabajan en su territorio, lo que está en consonancia con sus obligaciones según el DIH, “a fin de garantizar el respeto del DIH y ejercer lo que se conoce como ‘diligencia debida’, haciendo lo necesario para prevenir y castigar las infracciones cometidas por personas o entidades que operan en su territorio o desde él”³⁷.

En Papúa Nueva Guinea, las actividades de Sandline International se convirtieron en un importante tema electoral, tanto que “cada miembro del Parlamento que ocupaba un escaño tuvo que afrontar esa crítica, formara o no parte del Gobierno”³⁸. En Irak, la Autoridad Provisional de la Coalición respondió a la proliferación de las EMSP promulgando el Memorando N.º 17 de la Autoridad Provisional de la Coalición, por el que se exige, entre otras cosas, que todas las EMSP, sus oficiales y su personal se sometan a una investigación de antecedentes para “garantizar la identificación de elementos criminales u hostiles”³⁹. Las EMSP corren el riesgo de que se les incaute una fianza de 25.000 dólares EE.UU. y que se les suspenda o revoque la licencia de trabajo si existen motivos razonables para

34 En septiembre de 2004, tres miembros del personal de una empresa militar privada fueron condenados a 10 años de prisión por un tribunal afgano, que los declaró culpables de torturas, de dirigir una cárcel privada y de efectuar detenciones ilegales: Shameem, nota 5 *supra*, p. 14.

35 V., v.g., “Administrative & civil service reform”, World Bank Group, en línea en <http://www1.worldbank.org/prem/acr/mainpage.html> (consultado el 24 de octubre de 2006).

36 Alex Mintz y Michael D. Ward, “Electoral cycles and defence spending in Israel: An analysis of quarterly data”, in Andrew L. Ross (ed.), *The Political Economy of Defence: Issues and Perspectives*, Greenwood Press, Nueva York, 1991, pp. 135–7, 150–1.

37 CICR, nota 4 *supra*.

38 *Aita Ivarato v. Peti Lafanama and Electoral Commission of Papua New Guinea* [1998] PGSC 27 (28 de agosto de 1998) (Corte Suprema de Papúa Nueva Guinea) (PacLII).

39 “Coalition Provisional Authority Memorandum Number 17: Registration Requirements for Private Security Companies (PSC)” (Irak), CPA/MEM/26 June 2004/17, 26 de junio de 2004, s. 2(5).

creer que han violado las leyes aplicables⁴⁰. Se les permite proseguir las operaciones si despiden de inmediato al personal que presuntamente violó las normas y si cooperan con los funcionarios encargados de aplicar la ley⁴¹.

Clientes

Los clientes de las EMSP son muy diversos y entre ellos hay Estados, grupos armados no estatales, empresas, organizaciones no gubernamentales (ONG), organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas y personas particulares⁴². Tim Spicer, el fundador de Sandline International, admitió, en forma ominosa, que “nuestros clientes quizás no sean elegidos democráticamente, tal y como entendemos ese concepto en Occidente, pero están apoyados”⁴³. A pesar de la diversidad de los clientes, hay cierto grado de similitud en los riesgos e incentivos relacionados con las EMSP que contratan.

Contribución de los clientes al riesgo de infracciones

“*Tercerización*” de los transgresores. Puede suceder que los clientes contraten a las EMSP para que realicen ciertas tareas a fin de poder distanciarse ellos, política o incluso jurídicamente, de actividades inapropiadas o impopulares, que llevan a cabo las empresas contratadas⁴⁴. Los criminólogos Ruth Jamieson y Kieran McEvoy argumentan que los Estados intentan “enmascarar su responsabilidad en crímenes del Estado a través de la “tercerización” tanto de los autores como de las víctimas”⁴⁵, incluso mediante “la utilización de mercenarios y firmas militares del sector privado para tercerizar las acciones ilícitas del Estado”⁴⁶. El politólogo Peter Singer está de acuerdo en que un riesgo clave de las EMSP es que “permiten a los Gobiernos realizar acciones que de otro modo no serían posibles, como las que no recibirían la aprobación legislativa o pública”⁴⁷. Los crímenes del Estado pueden limitarse gracias a su divulgación en los medios informativos, pero los criminólogos advierten que el poder de este control es variable, ya que depende de la alineación ideológica de

40 Ibid., ss. 3(3), 4(2)(b).

41 Ibid., s. 4(2)(b).

42 Hasta el CICR admite que contrata este tipo de empresas, pero “sólo en casos excepcionales y exclusivamente para la protección de instalaciones”. CICR, nota 4 supra.

43 Andrew Gilligan, “Inside Lt. Col. Spicer’s new model army”, *Telegraph* (Reino Unido), ed. 1276, 22 de noviembre de 1998, en línea en <http://www.telegraph.co.uk/> (consultado el 24 de octubre de 2006).

44 Para un ejemplo de distanciamiento político general, v. Kevin A. O’Brien, “Leash the dogs of war”, *Financial Times*, 20 de febrero de 2002, en línea en *Global Policy Forum*, <http://www.globalpolicy.org> (la contratación por Estados Unidos de DynCorp para dirigir la fuerza de supervisión en Kosovo) (consultado el 24 de octubre de 2006).

45 Ruth Jamieson y Kieran McEvoy, “State crime by proxy and juridical othering”, *British Journal of Criminology*, vol. 45 (2005), p. 504.

46 Ibid.

47 P. W. Singer, “Outsourcing war”, *Foreign Affairs*, vol. 84, ed. 2 (2005), p. 119 (Proquest).

cada medio y de su acceso a las infracciones o de su habilidad para descubrirlas⁴⁸. Esta combinación de la dependencia de las EMSP para que hagan el “trabajo sucio” y la eliminación de la supervisión democrática es una perspectiva preocupante, que incrementa los riesgos de infracción del DIH.

También se ha señalado que “las grandes recompensas que se ofrecen por la captura de miembros de Al Qaeda en Afganistán han contribuido a la expansión de la actividad de las empresas de seguridad privadas en el país”⁴⁹. La perspectiva de la “recompensa” distancia aún más a Estados Unidos de las acusaciones de presuntos actos ilícitos, dado que no hay una relación directa entre esas activas EMSP y el Gobierno estadounidense.

Demanda en el mercado de servicios “agresivos” o “de mala fama”. Según la teoría económica, si el mercado demanda un servicio en particular, aparecerá un proveedor dispuesto a ofrecer sus servicios, siempre que le resulte lucrativo hacerlo. Incluso las propias EMSP han admitido que “la recompensa comercial que ofrece un posible cliente particular puede ser sencillamente demasiado grande para que la compañía no haga caso, o tal vez la compañía es inconformista y le interesa más trabajar para grupos rebeldes no reconocidos que para Gobiernos legítimos”⁵⁰.

En las contrataciones de EMSP por Estados Unidos, Deborah Avant ha observado una tendencia cada vez más fuerte a la selección de compañías “cowboy”, así denominadas por ser las que adoptan posturas más agresivas sobre el terreno. La consecuencia es que “cuanto más Estados Unidos elige a empresas “cowboy”, tanto mayor es la probabilidad de que esto induzca un cambio de las normas que rigen a las empresas privadas de seguridad”⁵¹. En un ejemplo más matizado, “los empleados de MPRI [una empresa de seguridad privada estadounidense] admitieron que, a veces, era difícil mantenerse en la línea de conducta de recomendar, por un lado, una adhesión estricta y clara a las leyes de la guerra y, por otro, forjar un entendimiento mutuo con el personal que estábamos formando, a fin de influir mejor en sus decisiones y comportamientos en el futuro”⁵². Más adelante, se examinarán en detalle otros efectos de este fenómeno a nivel de las EMSP individuales.

Deficiencias en la administración de contratos. Ciertos estudios de gestión han demostrado que la deficiente gestión y administración de los contratos es un problema sistemático, dado que se trata de un “proceso manual, que consume mucho tiempo” y los datos contractuales son una mezcla de elementos cualitativos y cuantitativos que no resulta fácil amalgamar con fines de seguimiento y de

48 Jeffrey Ian Ross, “The future of controlling state crime: Where do we go from here?”, en Jeffrey Ian Ross (dir.), *Controlling State Crime*, 2ª ed., Transaction Publishers, Londres, 2000, p. 423; v. también “Media complicity in a “fine little war””, en Christina Jacqueline Johns y P. Ward Johnson (dirs.), *State Crime, the Media, and the Invasion of Panama*, Praeger, Westport, Connecticut, 1994, p. 63.

49 Shameem, nota 5 *supra*, p. 14.

50 Sandline, nota 11 *supra*, p. 2.

51 Deborah D. Avant, *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 228.

52 *Ibid.*, p. 224.

síntesis⁵³. Éste es un problema particularmente grave, ya que se ha comprendido que la “capacidad de vigilancia y de sanción de los consumidores” es un aspecto importante del establecimiento de un control por parte del cliente de las actividades de las EMSP⁵⁴, pero, en la práctica, esa gestión y supervisión casi nunca se ejercen⁵⁵. Los estudios de gestión también han demostrado que la mayor parte de los fallos en los servicios se deben a malentendidos del cliente acerca de cómo se desarrolla el proceso de prestación de servicios⁵⁶. Esto se ve claramente en el Informe Fay sobre los malos tratos infligidos a los prisioneros en Abu Ghraib, en el que se dictaminó que los soldados estadounidenses “nunca recibieron parámetros ni directrices sobre la forma de utilizar al personal de CACI [una empresa militar privada estadounidense]”, y “nunca fueron informados de que el Gobierno podía rechazar a empleados de CACI cuyo comportamiento no fuera satisfactorio”⁵⁷.

Dificultades para establecer la responsabilidad penal de los clientes. En muchas jurisdicciones nacionales, existen obstáculos jurídicos que impiden atribuir responsabilidad penal a las empresas clientes por el comportamiento de las EMSP que contratan⁵⁸. Lo que puede agravar el riesgo de que se produzcan infracciones del DIH. Significativamente, una disposición de nivel internacional que hubiera permitido a la Corte Penal Internacional ejercer jurisdicción sobre las personas jurídicas fue rechazada durante las negociaciones⁵⁹.

Incentivos de los clientes para promover el cumplimiento de las normas

Responsabilidad del Estado por los clientes estatales. El derecho internacional relativo a la responsabilidad de los Estados brinda un contrapeso limitado al riesgo de la “tercerización” antes descrito. Conforme al Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, un Estado cliente puede incurrir en responsabilidad internacional por infracciones contra el DIH cometidas por sus EMSP, si la empresa en cuestión: (a) estaba facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones gubernativas; (b) actuaba según las instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado; o (c) ejercía

53 Ashif Mawji, “Compliant or competitive: How about both?”, *Contract Management*, vol. 45, ed. 8 (2005), p. 38, cifra 1 (Proquest). Con respecto a las mejores prácticas en materia de administración de contratos, v. Gregory A. Garrett y otros, “Managing contracts in turbulent times: The contract management maturity model”, *Contract Management*, vol. 45, ed. 9 (2005), p. 48 (Proquest).

54 Avant, nota 51 *supra*, p. 220.

55 Singer, nota 47 *supra*.

56 Anders Gustafsson y Michael D. Johnson, *Competing in a Service Economy: How to Create a Competitive Advantage through Service Development and Innovation*, Jossey-Bass, San Francisco, 2003, p. 50.

57 General de División George R. Fay, AR 15–6 *Investigation of the Abu Ghraib Detention Facility and 205th Military Intelligence Brigade* (Informe Fay), agosto de 2004, p. 50, en línea en United States Department of Defense, <http://www.defenselink.mil/news/Aug2004/d20040825fay.pdf> (CACI era la compañía contratada para proveer interrogadores en Abu Ghraib) (consultado el 24 de octubre de 2006).

58 CICR, nota 4 *supra*.

59 Rebecca Bratspies, “‘Organs of society’: A plea for human rights accountability for transnational enterprises and other business entities”, *Michigan State Journal of International Law*, vol. 13 (2005), pp. 25–7.

de hecho atribuciones gubernativas en ausencia o a falta de autoridades oficiales⁶⁰. Sin embargo, la responsabilidad del Estado sigue siendo en gran medida algo teórico, y raras veces ha sido invocada en la práctica. También es significativo que el Departamento de Defensa de Estados Unidos haya aprobado recientemente una reglamentación sobre los contratistas de EMSP que podría tener el efecto de limitar algunos aspectos de la responsabilidad estatal atribuible a Estados Unidos por infracciones del DIH cometidas por sus contratistas. En esas instrucciones se especifica que el sector privado queda excluido de ejercer funciones y deberes que sean *de índole inherentemente gubernamental*⁶¹.

Demanda de servicios “de buena fama” en el mercado. Debe hacerse una distinción fundamental entre clientes que contratan a EMSP con la expectativa (como finalidad o contingencia) de que esas empresas no respeten plenamente el DIH, y los que exigen la estricta adhesión a las normas del DIH. Algunas EMSP reconocen que muchos clientes están interesados en contratar empresas que sean “internacionalmente aceptables” y, por esa razón, están a favor de un régimen de certificación⁶². Los clientes que solicitan los servicios de EMSP de “buena fama” pueden reforzar el cumplimiento del DIH en forma más generalizada y en todo el mercado. Los clientes denominados de “primera clase”, como las Naciones Unidas y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), tienen incentivos extremadamente fuertes para contratar únicamente a EMSP cuyos antecedentes en materia de observancia del DIH sean inmaculados. Sin embargo, la cuota de mercado de esas organizaciones internacionales no es, en modo alguno, predominante. Las consecuencias de una división del mercado entre la demanda de consumidores que exigen servicios de EMSP “de mala fama” y “de buena fama” pueden ser importantes:

Los que pagan son tanto actores estatales como no estatales. ¿En qué medida esos diferentes tipos de consumidores se pondrán de acuerdo sobre lo que constituye un comportamiento lícito o una autorización legítima? Si no lo hacen, *la competencia entre las normas debilitará la influencia de éstas sobre la conducta*⁶³.

Interés del cliente en la correcta prestación de los servicios y en las protecciones contractuales. Los clientes tienen un interés económico y jurídico general en obtener

60 Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado en el 53º período de sesiones, noviembre de 2001, arts. 5, 8, 9, en línea en ILC, <http://www.un.org/law/ilc/> (consultado el 24 de octubre de 2006). V. también CICR, nota 4 *supra*; y v. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, Informes de la CIJ, 1986 (con respecto a la prueba de “control eficaz”).

61 Departamento de Defensa de EE.UU., *Instruction No. 3020.41: Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces*, 3 de octubre de 2005, s. 6.1.5 (el subrayado es nuestro).

62 Sandline International, nota 11 *supra*, p. 3.

63 Deborah Avant, “Market allocation of force and the prospects for global security professionals”, Conference “Beyond Terror: A New Security Agenda”, 3 y 4 de junio de 2005, en línea en Watson Institute for International Studies, <http://www.watsoninstitute.org/gs/beyondterror/avant.htm> (el subrayado es nuestro).

lo que han contratado, ni más, ni menos. Por lo tanto, tienen un incentivo para garantizar la correcta prestación de los servicios de las EMSP, en cuyo transcurso las infracciones del DIH (cuando eran imprevisibles) constituyen una violación de las condiciones de servicio. Si aplicasen un enfoque activista, los clientes “de buena fama” exigirían mecanismos contractuales destinados a vigilar y castigar las infracciones del DIH cometidas por las EMSP que contratan. Según la Asociación Internacional de Operaciones de Paz (IPOA), una asociación industrial de EMSP sita en Estados Unidos, “las obligaciones contractuales pueden ser mucho más específicas e intervencionistas que las directrices y reglamentos generales. Pueden incluir la presencia de observadores militares, el incremento de la transparencia y sanciones financieras y jurídicas pormenorizadas en caso de incumplimiento”⁶⁴.

Por ejemplo, el contrato entre el Departamento de Defensa de Estados Unidos y Titan Inc., por el que ésta debía proporcionar lingüistas para los interrogatorios en Abu Ghraib, contenía una cláusula “que permite al Oficial Contratante ordenar al contratista que retire a los lingüistas del lugar donde están trabajando. Esta cláusula se ha invocado ocasionalmente, en casos de mal comportamiento”⁶⁵. Pero, como ya se ha dicho, es necesario tener en cuenta la limitada capacidad de los clientes para gestionar correctamente los contratos. También se ha aducido que “en general, los mecanismos del mercado son herramientas toscas y los mercados brindan menos cauces para que los consumidores expliquen sus opciones que los que las jerarquías ofrecen a sus superiores”⁶⁶.

Responsabilidad civil de los clientes. Los expertos en derecho internacional han señalado que puede atribuirse a las compañías responsabilidad civil en el marco de la Ley de Demandas por Daños y Perjuicios contra Extranjeros de Estados Unidos⁶⁷, en caso de infracciones graves del DIH⁶⁸. Algunos han afirmado que la jurisprudencia existente brinda el fundamento que justificaría que los clientes empresariales asuman su responsabilidad por las infracciones del DIH, si existe “un grado sustancial de cooperación” entre ellos y las EMSP que contratan⁶⁹. Sin embargo hasta ahora, nunca se ha atribuido responsabilidad civil a una compañía, en virtud de la Ley de Demandas por Daños y Perjuicios contra Extranjeros, a causa de infracciones cometidas por una EMSP contratada por esa compañía; se trata de una disposición cuyo alcance se ha restringido en la jurisprudencia reciente, que en muchos casos sigue tropezando con obstáculos jurisdiccionales importantes, y que no ha sido imitada en otras jurisdicciones⁷⁰. Así pues, la limitada posibilidad

64 Brooks, nota 1 *supra*, p. 4.

65 Fay Report, nota 57 *supra*, p. 48.

66 Avant, nota 51 *supra*, p. 220.

67 Ley de Demandas por Daños y Perjuicios contra Extranjeros (Estados Unidos), 28 USC 11350.

68 Gregory G. A. Tzeuschler, “Corporate violator: The alien tort liability of transnational corporations for human rights abuses abroad”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 30 (1999), pp. 411–12.

69 Tina Garmon, “Domesticating international corporate responsibility: Holding private military firms accountable under the Alien Tort Claims Act”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 11 (2003), p. 353.

70 V. *Business and International Crimes: Assessing the Liability of Business Entities for Grave Violations of International Law*, *International Peace Academy y Fafo, Allkopi Sarpsborg*, Noruega, 2002, pp. 14–15.

de que los clientes corporativos asuman la responsabilidad civil de las infracciones cometidas en el extranjero por las EMSP sigue siendo, por ahora, un incentivo relativamente débil para hacer cumplir las normas.

La industria de las EMSP

Desde la perspectiva de la estrategia empresarial, el sector industrial de las EMSP consideraría a las fuerzas armadas públicas nacionales como su principal rival en ejercicio. Este conocimiento conlleva tanto riesgos como incentivos para el cumplimiento del DIH.

La contribución de la industria de las EMSP al riesgo de violaciones

Ciertos intereses no favorecen la observancia del DIH. Una de las principales “ventajas competitivas” de las EMSP en comparación con las fuerzas armadas nacionales es su capacidad de desplegarse y emplear la fuerza con rapidez. Claude Voillat, del CICR, ha advertido que la “presión por obtener ganancias no favorece una sólida integración del DIH en las prácticas comerciales”⁷¹. Estas preocupaciones son coherentes con el riesgo detectado en la bibliografía sociológica de que “el éxito económico, la competencia por recursos que escasean y la erosión de las normas”⁷² pueden suscitar conductas ilícitas en las organizaciones de manera *sistemática*.

Negar, de manera generalizada, la existencia de infracciones del DIH. El interés de las EMSP en ser percibidas como legítimas puede incrementar el riesgo de que se produzcan infracciones del DIH si ese interés las induce a negar, en forma generalizada, la existencia de infracciones. Por su parte, IPOA niega que las violaciones de los derechos humanos o del DIH sean generalizadas, argumentando que “la mayoría de los temores expresados por los críticos sólo existen como teorías retóricas”⁷³. Durante su existencia, Sandline International atribuía las acusaciones relativas a sus presuntas infracciones a la propaganda de los oponentes militares de sus clientes⁷⁴. Del mismo modo, a pesar de existir informes en los que se implica a su personal en posibles violaciones del DIH en Abu Ghraib, CACI sigue negando la existencia de actos incorrectos⁷⁵.

La incapacidad del sector de las EMSP de reconocer el problema de las infracciones es, en sí misma, motivo de graves preocupaciones. Negar que estén ocurriendo infracciones es una cosa, y publicar los hallazgos de las investigaciones y enjuiciar a los infractores conocidos, es otra.

71 Voillat, nota 29 *supra*.

72 Diane Vaughan, *Controlling Unlawful Organizational Behavior: Social Structure and Corporate Misconduct*, University of Chicago Press, Chicago, 1983, p. 62.

73 Brooks, nota 1 *supra*, p. 4.

74 Sandline International, nota 11 *supra*, p. 3.

75 CACI, nota 30 *supra*.

Incentivos para que el sector de las EMSP promueva el cumplimiento de las normas

Aceptar la legitimidad del sector. Las EMSP “anhelan presentarse como entidades respetables que ocupan un lugar natural en el frecuentemente complicado orden mundial posterior a la Guerra Fría”⁷⁶. Si se desea que el sector de las EMSP se convierta en un competidor sostenible de las fuerzas armadas nacionales, la estrategia empresarial aconseja que ese sector mejore en lo que atañe a la aceptación y la legitimidad por su respeto del DIH. Henry Cummins describe la legitimidad, en este contexto, como la “ventaja moral” basada en “la reputación, la transparencia, el historial y la conducta ética”⁷⁷. Por lo tanto, el sector tiene un incentivo poderoso para identificar y poner en la “lista negra” a las empresas que infrinjan el DIH.

Aunque ese incentivo todavía no se ha puesto plenamente de manifiesto en la práctica, es una posibilidad objetiva. Muchas de las principales EMSP, sobre todo las estadounidenses, son miembros de IPOA, que en 2005 adoptó un código de conducta redactado mayormente por ONG⁷⁸, por el cual los miembros de IPOA acordaban respetar el DIH:

En todas sus operaciones, los Firmantes respetarán la dignidad de todos los seres humanos y observarán estrictamente todas las leyes y protocolos internacionales relativos a los derechos humanos. Adoptarán todas las medidas factibles para reducir a un mínimo la pérdida de vidas y la destrucción de bienes. Los Firmantes acuerdan respetar todas las normas del DIH y del derecho de los derechos humanos que sean aplicables, así como todos los protocolos y convenciones internacionales, entre otros:

- la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948),
- los Convenios de Ginebra (1949),
- los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra (1977),
- el Protocolo sobre el Uso de Armas Tóxicas y Químicas (1979),
- y los Principios Voluntarios sobre la Seguridad y los Derechos Humanos (2000)

En tanto que las infracciones menores han de abordarlas de manera proactiva las propias empresas, los Firmantes se comprometen a cooperar plenamente con las investigaciones oficiales, en la medida de lo posible y a reserva de las limitaciones contractuales y jurídicas, en los casos de denuncias de violaciones contractuales e infracciones del DIH y del derecho de los derechos humanos⁷⁹.

76 Gilligan, nota 43 *supra*.

77 Cummins, nota 12 *supra*, p. 5.

78 Brooks, nota 1 *supra*, p. 4.

79 Código de conducta de IPOA, IPOA (Asociación Internacional de Operaciones de Paz), 31 de marzo de 2005, en línea en <http://www.ipoaonline.org/en/standards/code.htm> (consultado el 24 de octubre de 2006).

Aunque IPOA no ha dado a conocer denuncias formales, la inobservancia del código de conducta puede acarrear sanciones e incluso la expulsión de la asociación. IPOA también ha creado un comité de normas encargado de revisar y hacer cumplir el citado código⁸⁰. La viabilidad de este nuevo modelo se analiza en mayor detalle en la Conclusión del presente artículo.

Las empresas establecidas tienen mayor interés en la buena reputación del sector. Las EMSP más antiguas o establecidas tienen mayor interés en preservar la reputación del sector en su conjunto que las advenedizas⁸¹, porque han invertido más en el derecho de amparo de su marca. Por ejemplo, ArmorGroup, una empresa fundada hace 24 años y sita en el Reino Unido, ha declarado lo siguiente: “También es preocupante que algunas compañías reclamen inmunidad (de enjuiciamiento) en Irak. Nosotros no queremos inmunidad, ni la necesitamos. Siempre hemos trabajado respetando las leyes de los países donde actuamos”⁸². Esto evidencia que hablar de un “sector de las EMSP” homogéneo puede ser una simplificación, dadas las diferencias entre las sociedades que lo componen. A continuación, se examinará esa diversidad al nivel de las diversas empresas.

Las EMSP individuales

Jeff Herbst “predijo que surgiría una distinción entre las compañías de nivel superior, (que atraen a las Naciones Unidas, a las ONGI y a otros miembros prominentes de la comunidad internacional a causa de su voluntad de respetar el derecho internacional), y las empresas de nivel inferior (que atraen a elementos ilícitos)”⁸³. La teoría económica y la estrategia empresarial, así como la práctica, ponen de manifiesto que el sector de las EMSP está madurando y que la segmentación del mercado anunciada por Herbst comienza a materializarse en el plano de las empresas individuales. La segmentación del mercado se caracteriza por el hecho de que las empresas adaptan u ofrecen sus productos o servicios a determinados grupos de consumidores específicos. Una empresa puede mejorar su rentabilidad ajustando mejor sus productos a las preferencias de determinados tipos de clientes, lo que hace que una marca o una reputación en el mercado queden asociadas a la compañía en sí o a las personas que la dirigen⁸⁴. Con respecto a las EMSP individuales, esta situación trae consigo tanto incentivos para el cumplimiento como riesgos de incumplimiento del DIH.

80 IPOA, “Committees”, en línea en <http://www.ipoaonline.org/> (consultado el 24 de octubre de 2006).

81 Voillat, nota 29 *supra*.

82 Keilthy, nota 3 *supra*.

83 Avant, nota 51 *supra*, p. 221, donde se hace referencia a Jeffrey Herbst, “The regulation of private security firms”, en Greg Mills y John Stremmlau (dirs.), *The Privatization of Security in Africa*, SAIIA Press, Johannesburg, 1999, pp. 122–5.

84 V. Malcolm McDonald e Ian Dunbar, *Market Segmentation*, Macmillan Business, Londres, 1995, pp. 15–16.

Contribución de las EMSP individuales a los riesgos de infracción

Segmentación del mercado: empresas “agresivas” o “malas”. Uno de los riesgos más importantes para el DIH son las EMSP que lucran con su “mala” reputación en un mercado segmentado. Ciertos clientes buscan compañías que estén dispuestas a ser más “agresivas” en su interpretación del DIH o incluso a infringirlo, a cambio de un precio⁸⁵. Algunos miembros del sector de las EMSP han reconocido que ciertas empresas son en buena parte atrayentes precisamente porque se encuentran al margen de las fuerzas armadas estatales formales, y están “mucho menos entrenadas, su nivel de responsabilidad es muy inferior y su reputación desprende ya el tufillo de las malas pasadas”⁸⁶.

Al contratar a estas empresas “malas”, es posible que los clientes perciban el beneficio de indicar que su postura es más agresiva en un conflicto armado determinado, o en el contexto posterior a un conflicto, como lo ha hecho Estados Unidos en la contratación de EMSP en Irak, urgido por la creciente insurgencia. Este fenómeno se refleja en la decisión de contratar a Aegis Defence Services, fundada por Tim Spicer (socio fundador de Sandline International, una empresa que ya no existe) llevar a cabo una guerra de movimientos (mobile vehicle warfare) y las operaciones contra los francotiradores. Los comentaristas suponen que, “por su currículum y sus antecedentes de aceptar tareas temerarias, es posible que Spicer haya resultado más atrayente que las compañías que *respetan más las normas*”⁸⁷. En efecto, en vista de la posibilidad de que las EMSP cambien de nombre o se reorganicen, parece ser que la diferenciación entre marcas y la segmentación del mercado en este sector se basa principalmente en la identidad de los funcionarios o directores de estas compañías (como el coronel Spicer).

La competencia, la decreciente calidad del personal y los costos de investigar los antecedentes del personal. La mayor demanda de servicios de las EMSP a resultas de los conflictos armados en Afganistán e Irak ha dado lugar a una “intensa competencia que ha hecho disminuir los precios de los servicios de seguridad. La incertidumbre política y el auge de la violencia han obstaculizado la reconstrucción, demorado los contratos y aumentado los costos”⁸⁸. Esta situación ha llevado a algunas empresas a ahorrar costos en sus procedimientos de investigación de antecedentes. Por ejemplo, los investigadores estadounidenses del escándalo de los malos tratos a los prisioneros en Abu Ghraib descubrieron que “aproximadamente el 35 por ciento de los interrogadores contratados carecía de capacitación militar formal en técnicas de interrogación”. En otros casos, las investigaciones de los contratistas que

85 Ésta sería una forma negativa de la “segmentación de los beneficios”, por la cual los consumidores seleccionan un servicio o producto determinado en función de los beneficios que, según su percepción, ese servicio o producto les proporciona. V. J. Paul Peter y Jerry C. Olson, *Consumer Behavior and Marketing Strategy*, 7ª ed., McGraw-Hill Irwin, Boston, 2005, pp. 383–4.

86 Avant, nota 51 *supra*, p. 227.

87 *Ibid.*, pp. 226–7 (el subrayado es nuestro).

88 James Boxell, “Competition hits security groups in Iraq”, *Financial Times* (Reino Unido), 5 de noviembre de 2005, p. 16.

prestaban servicios en Irak revelaron la contratación de un ex soldado del ejército británico que había sido encarcelado por colaborar con terroristas irlandeses, y de un ex soldado sudafricano que admitió haber lanzado bombas incendiarias contra las viviendas de más de 60 activistas políticos durante la época del *apartheid*⁸⁹.

Sin embargo, otros comentaristas afirman que, “a medida que se intensifica la competencia, crece la importancia de las ventajas que aporta la marca y comienza una verdadera batalla por conseguir participaciones sólidas en el mercado”⁹⁰.

Incentivos para que compañías individuales promuevan el cumplimiento de las normas

Segmentación del mercado. Empresas “buenas”. La bibliografía sobre la gestión empresarial evidencia que la reputación de una empresa está basada en la percepción, no en los hechos, y la buena reputación de una empresa puede ofrecerle una ventaja competitiva por su “credibilidad social”⁹¹. El lado positivo de la segmentación del mercado, desde el punto de vista del DIH, es que ciertas compañías procuran construir su modelo empresarial en torno a una excelente reputación en materia de respeto del DIH⁹². Esas empresas deben preservar su reputación; de lo contrario, se arriesgan a perder contratos y oportunidades de negocios⁹³. Por ejemplo, “la venta de Titan a Lockheed Martin, prevista desde hacía mucho tiempo, fracasó debido, al menos en parte, a su presunta participación en el escándalo de la prisión iraquí [Abu Ghraib]”⁹⁴. Sin embargo, uno de los problemas que se plantean al vincular las violaciones del DIH con determinadas EMSP es que los empleados de éstas son temporeros que trabajan a veces para varias empresas, lo que “complica el desarrollo de la reputación empresarial como un vínculo con la responsabilidad o el control, por la opacidad de la información disponible”⁹⁵. Una intensificación del flujo de la información podría mejorar, en buena medida, las condiciones de contratación de los clientes⁹⁶.

Reducir la incertidumbre jurídica. Las EMSP funcionan en entornos donde las condiciones de seguridad son muy inestables y donde, a menudo, hay un considerable grado de incertidumbre jurídica acerca del estatuto de su personal

89 Singer, nota 47 *supra*.

90 Cummins, nota 12 *supra*, p. 8.

91 Arlo Kristijan O. Brady, *The Sustainability Effect: Rethinking Corporate Reputation in the 21st Century*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2005, pp. 64–5.

92 V., v.g., Avant, nota 51 *supra*, p. 221.

93 V. Kevin T. Jackson, *Building Reputational Capital: Strategies for Integrity and Fair Play that Improve the Bottom Line*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 178–80; Joe Marconi, *Reputation Marketing: Building and Sustaining Your Organization’s Greatest Asset*, McGraw-Hill, Chicago, 2002, pp. 13–19.

94 “Still, Titan does not seem to have been cut out of the U.S. DoD procurement loop”. David Isenberg, “A Fistful of Contractors: The Case for a Pragmatic Assessment of Private Military Companies in Iraq”, British American Security Information Council, Research Report 2004.4, septiembre de 2004, p. 52, en línea en <http://www.basicint.org/pubs/Research/2004PMC.pdf> (consultado el 24 de octubre de 2006).

95 Avant, nota 51 *supra*, p. 222.

96 *Ibid.*, p. 221.

y la legitimidad de sus actividades. Sería provechoso para las EMSP aclarar los reglamentos y las normas vigentes que regulan su actividad⁹⁷. Por ejemplo, incidentes como la detención en Zimbabue, el 7 de marzo de 2004, de miembros del personal de Logo Logistics Ltd., con sede en el Reino Unido, por sospechas de actividad mercenaria, podría haber significado un importante tropiezo comercial, si damos crédito a las declaraciones de los funcionarios de Logo de que su equipo no se estaba desplegando para participar en un golpe de Estado, sino que se dirigía a la República Democrática del Congo para prestar servicios de seguridad a una empresa minera⁹⁸.

La posibilidad de la responsabilización civil y penal. La responsabilización de las EMSP, como personas jurídicas, por violaciones del DIH, constituye un incentivo teórico para que respeten esas normas. Sin embargo, la fuerza de este incentivo es sumamente variable, según la jurisdicción o jurisdicciones de que se trate. Según el CICR, la responsabilidad civil de las EMSP es “generalmente aceptada” si dichas empresas infringen el DIH, aunque su responsabilidad penal “es [muy] limitada en la mayoría de los países”⁹⁹. De todos modos, puede resultar difícil encontrar un fuero viable. En una zona de conflicto, o en un período posbélico, los tribunales difícilmente funcionen a pleno rendimiento, y son pocos los Estados en los que se constituyen las EMSP que están dispuestos a emprender medidas extraterritoriales para reglamentar la conducta de sus EMSP en el extranjero¹⁰⁰. En la práctica, fuera de unos pocos casos conocidos, ha sido difícil determinar y afirmar la responsabilidad de las empresas por violaciones graves del DIH¹⁰¹. Por lo tanto, no sorprende que, en términos generales, “el régimen de protección, malamente construido con estas herramientas tan limitadas, sea completamente inadecuado”¹⁰².

Los empleados de las EMSP

Como ya se ha dicho en la sección “Estados de origen del personal de las EMSP”, los empleados de las EMSP provienen de una creciente variedad de países. Al extrapolar ciertos estudios sociológicos y psicológicos, como el proyecto *El origen del comportamiento en la guerra: comprender y prevenir las violaciones del DIH*¹⁰³, realizado por el CICR, queda demostrado que el personal de las EMSP representa, para el DIH, un mayor riesgo inherente que los miembros de las fuerzas armadas nacionales.

97 Capaccio, nota 27 *supra*.

98 Frye, nota 14 *supra*, p. 2607.

99 CICR, nota 4 *supra*.

100 *Ibid.*

101 V. Fafo, nota 70 *supra*, pp. 13–15. En efecto, *Al Rawi v. Titan Corporation*, una acción de clase en el Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de California, parece ser la primera demanda civil por violaciones del derecho internacional humanitario por parte de una empresa militar y de seguridad privada, en este caso en relación con el escándalo de Abu Ghraib. *Al Rawi et al. v. Titan Corporation et al.*, escrito de demanda, 9 de junio de 2004 (Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de California) (Findlaw).

102 Bratspies, nota 59 *supra*, p. 28; pero v. Garmon, nota 69 *supra*.

103 *El origen del comportamiento en la guerra: comprender y prevenir las violaciones del DIH*, CICR, Ginebra, 2004.

La contribución de los empleados de las EMSP al riesgo de que se cometan infracciones

La no pertenencia a jerarquías militares permanentes y sentimiento de impunidad. Una de las principales conclusiones del estudio *El origen del comportamiento en la guerra* es que el comportamiento de los combatientes viene determinado en parte por su papel dentro de un grupo que exige adhesión a las normas y por su lugar en una estructura jerárquica que puede imponer sanciones si se infringen esas normas¹⁰⁴. Ted Itani, Asesor en Cuestiones Humanitarias de la Cruz Roja Canadiense, explicó, además, que el “sentimiento de impunidad con respecto a la responsabilidad o al enjuiciamiento” y la “ausencia de disciplina” son dos factores que explican las infracciones del DIH cometidas por individuos en un conflicto armado¹⁰⁵. Es inquietante que ninguno de los empleados de las EMSP implicados en las infracciones cometidas en Abu Ghraib todavía no haya tenido que someterse a un juicio penal, pese a que, mientras tanto, se ha responsabilizado a algunos soldados estadounidenses¹⁰⁶. Esa situación contribuye a un sentimiento de impunidad que aumenta el riesgo de que se produzcan infracciones del DIH. Ese riesgo se acrecienta a raíz del secretismo que impera en el sector de las EMSP y la movilidad internacional de sus empleados.

Nivel variable de la formación en DIH. La insuficiente integración del DIH en todos los aspectos de las operaciones militares incrementa el riesgo de que se produzcan infracciones¹⁰⁷. Claude Voillat, del CICR, reconoció que “otro factor que causa preocupación es la deficiente formación en derecho internacional humanitario que reciben algunos de estos actores privados, si es que reciben alguna”¹⁰⁸. Llama la atención que, recientemente, el Departamento de Defensa de Estados Unidos haya dado a conocer nuevos requisitos, parcialmente basados en las recomendaciones formuladas tras los sucesos de Abu Ghraib, para una subcategoría de EMSP contratistas, denominadas “Contratistas que se despliegan con la Fuerza”. Se efectúa una investigación más detallada de los antecedentes de estas personas, y antes de trasladarse al terreno deben “validar o completar la formación requerida” (por ejemplo, los Convenios de Ginebra, el derecho de los conflictos armados, etc.)¹⁰⁹.

Incentivos que tienen los empleados de las EMSP para promover el cumplimiento de las normas

Mercado laboral internacional. La teoría económica enseña que, en los mercados laborales caracterizados por reiteradas interacciones entre los empleadores y los empleados (se acrecienta debido al secretismo que impera en el sector de las

104 *Ibid.*, p. 15.

105 Observaciones de Ted Itani, Conferencia de la Cruz Roja Canadiense sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Universidad McGill, Montreal, 1º de octubre de 2005.

106 Capaccio, nota 27 *supra*; v. Taguba Report, nota 5 *supra*, y CACI, nota 30 *supra*.

107 CICR, nota 103 *supra*, pp. 15–16.

108 Voillat, nota 29 *supra*.

109 Departamento de Defensa de Estados Unidos, nota 61 *supra*, s. 6.2.7.1.

EMSP, donde, como ya se ha dicho, se ha observado que los empleados trabajan para varias firmas), el “comportamiento basado en las normas” tiene un papel importante incluso en mercados competitivos¹¹⁰. Según Deborah Avant, el mercado puede “castigar” a los empleados de las EMSP que violen las normas del DIH:

En algunas partes de mundo, las tendencias a hacer carrera y a crear las redes entre profesionales inducen a pensar que éste puede ser un mecanismo de control más robusto que la reputación de las empresas. Muchas personas que trabajan para empresas de seguridad privadas comenzaron su carrera al servicio de las fuerzas armadas, pero desde entonces, van y vienen, prestando servicios a la ONU, a las empresas de seguridad privadas y a las organizaciones no gubernamentales internacionales... *su futuro empleo depende de su reputación como profesionales, y es probable que respeten las normas profesionales*¹¹¹.

Enjuiciamiento penal por infracciones. El enjuiciamiento penal de empleados de EMSP por infracciones del DIH es posible en teoría pero de hecho, la probabilidad de que esos enjuiciamientos se concreten es mínima. En la práctica, es infrecuente que se invoque contra esas personas la jurisdicción universal por infracciones de esa índole. El derecho estadounidense, que adopta un enfoque agresivo respecto de la jurisdicción extraterritorial en relación con los empleados de las EMSP, presenta importantes lagunas en la práctica. En el asunto *United States c. Passaro*, el acusado, un contratista de la Agencia Central de Inteligencia (CIA), no podía ser acusado en el marco de la Ley sobre Jurisdicción Militar Extraterritorial porque ésta sólo confiere jurisdicción a los contratistas del Departamento de Defensa¹¹². En cambio, fue acusado basándose en el Código de Estados Unidos, título 18, sección 7(9)(A), que era aplicable sólo porque los incidentes de maltrato tuvieron supuestamente lugar en una base militar estadounidense¹¹³. Las infracciones del DIH tampoco generan forzosamente responsabilidad penal individual según el derecho internacional; por lo general, sólo pueden enjuiciarse las violaciones que son “de peso” o que constituyen “infracciones graves” de los Convenios de Ginebra de 1949 o de los Protocolos adicionales de 1977.

110 Simon Gächter y Armin Falk, “Reputation and reciprocity: Consequence for labour relations”, *Scandinavian Journal of Economics*, vol. 104, ed. 1 (2002), pp. 1, 15.

111 Avant, nota 51 *supra*, p. 223 (el subrayado es nuestro); la aplicabilidad de este argumento tanto al personal nacional como al expatriado todavía está por verse.

112 *Passaro*, nota 5 *supra*; Ley sobre jurisdicción militar extraterritorial, de 2000 (Estados Unidos), 106° Congreso, Ley Pública 106-523, 22 de noviembre de 2000; v. también Ley aclaratoria sobre la Jurisdicción Militar Extraterritorial, de 2004 (Estados Unidos), 108° Congreso, 2° período de sesiones, HR 4390, 19 de mayo de 2004.

113 Human Rights Watch, “QandA: Private military contractors and the law: States have an obligation to prosecute perpetrators of war crimes in their courts”, 21 de octubre de 2004, en línea en Global Policy Forum, <http://www.globalpolicy.org/> (consultado el 24 de octubre de 2006). En especial, con referencia a Irak: “Muchos de los contratistas que trabajaban en Irak, lo hacían para compañías que tenían contratos no con el Departamento de Defensa, sino con el Departamento del Interior” (ibíd.).

Conclusión

La precedente investigación multidisciplinaria de cada nivel de la actividad de las EMSP ha permitido realizar varios hallazgos importantes. Lo primero y principal es que ha sido posible llegar a una comprensión más profunda y detallada de este fenómeno moderno. Esto contrasta marcadamente con las amplias generalizaciones frecuentemente formuladas por los grupos de interés especial en el debate sobre las EMSP, que contribuyen poco a evaluar los riesgos y los incentivos teóricos para el cumplimiento de las normas que esas compañías representan desde la perspectiva del DIH.

En segundo lugar, esos resultados pueden servir para elaborar un programa de reformas proactivas, destinado a mejorar el cumplimiento del DIH por las EMSP mediante la optimización de los incentivos y la reducción de los riesgos identificados más arriba. Ese programa debe basarse en el hecho de que se ha demostrado que muchos de los riesgos e incentivos más poderosos relacionados con el cumplimiento de las normas se basan en comportamientos y reglas que se encuentran *fuera* del ámbito del derecho formal. Si realmente estamos interesados en promover el cumplimiento del DIH por parte de estas ubicuas entidades no estatales en los conflictos armados actuales, sería aconsejable examinar los nuevos planteamientos que también se aplican fuera del derecho formal, sobre todo a la luz de las discrepancias que reinan en la comunidad internacional acerca de la forma de regular la actividad de las EMSP. En tal sentido, hay dos iniciativas que merecen un mayor apoyo y desarrollo: los mecanismos de cumplimiento de las normas contenidos en el Código de Conducta de IPOA, de 2005¹¹⁴, y la iniciativa que el CICR puso en marcha a finales de 2004¹¹⁵.

El Código de Conducta de IPOA, que hemos examinado en detalle, se basa en el fuerte incentivo que representa para las EMSP ser percibidas como legítimas, poner en la “lista negra” a las compañías que violan el DIH y marginar a aquellas que procuran lucrar con su “mala” reputación. Si bien es cierto que los códigos de conducta “pueden ser importantes para determinar las expectativas y las normas en cuyo marco funciona el mercado”¹¹⁶, todavía no está claro si IPOA considera que el hecho de aplicar medidas disciplinarias a los miembros infractores beneficia al sector que representa. Ciertamente, existe el problema de que, ante la decisión de expulsar a un miembro, la asociación debería hacer frente a un conflicto de intereses. En primer lugar, aunque la expulsión de un miembro infractor beneficie al sector, la asociación puede considerar que la sanción tal vez disuada a otras compañías de ingresar en la asociación por temor a sufrir el mismo castigo. En segundo lugar, existe el riesgo de que el órgano directivo de la asociación, integrado exclusivamente por ejecutivos de las EMSP, sea más riguroso al juzgar a los competidores que a sus propias compañías.

114 Código de conducta de IPOA, nota 79 *supra*.

115 CICR, nota 4 *supra*.

116 Avant, nota 51 *supra*, p. 220.

Estos problemas que aparecen en el mecanismo de cumplimiento de las normas del sector podrían mitigarse a fin de reforzar la fuerza normativa potencial del Código de Conducta de IPOA. Primeramente, habría que incorporar en el órgano rector a directores externos, a fin de que solucionen los posibles conflictos de interés mencionados. Esta medida también fortalecería la buena gestión empresarial en general. En segundo lugar, y lo que es más importante, la IPOA debería anunciar una escala graduada de medidas correctivas destinada a promover el cumplimiento del DIH por las EMSP cuando se produzca una presunta infracción. Entre las medidas que podría adoptar la asociación cabe mencionar las siguientes: ordenar al miembro cuestionado que coopere con las autoridades públicas en las investigaciones y adopte medidas disciplinarias internas apropiadas; imponer una sanción confidencial escrita al miembro; imponer una sanción pública escrita al miembro; ordenar al miembro cuestionado que ofrezca una disculpa pública o privada; exigir al miembro que pague una multa a la asociación o haga una donación a alguna organización humanitaria internacional; supervisar el pago de reparaciones a las víctimas identificables del comportamiento ilícito del miembro; exigir al miembro que establezca políticas y procedimientos internos más eficaces; ordenar que se intensifique la formación en DIH impartida a los empleados, funcionarios y directores del miembro cuestionado; exigirle que vigile el cumplimiento del DIH en sus operaciones y que presente informes periódicos a la asociación sobre esa cuestión; en caso de infracciones reiteradas o muy graves, aplicar al miembro una suspensión temporal; y, en casos extremos, expulsarlo de la asociación¹¹⁷. La IPOA y la recientemente constituida Asociación Británica de Empresas de Seguridad Privadas, fundada en enero de 2006¹¹⁸, podrían adoptar estas recomendaciones con el fin de reforzar el fuerte incentivo que significa para el sector ser percibido como legítimo a través del cumplimiento y reducir el grave riesgo de que determinadas compañías se beneficien de su “mala” reputación o de su fama de empresas “agresivas”.

Otra iniciativa digna de atención se puso en marcha en agosto de 2004, cuando el CICR anunció que se proponía elaborar un programa sistemático para entablar un diálogo con las EMSP, con miras a promover el cumplimiento del DIH¹¹⁹. Esta nueva iniciativa persigue dos objetivos:

- (i) informar a las EMSP de sus obligaciones en el marco del DIH;
- (ii) garantizar “la existencia de procesos de responsabilización transparentes, destinados a prevenir y sancionar las violaciones de esas disposiciones”¹²⁰;

117 Muchas de estas medidas existen en el derecho penal nacional para los casos de actos ilícitos cometidos por empresas en Canadá. V., p.ej., Código Penal (Canadá), R.S.C. 1985, c. C-46, s. 732.1 (3.1).

118 Peter Almond, “UK: War’s fertile grounds for soldiers of fortune”, *Sunday Times* (Reino Unido), 30 de octubre de 2005, en línea en Corpwatch, <http://www.corpwatch.org/article.php?id512711> (consultado el 24 de octubre de 2006); “Andy Bearpark”, *Intelligence Online* N.º 511, 9 de noviembre de 2005, en línea en <http://www.intelligenceonline.com/> (consultado el 24 de octubre de 2006).

119 Hasta ahora, los contactos entre el CICR y las compañías militares y de seguridad privadas han sido de índole “informal”. CICR, nota 4 *supra*.

120 Voillat, nota 29 *supra*.

- (iii) alentar a las EMSP a que incorporen el DIH en el adiestramiento y asesoramiento militar que ofrecen a los clientes, y
- (iv) garantizar que las EMSP no impidan el acceso del CICR a las víctimas de los conflictos armados¹²¹.

Teniendo en cuenta la envergadura del sector, el programa del CICR se centra en las EMSP que actúan en “situaciones de conflicto” o que se encargan de adiestrar y asesorar a fuerzas armadas, al Estado donde se han constituido y a sus clientes¹²², conformando así una “estrategia triangular”¹²³. Antes de este replanteamiento, “el contacto entre las EMSP y los otros actores era escaso, si no inexistente”¹²⁴.

La iniciativa del CICR es un esfuerzo admirable, dirigida por lo menos a tres de los actores principales en la actividad de las EMSP. Tiene el potencial de agrupar varios incentivos importantes que promueven el cumplimiento del DIH, con inclusión de las motivaciones que inducen a compañías individuales a beneficiarse de una “buena” reputación por su respeto del DIH, los intereses de los Estados en que se constituyen esas empresas en materia de reputación y economía, y el interés de los clientes en recibir un servicio adecuado. Sin embargo, el programa del CICR debería beneficiarse de una participación más explícita y directa de las asociaciones industriales, teniendo en cuenta el papel que pueden desempeñar como potenciales “fuentes de normatividad” en todo el sector. Además, las asociaciones industriales operan en todos los niveles de los conflictos armados, lo que ofrece la ventaja de garantizar el logro de progresos sostenibles en la tarea de hacer respetar el DIH en el sector de las EMSP. El CICR debe asimismo procurar no caer en la misma trampa que el Pacto Mundial, cuyos autores se mostraron muy renuentes a incluir a las EMSP en los Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos¹²⁵, “temiendo que usaran los Principios Voluntarios como una forma de procurarse nuevos negocios”¹²⁶. Como ya se ha dicho, uno de los incentivos más poderosos para que tales compañías respeten el DIH es la consecuente mejora de su reputación. El deseo de tener buena fama propicia la aceptación gradual de las normas, como también lo hacen las reuniones con el CICR. Aunque este contacto cause preocupación a algunos, es coherente con el enfoque pragmático del CICR por lo que respecta al cumplimiento del DIH; además, ofrece una perspectiva de éxito más realista que la actual actitud hacia las EMSP, que oscila entre no prestarles atención y censurarlas de plano.

121 CICR, nota 4 *supra*.

122 *Ibid.*

123 Isenberg, nota 94 *supra*, p. 66.

124 Cummins, nota 12 *supra*, p. 2.

125 *Principios Voluntarios*, nota 19 *supra*.

126 Karen Ballentine, “Consolidation of the GC policy dialogue on the role of the private sector in zones of conflict: Identifying public policy options to promote conflict-sensitive business practices”, 7 y 8 de octubre de 2004, p. 8, en línea en Naciones Unidas, <http://www.unglobalcompact.org> (consultado el 24 de octubre de 2006).

Como en el caso de otros análisis multidisciplinarios, las críticas constructivas y los análisis más detallados de los riesgos y los incentivos identificados en el presente artículo que elaboren los respectivos especialistas serán recibidos con interés. La cooperación en la evaluación de la compleja actividad de las EMSP mejorará nuestra comprensión del papel que desempeñan las empresas de ese tipo en los conflictos armados actuales y proporcionará valiosas enseñanzas que podrán aprovecharse en la elaboración de iniciativas destinadas a promover el cumplimiento del derecho internacional humanitario por dichas entidades no estatales.

Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario

Éric Mongelard*

Éric Mongelard es titular de una Maestría en Derecho Internacional Humanitario (Centro Universitario de Derecho Internacional Humanitario de Ginebra) y miembro del Colegio de Abogados de Quebec.

Resumen

El hecho de que, en la gran mayoría de los casos, las violaciones del derecho internacional humanitario sean juzgadas por tribunales penales no significa que esas violaciones no comporten una responsabilidad civil. En el presente artículo, el autor analiza el concepto de la responsabilidad civil de las empresas implicadas en violaciones del derecho internacional humanitario, pasando revista para ello a las diferentes cuestiones jurídicas que plantean este concepto y su aplicación, tanto en los sistemas basados en el derecho continental europeo como en el common law.

.....

En los últimos años, se ha debatido e informado mucho en los medios de comunicación sobre las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por los Estados y la cuestión de la responsabilidad penal individual

* El autor desea agradecer a los profesores Marco Sassòli y Éric David sus valiosos comentarios de diversos borradores de este artículo.

por esas violaciones. El tema de la responsabilidad de las empresas atrae también ahora mucho la atención de los medios informativos. La responsabilidad civil de las empresas¹ y las violaciones del derecho internacional humanitario son, pues, conceptos familiares no sólo para los juristas, sino también para el público en general. Sin embargo, rara vez se los aborda juntos, aunque las empresas operan cada vez más en lugares donde era impensable que lo hicieran hace sólo algunos años, sobre todo en zonas de conflicto armado. Si bien el hecho de que las compañías trabajen en zonas de conflicto o en apoyo de las fuerzas armadas no constituye un fenómeno totalmente nuevo, el conflicto en Irak, donde las compañías extranjeras que ofrecen servicios de seguridad y otros servicios de apoyo aparecieron en escena casi al mismo tiempo que el ejército de Estados Unidos, es un ejemplo extremo del papel que las entidades privadas pueden cumplir durante las hostilidades.

Las empresas pueden desempeñar muchos papeles diferentes en un conflicto armado y se puede recabar su participación en éste de diversas maneras. En las primeras etapas, pueden ser una fuente de ingresos para los beligerantes, lo que contribuye a veces a que el conflicto se prolongue más de lo que lo habría hecho sin esa participación. En Colombia, por ejemplo, las compañías petroleras fueron obligadas a pagar un tributo especial para restablecer la ley y el orden, que adoptó la forma de un impuesto especial de 1,25 dólares por barril. En 1996, ese impuesto proporcionó al Gobierno colombiano un total de 250 millones de dólares². Se puede afirmar que, en Angola, durante los diez últimos años de conflicto, los beligerantes pudieron seguir luchando sólo por los ingresos que la parte gubernamental obtenía de las compañías petroleras que explotaban los yacimientos submarinos de petróleo, así como por los que De Beers proporcionaba a la entonces fuerza rebelde UNITA, que controlaba las minas de diamantes³.

Las compañías también pueden participar indirectamente en un conflicto armado sufragando las fuerzas de seguridad especialmente encargadas de proteger a sus miembros y sus instalaciones. Este tipo de financiación puede acordarse sea por medio de la firma de contratos entre la compañía y el Ministerio de Defensa, por ejemplo, o, tácitamente, mediante la prestación de servicios gratuitos por la compañía a las unidades militares encargadas de su seguridad⁴. En ese caso, ¿son responsables las compañías si sus equipos son utilizados por el ejército para cometer violaciones del derecho internacional humanitario? Esa es una de las preguntas a las

1 En este artículo, los términos “empresas”, “compañías” y “multinacionales”, cuyas definiciones jurídicas no deseamos abordar, se utilizan de manera intercambiable. Sólo los empleamos para referirnos a toda persona jurídica que ejerza una actividad comercial. El término “empresarial” también se utiliza aquí con esa connotación general.

2 “Colombia: Human rights concerns raised by the security arrangements of transnational oil companies”, Human Rights Watch, www.hrw.org/advocacy/corporations/colombia/Oilpat.htm (consultado el 28 de mayo de 2006).

3 BBC, “Fuelling the war: diamonds and oil”, 28 de enero de 1999, www.news.bbc.co.uk/1/hi/special_report/1999/01/99/angola/264228.stm (consultado el 28 de mayo de 2006).

4 En Colombia, p.ej., un consorcio de compañías petroleras firmó un contrato con el ejército colombiano por 2 millones de dólares anuales, a pagar en efectivo o en especie, entre otras formas, mediante equipamientos, transportes de tropas y horas de vuelo de helicópteros. *Human Rights Watch*, nota 2 supra.

que se propone responder el presente artículo.

Por último, se puede considerar que una compañía participa en un conflicto cuando contrata empresas de seguridad privadas o ella misma es una empresa militar privada que ha firmado un contrato con el Gobierno para prestar servicios militares. ¿Qué significa, en la práctica, que puede considerarse que una empresa ha cometido una infracción del derecho internacional humanitario? ¿Qué responsabilidad tiene la compañía en tal caso?

Las violaciones graves del derecho internacional humanitario suelen ir asociadas a una responsabilidad penal. Sin embargo, no debe olvidarse que algunos países no reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, que, además, la responsabilidad civil ofrece algunas ventajas. Si se iniciaran acciones civiles contra las compañías y los tribunales las condenaran a pagar grandes cantidades de dinero por daños y perjuicios, se podría inducirles a responsabilizarse más y a cambiar su cultura empresarial; los accionistas también concienciarían más de sus responsabilidades, pues verían disminuir sus ganancias y temerían perder sus inversiones. Además, existe el aspecto práctico de la acción civil, que habilita a las víctimas o a sus representantes a solicitar una instrucción penal. Esto es particularmente importante en sistemas judiciales que no tienen un mecanismo para que las víctimas inicien procesos penales. Por otro lado, una acción civil permite a las víctimas obtener compensación material por los daños sufridos, mientras que otros sistemas jurídicos no incluyen esta posibilidad en los procesos penales. Por último, el criterio para tomar una decisión en un proceso civil es la preponderancia de la prueba, mientras que, en un juicio penal, la existencia de dudas razonables es suficiente para impedir un fallo condenatorio. De modo que una acción civil ofrece un camino más fácil para que las víctimas obtengan la compensación moral que implica el reconocimiento de responsabilidad por un tribunal.

Para examinar la cuestión de la responsabilidad civil de las empresas, hay que considerar tres aspectos: las bases jurídicas de la responsabilidad civil de las empresas, en particular en qué medida el derecho internacional puede crear obligaciones para las compañías y si existe una obligación general de reparar las violaciones del derecho internacional humanitario; la determinación de la responsabilidad por una violación del derecho internacional humanitario; y la exigencia de esa responsabilidad ante los tribunales nacionales, es decir, la determinación del derecho aplicable y de la jurisdicción de los tribunales nacionales en materia de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por empresas.

Bases jurídicas de la responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario

En todo sistema jurídico, el incumplimiento de un compromiso, un contrato o un tratado genera una obligación para la parte infractora, consistente, en general, en indemnizar todo daño causado. Varios autores contemporáneos opinan que la responsabilidad puede considerarse hoy como un principio general

de derecho⁵. Tanto la Corte Internacional Permanente de Justicia como su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, confirmaron hace tiempo que la consecuencia de un acto ilícito lesivo era la obligación de reparar⁶. Este principio general ha sido codificado recientemente en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, Proyecto de la CDI)⁷, ulteriormente aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁸.

El caso específico del derecho internacional humanitario

Mucho antes de que la CDI lo codificara, el principio de la obligación de reparar se formuló expresamente en el contexto específico del derecho internacional humanitario, en el artículo 3 del IV Convenio de La Haya de 1907⁹.

Al examinar los informes de la Conferencia de la Paz de La Haya, puede comprobarse que la intención de los delegados no era establecer un principio, sino más bien ampliar el precepto existente en el derecho privado de que un jefe es responsable de los actos de sus subordinados en lo referente a las infracciones de las leyes y los usos de la guerra¹⁰. La primera parte de ese artículo no es más que una reiteración del principio general de responsabilidad estatal. Sus disposiciones fueron confirmadas luego por el artículo 91 del Protocolo adicional I de 1977, que es, en lo esencial, una repetición del mencionado artículo 3 del Convenio de La Haya¹¹. De todos modos, los Convenios de Ginebra de 1949, que hacen hincapié

5 “Hoy en día, se puede considerar la responsabilidad como un principio general de derecho internacional, concomitante a las normas sustantivas y a la suposición de que los actos u omisiones pueden ser categorizados como ilegales respecto de las normas que establecen los derechos y las obligaciones”, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed, Oxford University Press, p. 420. V. también Q. D. Nguyen, P. Dallier y A. Pellet, *Droit international public*, París, LGDJ, p. 762: “Todo orden jurídico supone que los sujetos comprometen su responsabilidad cuando sus comportamientos atentan contra los derechos y los intereses. Esta idea es equitativa e irrefutable”.

6 *Case concerning the Factory at Chorzow*, Corte Permanente Internacional de Justicia, 1927: “Es un principio del derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso implica una obligación de reparar de forma adecuada”, *Corfu Channel Case*, [1949], CIJ Rep., p. 23: “estas graves omisiones implican su [de Albania] responsabilidad internacional. El Acuerdo Especial pide a la Corte que diga si, basándose en esto, Albania tiene “alguna obligación” de “pagar una indemnización” al Reino Unido... La Corte respondió afirmativamente”.

7 El art. 1 del Proyecto de la CDI estipula que “[t]odo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”.

8 Aprobado en 2001, figura en el anexo de la Resolución de la Asamblea General 56/83, A/RES/56/83.

9 Convenio (IV) de La Haya sobre las leyes y los usos de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907.

10 El informe del Segundo Comité, que estudió este artículo, muestra que la propuesta de Alemania (futuro artículo 3) era hacer extensivo al derecho internacional, por lo que respecta a todas las violaciones del Reglamento de La Haya, el principio del derecho privado de que un jefe es responsable de sus subordinados o agentes. Este principio parece haber sido aceptado, dado que, según el informe, la propuesta de Alemania no halló oposición. F. Kalshoven, “State responsibility for warlike acts of armed forces”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 1991, p. 832.

11 Cabe señalar que el artículo 91 amplía el ámbito de este principio a otras infracciones del derecho internacional humanitario y a las guerras para la libre determinación de los pueblos, mencionadas en el artículo 1 (4) de ese Protocolo.

por lo que respecta al enjuiciamiento y castigo por la responsabilidad penal de los individuos, contienen un artículo referente a la responsabilidad estatal¹².

En virtud del principio general de responsabilidad estatal y de las diversas disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario, el Estado tiene la obligación de reparar todo hecho internacionalmente ilícito cometido por él o que resulte de la conducta de sus agentes.

Obligaciones de las empresas según el derecho internacional

La cuestión aquí es determinar si, según el derecho internacional, las entidades no estatales pueden ser responsabilizadas por violaciones del derecho internacional humanitario y, en tal caso, si existe una obligación concomitante de reparar. Por lo tanto, debemos analizar en qué medida el derecho internacional tipifica obligaciones para las entidades no estatales¹³.

En el siglo XIX, el derecho internacional concernía exclusivamente a los Estados: según el punto de vista tradicional, sólo los Estados y sus agentes podían estar obligados por el derecho internacional. Sin embargo, la proliferación de actores no estatales en la escena internacional, tales como los grupos armados y las empresas multinacionales, que ejercen un poder económico y social incluso mayor, ha hecho que el derecho internacional se interese por ese tipo de entidades¹⁴. Los individuos tenían sin duda obligaciones específicas, según el derecho internacional, mucho antes de la Segunda Guerra Mundial, pero desde entonces, las instancias de los nuevos derechos y obligaciones de las personas estipulados por el derecho internacional han aumentado considerablemente. La gran expansión del derecho internacional de los derechos humanos en los dos decenios posteriores a dicha guerra evidencia que el objetivo del derecho internacional no es sólo regular las relaciones entre los Estados, sino también entre los Estados y los individuos.

12 “Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior.” Art. 51 del Convenio de Ginebra I del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; art. 52, Convenio de Ginebra II del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el Mar; art. 131, Convenio de Ginebra III del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; art. 148, Convenio de Ginebra IV del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. La intención de los autores, al incluir esa disposición, no era repetir el artículo 3 del Convenio de La Haya, sino especificar que la observancia de la obligación de enjuiciar a los perpetradores de violaciones graves no exonera a los Estados de las obligaciones que tienen en virtud del artículo 3 del Convenio de La Haya.

13 Las personas jurídicas y, por ende, las empresas, compañías, etc. son entidades no estatales. La expresión “entidades no estatales” puede incluir también a los grupos armados. Otros actores no estatales son los individuos armados. Una parte importante del debate sobre el lugar que ocupan los actores no estatales en el sistema jurídico internacional se refiere a la cuestión de su personalidad jurídica, es decir, a si están sujetos o no al derecho internacional. No abordaré este problema aquí, puesto que no tiene mucha relación con la cuestión de las obligaciones en virtud del derecho internacional.

14 P. Muchlinski, “Human rights and multinationals: is there a problem?”, *International Affairs*, vol. 77, 2001, p. 31.

Un examen de la Declaración Universal de Derechos Humanos parece, pues, indicar que el derecho internacional puede asignar obligaciones a los actores no estatales. El uso de la expresión “tanto los individuos como las instituciones”¹⁵ en el preámbulo la interpretan algunos¹⁶ como una prueba de que los autores pretendían que las disposiciones de la Declaración sean aplicables a todos los actores no estatales y, por lo tanto, también a las empresas¹⁷. Análogamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos vinculantes, contienen en el primer párrafo de su artículo 5 común¹⁸ claramente la disposición de que ningún “grupo” deberá “emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades” reconocidos en los Pactos citados. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que, en relación con el derecho a una alimentación adecuada, todos los miembros de la sociedad, incluido el sector privado, tienen responsabilidades¹⁹. Si se acepta la interpretación del Comité, las entidades no estatales tienen responsabilidades en virtud del Pacto, aunque no sean Partes en éste.

La evolución del derecho penal internacional y del derecho internacional humanitario desde la Segunda Guerra Mundial ha demostrado, además, que el derecho internacional no se aplica sólo a los Estados, sino también a las entidades no estatales y, en particular, a los individuos²⁰. Esa tendencia ha continuado en los últimos diez años, con la constitución de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda²¹ por el Consejo de Seguridad de la ONU y la aprobación

15 “Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.”

16 Louis Henkin sostiene que el término “instituciones”, utilizado en el preámbulo de dicha Declaración, incluye a las personas jurídicas y, por lo tanto, a las empresas, y que, por ende, la Declaración les es aplicable. Citado en *Beyond Voluntarism: Human Rights and the Developing International Legal Obligations of Companies*, International Council on Human Rights Policy, Versoix, 2002, p. 58.

17 Cabe señalar que, a pesar de que la Declaración Universal de Derechos Humanos no es, en sí, un instrumento jurídicamente vinculante, es el instrumento de derecho indicativo más importante, puesto que tiene un valor moral indiscutible en cuanto que constituye es la base misma del derecho internacional de los derechos humanos moderno.

18 “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.”

19 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario general 12: El derecho a una alimentación adecuada, 12/05/1999, E/C.12/1999/5.

20 V.g., los Tribunales Militares Internacionales para Alemania (Nuremberg) y el Extremo Oriente (Tokio) y la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que incluyen un artículo sobre el enjuiciamiento penal de quienes hayan cometido infracciones graves de los Convenios.

21 El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia se constituyó en virtud de las Resoluciones 808 y 827 del Consejo de Seguridad (S/RES/808 y S/RES/827) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en cumplimiento de la Resolución 955 (S/RES/955).

del Estatuto de Roma por el que se establece la Corte Penal Internacional (CPI). En el contexto de los conflictos armados no internacionales, el derecho internacional humanitario impone obligaciones no sólo a los individuos, sino también a otros actores no estatales, en particular a los grupos armados. El artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra y las disposiciones del Protocolo adicional II se aplican directa y automáticamente a todas las partes en un conflicto internacional, siempre que se cumplan las condiciones para su aplicación.

La idea de que el derecho internacional se aplica a los actores no estatales y, por ende, a las empresas, y de que éstas tienen obligaciones y responsabilidades en virtud de ese derecho no plantea, por consiguiente, un problema conceptual. Además, hay algunas otras convenciones que establecen explícitamente obligaciones para las compañías en ámbitos específicos²². La primera es la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, cuyo artículo 1 se refiere a “las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de *apartheid*”²³. El Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación contiene una disposición a fin de que las Partes prohíban “a todas las personas” transportar o eliminar desechos peligrosos, a menos que estén autorizadas a hacerlo²⁴. Otra convención, concerniente al sector marítimo, establece la responsabilidad civil de los propietarios de buques por los daños causados por las contaminaciones que puedan provocar los hidrocarburos²⁵. Por último, en el artículo 10 de la Convención más reciente de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional²⁶, aprobada por la Asamblea General el año 2000, se estipula la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Todos estos tratados confirman la tesis de que el sistema jurídico internacional puede definir lo que constituye un crimen o un delito civil por parte de una compañía²⁷.

Por otro lado, existen numerosos instrumentos de “derecho indicativo” que se ocupan exclusivamente de la responsabilidad de las empresas transnacionales en relación con los derechos humanos. Mencionemos aquí sólo tres. La Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, que es un documento especial²⁸, en el sentido de que no es

22 B. Stephen, “The amorality of profit: transnational corporations and human rights”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, 2002, p. 69.

23 Art. 1, párr. 2: “Los Estados Partes en la presente Convención declaran criminales las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de *apartheid*”.

24 Art. 2: “Por “persona” se entiende toda persona natural o jurídica”.

25 Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, 29 de noviembre de 1969.

26 A/RES/55/25.

27 A. Clapham, “The question of jurisdiction under criminal law over legal persons: lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court”, en Menno T. Kamminga y Saman Zia-Zarifi, *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, p. 178. V. también B. Stephen, nota 22 supra, p. 70.

28 Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT, adoptada por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, en su 204º período de sesiones (Ginebra, noviembre de 1977). V., en particular, el art. 8.

sólo una expresión de la voluntad de los Estados, dado que fue aprobado por consenso por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, del que forman parte representantes de los empleadores y trabajadores de los Estados miembros y, por ende, también del sector privado. Las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, elaboradas en 1976 y revisadas en 2000, subrayan la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos de las personas afectadas por sus actividades²⁹. Por último, las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos³⁰, adoptadas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos en su 55º período de sesiones de 2003, son particularmente pertinentes, puesto que estipulan que las empresas “no cometerán ni se beneficiarán” de violaciones del derecho internacional humanitario³¹.

La obligación de las empresas de reparar según el derecho internacional

Por consiguiente, las personas jurídicas tienen obligaciones en virtud del derecho internacional, o al menos existe una fuerte tendencia en ese sentido. Sin embargo, en la práctica, ninguno de los instrumentos antes mencionados establece un mecanismo para exigir ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse ni estipula ninguna obligación de las empresas de reparar; dejan a los Estados Partes en los tratados la tarea de cómo aplicar las normas. Así pues, si bien es posible concluir que las empresas tienen la responsabilidad, según el derecho internacional, de reparar los daños resultantes por infringir sus obligaciones internacionales, es más difícil afirmar que un mecanismo establecido por el derecho internacional vela por el cumplimiento de esa obligación. No obstante, varios textos internacionales recientes que hacen referencia explícita a la obligación de reparar parecen apoyar esta demanda. Un ejemplo son las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, que establecen que “las empresas transnacionales... proporcionarán una compensación... a las personas, entidades y comunidades que hayan sido perjudicadas por su incumplimiento de las Normas”³². Otros dos instrumentos también parecen confirmar la hipótesis de que, según el derecho internacional, las entidades no estatales están obligadas a reparar los daños resultantes de una infracción del derecho internacional.

29 Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales, párr. 1. V. también Policy Brief: *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises: A Key Corporate Responsibility Instrument*, OCDE, septiembre de 2003, disponible en www.oecd.org/dataoecd/52/38/2958609.pdf (consultado el 7 de febrero de 2006).

30 E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

31 *Ibíd.*, párr. 3.

32 *Ibíd.*, párr. 18: “Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales proporcionarán una compensación rápida, eficaz y adecuada a las personas, entidades y comunidades que hayan sido perjudicadas por su incumplimiento de las presentes Normas mediante, entre otras cosas, la indemnización, la restitución, la retribución y la rehabilitación por todo daño irrogado o todo bien esquilado”.

El primero de ellos son los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones³³, cuyo objetivo es definir los mecanismos que permitan obtener reparación a las víctimas de violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Según esos principios básicos, los Estados están obligados a velar por que las víctimas tengan “acceso efectivo a la justicia”, independientemente de quién resulte en definitiva responsable de la infracción³⁴, y “ejecutar las sentencias de sus tribunales que impongan reparaciones a las personas o entidades responsables de los daños sufridos”³⁵. Esas entidades pueden ser empresas.

Por último, el artículo 75 del Estatuto de Roma de la CPI parece confirmar la tendencia en favor del reconocimiento de la obligación de las entidades no estatales de reparar con arreglo al derecho internacional. El artículo 75 afirma que “[l]a Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas”. Según las Reglas de procedimiento y prueba, la Corte puede otorgar reparaciones tomando en cuenta el alcance y la magnitud del daño, la pérdida o la lesión; las órdenes de reparación serán dictadas directamente contra el condenado³⁶. A pesar de que estas sentencias de reparación se pronuncian en el marco de procedimientos penales, se desprende de lo dicho que requieren los mismos elementos que un laudo de indemnización en un proceso civil. La persona contra la cual se pronuncia el fallo de reparación debe haber cometido un acto ilícito y ese acto tiene que haber ocasionado el daño. El debate que tuvo lugar durante la negociación del Estatuto de Roma ilustra la divergencia de los puntos de vista de las delegaciones acerca del tipo de reparación que debe imponerse. Algunas delegaciones veían las reparaciones como una manera de que las víctimas interpongan una demanda civil a través de la Corte contra la persona responsable de los crímenes, mientras que otras consideraban las reparaciones como una sanción adicional pronunciada por la Corte. Se impuso la primera interpretación, es decir, que las reparaciones se otorguen de forma individual, salvo cuando la Corte considera más apropiada una sentencia de reparación sobre una base colectiva o una combinación de ambas³⁷.

Antes del Estatuto de Roma de la CPI, no había un mecanismo jurídico internacional que permitiera a las víctimas presentar demandas de reparación contra la persona directamente responsable de una infracción³⁸. A pesar de que, tal y como la impone el derecho internacional, esa obligación de reparar sólo se aplica a los individuos condenados por un crimen, nada indica que no pueda

33 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, A/RES/60/147.

34 *Ibid.*, principios 1 y 3.

35 *Ibid.*, principio 17.

36 Arts. 97 y 98 de las Reglas de procedimiento y prueba.

37 P. Lewis y H. Friman, “Reparations to victims”, en R. S. Lee, *The International Criminal Court*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001, p. 483.

38 *Ibid.*, pp. 474-475.

imponerse a una persona jurídica. Francia presentó una propuesta para que la Corte tenga jurisdicción sobre las personas jurídicas, pero la retiró después de largas negociaciones, debido al debate conceptual en torno a si las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad penal³⁹. Si se hubiera aceptado esa propuesta y se hubiera atribuido a la Corte competencia sobre las personas jurídicas, la obligación de reparar, estipulada en el artículo 75, se habría aplicado a éstas *ipso facto*. No se puede pasar por alto esa disposición, ya que forma parte de un instrumento que tiene fuerza de ley así como de un mecanismo de aplicación; además, puede considerarse que el Estatuto de Roma expresa la *opinio juris* de los Estados en muchos ámbitos⁴⁰, dado el gran número de países que lo han firmado y ratificado⁴¹.

De lo dicho puede concluirse que el derecho internacional puede establecer, mediante tratados, normas que rijan las actividades de las empresas, en la medida en que les imponen ciertas obligaciones. En todos los tratados que abordan la cuestión de las obligaciones de las empresas, la tarea de tomar medidas legislativas para aplicar la responsabilidad penal o civil de las empresas recae en los Estados. A pesar de la carencia de mecanismos internacionales de aplicación, se advierte una tendencia en el derecho internacional a considerar que las entidades no estatales que violan las obligaciones dimanantes del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario tienen efectivamente la obligación de reparar.

Imputabilidad de una violación del derecho internacional humanitario a una empresa

Como hemos visto, una empresa puede tener obligaciones en virtud del derecho internacional humanitario. Sin embargo, antes de que se la pueda declarar responsable, ha de poder imputársele una infracción de ese derecho. Este es uno de los tres elementos fundamentales requeridos para la responsabilidad civil, es decir un acto ilícito, un daño y la relación causal entre ambos. Una violación del derecho internacional humanitario que constituya un acto ilícito puede ser el resultado de las propias acciones de la empresa o, en algunos casos, de la acción de terceros.

Responsabilidad por sus propias acciones

A primera vista, es difícil imaginar cómo una empresa, que es una entidad abstracta, no física, podría cometer una violación del derecho internacional humanitario directamente, es decir por sus propios actos. En la mayoría de los casos, las violaciones del derecho internacional humanitario son atribuibles ya sea a una parte en el conflicto⁴² o, conjuntamente, a un individuo y a una parte en el

39 Para más información sobre esas negociaciones y la propuesta de Francia, v. A. Clapham, “The question of jurisdiction under criminal law over legal persons”, en Kamminga y Zia-Zarífi, nota 27 *supra*.

40 *Prosecutor v. Anto Furudnziija*, IT-95-17/1/T, Sala de Instrucción II, 10 de diciembre de 1998, párr. 227.

41 Al 28 de mayo de 2006, 139 Estados habían firmado el Estatuto de Roma y 100 lo habían ratificado.

42 Es difícil imaginar cómo la inobservancia de las garantías fundamentales establecidas en el artículo 75 del Protocolo I, u otras obligaciones que son responsabilidad únicamente de las Altas Partes Contratantes, podrían ser atribuidas a una empresa.

conflicto⁴³. También se puede responsabilizar a una empresa por actos cometidos por sus empleados, pero esta cuestión será analizada más adelante.

Así pues, ¿qué tipo de actos son directamente imputables a una empresa? El mejor lugar para buscar una respuesta a esta pregunta son las sentencias dictadas por los Tribunales Militares de Estados Unidos en Nuremberg (TMN) constituidos tras la Segunda Guerra Mundial. La *Allied Control Council Law No. 10* habilitó a las autoridades ocupantes a juzgar a todas las personas sospechosas de haber cometido crímenes, incluidos los crímenes de guerra, en sus respectivas zonas de ocupación⁴⁴. Así pues, los tribunales no podían inculpar a las empresas como tales por los crímenes que pudieran haber cometido. Sin embargo, para poder condenar a los altos directivos, el Tribunal tuvo que examinar las acciones de las empresas. Un tribunal militar estadounidense constituido en virtud de la *Allied Control Council Law No. 10* oyó tres causas⁴⁵ concernientes a empresarios alemanes, dos de las cuales son de particular interés en este contexto, ya que constituyen antecedentes para responsabilizar a las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario.

En el primero de los tres casos, doce altos directivos del conglomerado industrial alemán Krupp fueron acusados, entre otras cosas, de crímenes de expoliación y pillaje de bienes públicos y privados en el territorio ocupado y de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad por emplear, en condiciones inhumanas, a prisioneros de guerra, civiles extranjeros e internos de campos de concentración en fábricas de armas. En varias ocasiones, el tribunal tuvo que examinar las actividades de la propia para poder establecer la responsabilidad penal de las personas que la habían dirigido. El tribunal examinó en primer lugar la cuestión de la adquisición de bienes en Francia, Alsacia y Holanda por la empresa. En la sentencia, el tribunal hace varias veces referencia a las actividades de la empresa, en contraposición con la conducta individual de un empleado o de un alto cargo⁴⁶.

En relación con la compra de una empresa en Francia, el tribunal parece incluso haber atribuido un intento particular a Krupp como persona jurídica: “la correspondencia entre la firma Krupp y la oficina en París muestra la avidez de la empresa por comprar la fábrica de Austin y la propiedad en París”⁴⁷.

43 V.g., todos los actos que pueden ser cometidos por los combatientes, en particular las infracciones graves del derecho que dan lugar a responsabilidad penal individual de los autores y que implican la responsabilidad estatal.

44 *Allied Control Council Law No. 10*, 20 de diciembre de 1945.

45 *Trial of Friedrich Flick and Five Others*, Tribunal Militar de EE.UU., Nuremberg, 20 de abril–22 de diciembre de 1947, *Law Reports of the Trials of War Criminals*, vol. IX, pp. 1–68; *The I.G. Farben Trial, Trial of Carl Krauch and Twenty-two Others*, Tribunal Militar de EE.UU., Nuremberg, 14 de agosto de 1947–29 de julio de 1948, *Law Reports of the Trials of War Criminals*, vol. X, pp. 1–68; *The Krupp Trial, Trial of Alfred Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach and Eleven Others*, Tribunal Militar de EE.UU., Nuremberg, 14 de agosto de 1947–29 de julio de 1948, *Law Reports of the Trials of War Criminals*, vol. X, pp. 69–181.

46 A. Ramasastry, “Corporate complicity: from Nuremberg to Rangoon – an examination of forced labor cases and their impact on the liability of multinational corporations”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, 2002, p. 109.

47 *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. IX, United States Government Printing Office, Washington, 1950, p. 1351.

La conclusión del tribunal sobre la compra de esa empresa denota su opinión de que la empresa Krupp tenía la capacidad de actuar como tal y, por lo tanto, de participar en un crimen:

Concluimos, teniendo en cuenta las pruebas fidedignas de que disponemos, que la confiscación de la fábrica de Austin, basada en leyes antijudías de inspiración alemana y su subsiguiente ocupación por la compañía Krupp constituye una violación del artículo 48 del Reglamento de La Haya, que exige que se respeten las leyes en vigor en un país ocupado; que fue asimismo una violación del artículo 46 de ese Reglamento, que dispone que la propiedad privada debe respetarse; que la compañía Krupp, por medio de los acusados Krupp, Loeser, Houdremeont, Mueller, Janssen y Eberhardt, participó voluntariamente y sin presiones en esas violaciones... y que no había justificación para tal acción⁴⁸.

Por último, al examinar las pruebas relativas a los actos de pillaje cometidos en Holanda, el tribunal volvió a referirse a actos cometidos por la empresa Krupp:

Concluimos que ha sido claramente establecido mediante pruebas fidedignas que, a partir de 1942, se cometieron actos ilícitos de expoliación y pillaje en gran escala en Holanda por y en nombre de la compañía Krupp y que, en particular, entre septiembre, aproximadamente, de 1944 y la primavera de 1945, algunas empresas de Holanda fueron explotadas y saqueadas para el esfuerzo bélico alemán, de la manera más despiadada, sin consideración de la economía local y como consecuencia de una intención y un plan deliberados⁴⁹.

Estos extractos de la sentencia denotan sin duda que el tribunal reconoció que la empresa Krupp como tal había cometido el acto de pillaje.

En relación con la tercera acusación de que el grupo Krupp había utilizado en sus fábricas como mano de obra a prisioneros de guerra, trabajadores extranjeros e internados civiles de los campos de concentración, el tribunal se refirió tanto al trato que recibieron de la compañía y sus empleados, así como a su uso en fábricas de armamento. Sobre este último punto, los acusados alegaron en su defensa que se vieron forzados a utilizar a esos trabajadores en las fábricas del grupo, dado que, si se hubieran negado, habrían corrido el riesgo de que se confiscaran las fábricas y los bienes del grupo⁵⁰. Para refutar esa argumentación, el tribunal tuvo que considerar los actos de Krupp como empresa. El tribunal señaló que “no se trataba de negarse a aceptar una mano de obra asignada. Las empresas tenían que presentar demandas. Muchas fábricas de armamento no quisieron. La empresa Krupp buscó obreros en los campos de concentración, debido a la escasez de mano de obra que había entonces en Alemania”⁵¹.

48 Ibid., pp. 1351-1352.

49 Ibid., p. 1370 (el subrayado es nuestro).

50 Ramasastry, nota 46 *supra*, p. 112.

51 *The Krupp Trial*, nota 47 *supra*, p. 1412.

El tribunal concluyó que la casa Krupp tenía un “ferviente deseo” de utilizar trabajadores forzados. Esta conclusión deja claro que el tribunal intentó imputar la intención a la persona jurídica de la empresa, a fin de demostrar que ese propósito procedía de la directiva. El hecho de que el tribunal estimara que la empresa Krupp había planificado y deseado utilizar a los prisioneros de guerra para trabajar en sus fábricas de armas, contraviniendo las leyes y las costumbres de la guerra ya vigentes en aquella época⁵², muestra que una compañía puede ser responsabilizada por una infracción del derecho internacional humanitario⁵³.

En el asunto *I. G. Farben*, veintitrés miembros de la dirección de la compañía química y farmacéutica alemana fueron acusados, entre otras cosas, de crímenes de guerra, pillaje y expoliación de bienes públicos y privados en territorios ocupados, así como de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad por haberse servido de trabajadores forzados. El tribunal basó varias de sus conclusiones en el papel de I. G. Farben como persona jurídica. Si bien no hizo referencia a las actividades de la compañía en relación con la acusación de utilizar mano de obra forzada, limitándose al papel directo de los acusados en negociaciones y reuniones sobre ese asunto⁵⁴, sí lo hizo ampliamente cuando se abordaron los cargos por pillaje:

*Por lo que respecta a los cargos del presente auto de acusación sobre las actividades de Farben en Polonia, Noruega, Alsacia-Lorena y Francia, consideramos que la prueba deja fuera de toda duda razonable que Farben cometió delitos contra la propiedad, tal y como se los define en la Control Council Law N° 10, y que esos actos estaban relacionados con la política alemana para los países ocupados, de la que formaban parte inseparable, como acabamos de exponer.*⁵⁵

Además, el tribunal dictaminó que la empresa era responsable de una violación específica del artículo 47 del Reglamento de La Haya, que prohíbe el pillaje⁵⁶. El tribunal no interpretó que esa infracción podía ser cometida únicamente por la potencia ocupante. El tribunal consideró que una persona jurídica tenía la capacidad de infringir las leyes y costumbres de la guerra⁵⁷ y que el derecho

52 Art. 6 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (en adelante, Reglamento de La Haya).

53 Ramasastry, nota 46 *supra*, p. 112.

54 *The I. G. Farben Trial, Trial of Carl Krauch and Twenty-two Others*, nota 45 *supra*, pp. 53-61.

55 *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. VIII, nota 47 *supra*, p. 1141 (el subrayado es nuestro).

56 “Esa infracción por parte de Farben constituyó una violación de los derechos de la propiedad privada, protegida por las leyes y las costumbres de la guerra” (el subrayado es nuestro), *Trials of War Criminals*, nota 47 *supra*, p. 1140.

57 “Cuando las personas privadas, incluidas las personas jurídicas, proceden a explotar la ocupación militar adquiriendo una propiedad privada contra la voluntad y sin el consentimiento del propietario anterior, y esa acción no está expresamente justificada por ninguna disposición aplicable del Reglamento de La Haya, ello constituye una violación del derecho internacional... Cuando una persona privada o una persona jurídica participa en una confiscación ilícita de bienes privados o públicos, planificando y ejecutando un propósito claramente definido de adquirir esos bienes en forma permanente, la adquisición, en esas circunstancias subsiguientes a la confiscación, constituyen una conducta que infringe el Reglamento de La Haya” (el subrayado es nuestro), *ibíd.*, p. 1132.

internacional humanitario era aplicable *ipso facto* a una empresa⁵⁸.

Del fallo del tribunal militar estadounidense puede deducirse, por consiguiente, que el crimen de guerra de pillaje se le podía imputar directamente a I.G. Farben como empresa, aunque el tribunal no tuviera jurisdicción sobre las personas jurídicas⁵⁹.

Estos dos fallos muestran que las empresas pueden ser imputadas por violaciones del derecho internacional humanitario, sobre todo por crímenes de guerra, como en este caso, por pillaje y uso de trabajo forzado.

Responsabilidad secundaria

Una persona jurídica puede ser responsabilizada por una violación del derecho internacional humanitario no sólo por sus propios actos, sino, en ciertos casos, por actuaciones de sus empleados o de otras entidades, empresas, grupos armados o incluso de un Estado. Para que una empresa sea considerada al menos parcialmente responsable, han de cumplirse algunas condiciones. Analicemos a continuación los diversos casos en que una violación puede atribuirse a una empresa.

Responsabilidad civil subsidiaria. Es un principio del derecho privado según el cual un superior es responsable de los actos de sus subordinados. En los sistemas jurídicos nacionales también se denomina el principio de responsabilidad vicaria. Este tipo de responsabilidad existe asimismo en el derecho internacional en forma de responsabilidad estatal por hechos internacionalmente ilícitos. En el segundo capítulo del Proyecto de la CDI⁶⁰ se aborda la responsabilidad por actos de órganos de un Estado o de personas o entidades que ejercen funciones públicas. Sin embargo, en cuanto a la responsabilidad de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por terceros, el hecho de que el derecho se aplique a nivel nacional significa que la atribución de la responsabilidad se regirá por las normas de derecho civil de los sistemas jurídicos nacionales⁶¹. En el derecho quebequés, por ejemplo, el principio correspondiente aparece en el artículo 1.463 del Código Civil de Quebec: “El superior es responsable de reparar los daños resultantes de faltas de sus agentes y empleados en el cumplimiento de sus funciones, aunque le conserva la posibilidad de recurrir contra ellos”. Este artículo tipifica una presunción de responsabilidad del superior, en este caso la empresa, por actos de terceros; de modo que no es necesario que el superior haya cometido algún acto ilícito para establecer esa responsabilidad⁶². En el *common law*, el sistema de responsabilidad civil, que se ocupa de la responsabilidad no contractual, también reconoce este principio, denominado principio del *respondeat*

58 Clapham, nota 27 *supra*, p. 169.

59 *Ibid.*, p. 171, y Ramasastry, nota 46 *supra*, p. 107.

60 V. nota 13 *supra*.

61 V. más adelante.

62 J. L. Baudouin, *La responsabilité civile*, cuarta ed., Les Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1994, p. 342. Este principio está codificado en casi todos los sistemas de derecho civil; v., p. ej., el art. 2.049 del Código Civil italiano.

superior. Las condiciones que deben cumplirse para que el principio sea aplicable son más o menos las mismas que en el sistema de derecho civil que se describe más adelante⁶³. Para que haya responsabilidad, deben cumplirse tres condiciones en forma acumulativa, a saber, que sea: un acto ilícito por parte del empleado, que exista una relación de subordinación y que el agente haya causado el daño en el ejercicio de sus funciones. A primera vista, esas condiciones parecen relativamente claras, pero la segunda y la tercera merecen un examen más detenido. La relación contractual no es particularmente importante para determinar la existencia de una relación de subordinación. Lo que ha de establecerse es más bien la autoridad del superior sobre el agente, así como la tarea de éste y el método utilizado para cumplir sus funciones⁶⁴. El superior debe tener el poder de supervisión, autoridad y control de la manera en que el agente efectúa su trabajo. De ahí que la relación de subordinación entre una empresa y un subcontratista puede ser más difícil de establecer. La independencia del subcontratista, a quien se confían ciertas tareas es, con frecuencia, incompatible con el grado de control requerido para que se aplique la presunción de la responsabilidad del superior⁶⁵. Obviamente, si se puede probar que el superior conserva un grado de control de las actividades de su subcontratista que satisfaga los criterios mencionados, el superior puede ser imputable.

La noción de “cumplimiento de sus funciones” también plantea algunas dificultades. El criterio que se considera más seguro a los fines de determinar si el acto se cometió en el cumplimiento de las funciones del agente es la prueba del “propósito de la actividad del empleado”. Si el acto ilícito se cometió en beneficio del agente y del superior, o sólo en beneficio de este último, se presumirá que se ha cometido en el cumplimiento de las funciones del agente. En cambio, si se estima que el acto fue sólo en beneficio del agente, no se hará esa presunción⁶⁶. Como se ha señalado, cuando el empleado desobedece o desatiende deliberadamente las órdenes del empleador, éste no incurrirá en responsabilidad. Sin embargo, esto no es necesariamente así. El criterio que se aplica es siempre el propósito del acto, ya que la “desobediencia por parte del agente no es necesariamente incompatible con el cumplimiento de sus funciones”⁶⁷. Lo mismo cabe decir de los actos delictivos, ya que la perpetración de un acto delictivo no siempre presupone *per se* que el agente actúa fuera del ámbito de sus funciones⁶⁸. Estas aclaraciones son de particular importancia cuando se trata de establecer la responsabilidad civil de una compañía por violaciones del derecho internacional humanitario, dado que estas infracciones son a menudo crímenes. Una empresa que opera en una

63 “Como ocurre con las personas físicas, la empresa empleadora será considerada responsable cuando un acto ilícito de un agente se cometa en el ámbito de la autoridad y durante la actividad laboral de este agente.” B. Stephen, “Corporate accountability: International human rights litigation against corporations in US courts”, en Kamminga y Zia-Zarifi, nota 27 *supra*, p. 219. V. también V. Oosterveld y A. C. Flah, “Holding leaders liable for torture by others: command responsibility and respondeat superior as frameworks for derivative civil liability”, en C. Scott, *Torture as Tort*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 450-451.

64 Baudouin, nota 62 *supra*, p. 353.

65 *Ibid.*, pp. 361-363.

66 *Ibid.*, pp. 383-386.

67 *Ibid.*, p. 375.

68 *Ibid.*, pp. 373-374.

zona de conflicto puede ordenar a sus empleados que respeten el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, pero el hecho de dar esas instrucciones no será suficiente para que la empresa evite la imputabilidad por los actos de sus agentes, cuando esos actos se realizan en interés de la empresa y ésta se beneficia de ellos.

Complicidad (ayudar e incitar). La complicidad es, ante todo, un concepto de derecho penal con normas de aplicación estrictas. Según Schabas, han de cumplirse tres condiciones: 1) se debe probar que otra persona ha cometido un crimen; 2) el cómplice tiene que haber realizado un acto material de asistencia al autor del crimen; y 3) este acto tiene que haberse llevado a cabo deliberadamente y conociendo el acto del autor del crimen⁶⁹. Dado que el concepto de complicidad no existe como tal en el derecho de las obligaciones civiles extracontractuales, ni por delitos civiles ni en el derecho civil en general, hemos de preguntarnos cómo se expresa ese concepto en el derecho privado.

En varias situaciones en las que las empresas han sido acusadas de violaciones del derecho internacional humanitario, las infracciones habían sido efectivamente cometidas por las fuerzas gubernamentales, es decir, por el Estado. En algunos casos muy particulares, la empresa y las autoridades firman un contrato según el cual las fuerzas gubernamentales custodian las instalaciones de la empresa, tarea que se asigna con frecuencia a una unidad militar específica⁷⁰. En la mayoría de tales casos, esas unidades pueden considerarse como contratistas independientes, puesto que no reciben órdenes. El principio de responsabilidad vicaria antes descrito es, pues, aplicable.

Ahora bien, puede considerarse, de manera general, que si la empresa contribuye de forma deliberada, activa o pasiva, a la comisión de una infracción, podría ser responsabilizada de ella en virtud de sus propios actos, siempre y cuando pueda establecerse una relación de causalidad suficientemente fuerte entre el acto delictivo de la empresa y la violación⁷¹.

El derecho estadounidense es algo más específico. Define los tipos de conducta que implican una responsabilidad solidaria por un hecho ilícito. Esa responsabilidad se plantea cuando una persona “ordena o induce determinada conducta, si: (a) conoce o debería conocer las circunstancias que convertirían el acto en delito, si fuera un acto propio, o (b) realiza una actividad con ayuda de un tercero e incurrir en culpa por imprudencia al emplearlo o (c) permite que un tercero actúe en sus instalaciones o con sus instrumentos, sabiendo o teniendo razones para saber que ese tercero está actuando o actuará delictivamente”⁷². Además, los tribunales

69 W. A. Schabas, “Enforcing international humanitarian law: Catching the accomplices”, *International Review of the Red Cross*, vol. 83, N.º 842, junio de 2001, pp. 447-448.

70 V. las observaciones sobre la situación en Colombia, en la introducción.

71 *Beyond Voluntarism*, nota 16 supra, p. 126.

72 Restatement (Second) of Torts 877 (1965), citado en C. Shaw, “Uncertain justice: Liability of multinationals under the Alien Tort Claims Act”, *Stanford Law Review*, vol. 54, 2002, p. 1382.

estadounidenses, al aplicar la *Alien Tort Claims Act* (ATCA)⁷³, han imaginado dos pruebas más que permitirían una forma de complicidad aplicable en casos civiles.

En casos de complicidad entre empresas y Gobiernos, puede aplicarse la teoría de la “acción conjunta”, utilizando la prueba de la acción conjunta. En tales casos, debe demostrarse que existía un acuerdo entre las partes con miras a lograr un objetivo común.

El asunto *Doe v. Unocal Corp.* es un buen ejemplo de jurisprudencia que ilustra la aplicación de esa teoría⁷⁴. En esta causa, que fue oído en primera instancia en un tribunal del distrito federal de Estados Unidos, la empresa Unocal fue demandada por ciudadanos de Myanmar por ayudar e incitar a militares de Myanmar a cometer graves violaciones de los derechos humanos. Varias de esas infracciones (torturas, abusos sexuales, desplazamientos forzosos, etc.) serían violaciones del derecho internacional humanitario si se cometieran en el marco de un conflicto armado, de ahí la pertinencia que tiene aquí esa sentencia. Dichas violaciones fueron perpetradas en el contexto de operaciones de extracción de gas y petróleo y de la construcción de un oleoducto. El Gobierno se había encargado de garantizar, entre otras cosas, de velar por la seguridad y proporcionar la mano de obra para el proyecto, una empresa mixta en la que participaban Unocal, Total y el Gobierno de Myanmar. En su análisis, el Tribunal llegó a la conclusión de que, para que la infracción fuera imputable a la empresa en virtud de la teoría de la acción conjunta, el demandante tenía que demostrar que las partes que participaban en ella, a saber: Unocal y el Gobierno de Myanmar, tenían el objetivo específico común de violar los derechos de las víctimas. El Tribunal sentenció que las dos entidades sólo tenían un objetivo común: llevar adelante el proyecto de manera provechosa⁷⁵. El Tribunal también aplicó la prueba de la “causa inmediata”, a fin de determinar si la infracción cometida por un Estado era imputable a una empresa. Para satisfacer esta prueba, el demandante tenía que demostrar que la empresa ejercía un control de la decisión del Gobierno de cometer una violación⁷⁶. En este caso, a pesar de que las pruebas demostraron que Unocal sabía que se utilizaba el trabajo forzado y de que el proyecto se beneficiaba de éste, no eran suficientes para imputar esa infracción a la empresa en virtud de la teoría de la acción conjunta. El fallo fue apelado y revocado. Sin embargo, los apelantes no impugnaron la teoría de la acción conjunta *per se*, sino sólo su aplicabilidad en este caso.

73 La *Alien Tort Claims Act* (en adelante, ATCA) permite que un ciudadano extranjero emprenda una acción civil contra una parte que ha causado un daño como resultado de una violación del derecho internacional. “Los tribunales de distrito tendrán jurisdicción de primera instancia sobre toda acción civil incoada por un extranjero sólo por un acto delictivo cometido en violación del derecho de gentes o de un tratado de Estados Unidos.”, 28 U.S.C., apartado 1350.

74 *Doe v. Unocal Corp.*, 110f. Supp. 2d. 1294, (C.D. Cal. 2000), US Federal District Court, fallo del 31 de agosto de 2000.

75 D. Betz, “Holding multinational corporations responsible for human rights abuses committed by security forces in conflict-ridden nations: an argument against exporting federal jurisdiction for the purpose of regulating corporate behaviour abroad”, *De Paul Business Law Journal*, N.º 14, 2001, p. 176.

76 *Ibid.*, p. 177.

En el juicio en segunda instancia⁷⁷, la Sala de Apelaciones del noveno circuito judicial dictaminó que el tribunal de distrito debería haber aplicado la teoría de la complicidad, tomada del derecho penal, en particular la de ayudar e instigar. Para fundamentar su fallo, la Sala de Apelaciones dijo que, conforme a la teoría del conflicto de derechos en el derecho internacional privado, era preferible utilizar los principios del derecho internacional para decidir sobre cuestiones jurídicas en casos basados en la primacía del derecho de gentes⁷⁸. La Sala de Apelaciones expuso tres argumentos en favor de la aplicación de los principios del derecho penal internacional en una causa civil en el derecho interno: 1) el derecho internacional de los derechos humanos se ha desarrollado en gran medida en el contexto de procesamientos penales, más que en el de enjuiciamientos civiles; 2) la distinción entre crimen y delito civil sirve de poca ayuda para evaluar las normas del derecho internacional de los derechos humanos, porque lo que constituye un crimen en una jurisdicción es a menudo un delito civil en otra⁷⁹, y 3) el criterio de ayudar e instigar en el derecho penal internacional es similar a la norma de ayudar e incitar en el derecho interno de responsabilidad civil⁸⁰. Sobre la base de esta teoría y del hecho de que Unocal tenía conocimiento de las violaciones de los derechos humanos antes de participar en la empresa conjunta, la Sala de Apelaciones sentenció que había pruebas suficientes para imputar a Unocal en virtud de la ATCA.

Esta aplicación del criterio de ayudar e incitar fue retomada por el tribunal del distrito de Nueva York en el asunto *Talisman*⁸¹, en el que una compañía petrolera canadiense fue demandada por colaborar con el Gobierno sudanés en violaciones de los derechos humanos y en crímenes de guerra cometidos en el marco del conflicto armado internacional de Sudán. *Talisman* impugnó el criterio de ayudar e incitar, sosteniendo que esa teoría no se aplicaba a una demanda civil en virtud de la ATCA⁸². El Tribunal dictaminó que ese argumento era infundado:

El argumento de Talisman es incorrecto. Su análisis interpreta mal la naturaleza fundamental de la ATCA. La ATCA estipula el derecho de demanda por violaciones del derecho internacional. Para determinar si existe un derecho de demanda en virtud de la ATCA, los tribunales han de recurrir al derecho internacional. Por eso, independientemente de que se reconozcan o no los criterios de ayuda e instigación y de complicidad, en relación con los cargos de genocidio,

77 *Doe v. Unocal Corp.*, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, fallo del 18 de septiembre de 2002.

78 T. Garmon, "Domesticating international corporate responsibility: holding private military firms accountable under the Alien Tort Claims Act", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 11, 2003, pp. 347-348.

79 La Sala parece haberse equivocado al citar esta razón, por lo menos en lo que respecta a las violaciones del derecho internacional humanitario, ya que los Estados están obligados por los Convenios de Ginebra a clasificar las violaciones graves como actos criminales. Por lo tanto, es imposible cualquier diferencia de clasificación de estos tipos de conductas.

80 Garmon, nota 78 *supra*, p. 348.

81 *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, 244 f. Supp. 2d 289, US District Court for the Southern District of New York, 19 de marzo de 2003.

82 *Ibid.*, p. 320.

*esclavitud, crímenes de guerra y similares, es una cuestión que debe responderse a la luz del derecho internacional*⁸³.

De modo que la teoría de ayudar e incitar parece ser aplicable en demandas civiles por violaciones del derecho internacional humanitario, al menos en Estados Unidos en virtud de la ATCA. Es interesante observar que, a fin de determinar el grado de participación requerido para que una parte sea considerada miembro de una “empresa mixta”, los tribunales británicos y australianos han utilizado un concepto similar a la teoría de ayudar e instigar⁸⁴. Por lo tanto, será útil definir lo que se entiende por “ayudar e instigar”.

El asunto *Furundzija*, juzgado por en el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, ofrece la definición más completa de los criterios para establecer si ha existido complicidad en forma de ayuda o instigación. La asistencia prestada ha de tener un efecto sustancial en la perpetración del crimen, y la persona que ayuda o incita tenía que saber que la asistencia prestada contribuía a perpetrar un crimen, incluso aunque no tuviera un objetivo común con la persona que lo cometió directamente:

*En resumen, la Sala de Primera Instancia considera que los ingredientes jurídicos de ayudar e incitar en el derecho penal internacional son los siguientes: el actus reus consiste en la asistencia práctica, la incitación o el apoyo moral que tiene un efecto sustancial en la perpetración del crimen. La mens rea necesaria es el conocimiento de que esos actos ayudan a cometer el delito. Se ha de distinguir la noción de ayudar e instigar del concepto de objetivo común, cuyo actus reus consiste en la participación en una empresa criminal conjunta y la mens rea requerida es la intención de participar*⁸⁵.

Así pues, las empresas pueden ser imputadas por violaciones del derecho internacional humanitario, cuando esas violaciones son el resultado de sus propios actos o de actos de terceros y siempre que se pueda establecer una relación suficientemente fuerte entre un acto u omisión de la empresa y la infracción, o si la conducta de la empresa puede calificarse de complicidad. Una vez establecido que las empresas tienen obligaciones en relación con las violaciones del derecho internacional humanitario y que pueden ser responsabilizadas por ellas, debemos

83 *Ibid.* Argumentando que la decisión de la Corte Suprema en el asunto *Álvarez-Machain* (*Sosa v. Álvarez Machain et al.*, 542 US Supreme Court, 29 de junio de 2004) había sentado nuevos criterios, Talisman intentó que se revocara esta decisión, sosteniendo que la existencia de responsabilidad secundaria, en particular de responsabilidad por ayudar e incitar, no estaba demostrada con pruebas suficientes y que el concepto no estaba suficientemente definido en el derecho internacional. El Tribunal de distrito rechazó los argumentos, confirmando la decisión de 2003, según la cual la responsabilidad secundaria existía en el derecho internacional. Además, el Tribunal dictaminó que el argumento de Talisman de que el criterio de ayudar e incitar no estaba suficientemente definido en el derecho internacional era erróneo, tal y como se estableció en el asunto *Álvarez Machain*. *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, 374 f. Supp. 2d 331, US District Court for the Southern District of New York, 13 de junio de 2005.

84 *Beyond Voluntarism*, nota 16 *supra*, p. 130.

85 *Prosecutor v. Anto Furundzija*, nota 40 *supra*, apdo. 249.

examinar ahora de qué medios disponemos para hacer cumplir a las compañías este tipo de obligaciones.

Exigir el cumplimiento de las responsabilidades civiles de las empresas

Como hemos dicho en la primera sección, las empresas tienen obligaciones dimanantes del derecho internacional. También parece haber una tendencia a considerar que tienen una obligación concomitante de reparar en virtud del derecho internacional. Sin embargo, como este derecho no establece ningún mecanismo para exigir el cumplimiento de sus responsabilidades civiles a las empresas, es necesario examinar los derechos internos para ver qué posibilidades existen, si es que existen, de aplicar la responsabilidad civil por violaciones del derecho internacional humanitario.

¿Quién es el sujeto del derecho a recibir reparación estipulado en el derecho internacional humanitario?

Esta pregunta es crucial para las próximas etapas del análisis. Como las demandas de reparaciones se efectúan a través de diligencias civiles, es fundamental determinar quién puede incoar una acción civil basándose en el derecho internacional. La primera medida para responder a esa pregunta es investigar cuál fue la intención de los Estados al aprobar el artículo 3 del IV Convenio de La Haya. Un examen de las deliberaciones previas lleva a la conclusión de que la finalidad del artículo 3 era, entre otras cosas, conferir a los individuos el derecho a recibir reparación⁸⁶. El propósito del artículo era establecer un nuevo mecanismo, como una alternativa a la protección diplomática, que no existía o era ineficaz en el marco de ocupación por una parte beligerante, para permitir a las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario obtener reparación. Por ello era necesario otorgar a las propias víctimas el derecho a recibir reparación. Varios tribunales nacionales han expresado opiniones al respecto, que es importante analizar en este contexto.

Desde los años sesenta, los tribunales japoneses, al estudiar las demandas de reparación presentadas por víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario que tuvieron lugar durante la Segunda Guerra Mundial, tuvieron que examinar la cuestión de quién es el sujeto del derecho a recibir reparación. Tras analizar el artículo 3 y el derecho consuetudinario, el tribunal de distrito de Tokio,

86 “Sería inaceptable que una víctima pudiera reclamar reparación sólo del oficial o del soldado culpable de la infracción”, citado en Kalshoven, nota 10 supra, p. 834. “Si en este caso las personas lesionadas como consecuencia de una violación del Reglamento no pudieran exigir reparación del Gobierno y estuvieran obligadas a recurrir al oficial o al soldado infractor, en la mayoría de los casos no podrían obtener la debida indemnización”, citado en Pierre d’Argent, *Les Réparation de guerre en droit international public: la responsabilité internationale des États à l’épreuve de la guerre*, Bruselas, Bruylant, 2002, p. 508. Estas dos intervenciones, que no fueron cuestionadas, demuestran, por su enunciado y el empleo de los términos “víctimas” y “personas lesionadas”, que las partes deseaban conferir el derecho de reparación a los individuos y no a los Estados.

en dos sentencias recientes⁸⁷ concernientes a ex prisioneros de guerra e internados civiles, rechazó las demandas con el argumento de que los individuos no tenían un derecho personal a recibir reparación en el momento de las violaciones⁸⁸. Llegaron a esa conclusión basándose en los criterios establecidos en la causa *Shimoda*, entablada por cinco demandantes japoneses para recibir reparación por los daños y perjuicios que les ocasionó el lanzamiento de la bomba atómica por Estados Unidos⁸⁹. Según esta sentencia, para que un individuo pueda reclamar una indemnización a un Estado, debe ser sujeto de los derechos que confiere el derecho internacional. La prueba establecida en ese caso para determinar si alguien es titular de esos derechos fue la siguiente: esas personas han de poder tener derechos y asumir obligaciones por y en sus propios nombres. Para que una persona pueda reclamar reparación a un Estado, debe ser un sujeto de un derecho en el derecho internacional⁹⁰.

Sin embargo, la interpretación de los tribunales japoneses parece ser errónea. La correcta aplicación de los criterios debería llevar a una conclusión algo diferente, ya que el derecho internacional humanitario es directamente aplicable a los individuos y establece obligaciones, por ejemplo, en el ámbito del derecho penal. Por consiguiente, incluso conforme a la prueba aplicada por los propios tribunales japoneses, los individuos deberían ser sujetos del derecho a recibir reparación.

En general, los tribunales estadounidenses no han reconocido tradicionalmente el derecho individual a recibir reparación por una violación del derecho internacional humanitario, porque no se consideraba que el Convenio de La Haya fuera de aplicación automática⁹¹. Ahora bien, esta interpretación tradicional parece estar cambiando. En la causa *Karadzic*, la Sala de Apelaciones del segundo distrito reconoció la posibilidad de que las personas individuales fuesen sujetos del derecho de indemnización⁹². Esta tendencia parecen confirmarla otros fallos

87 En ambos casos, cada demandante pedía una indemnización de 22.000 dólares EE.UU. por los daños resultantes de los malos tratos infligidos por el ejército japonés. El hecho de que las víctimas habían sufrido malos tratos no fue puesto en duda. La cuestión principal era determinar si las víctimas tenían o no derecho a recibir reparación. *Arthur Tiherington and others v. State of Japan*, Civil Division N.º 316, Tribunal de Distrito de Tokio, 26 de noviembre de 1998, y *Sjoerd Lapré v. State of Japan*, Civil Division N.º 6, Tribunal de Distrito de Tokio, 30 de noviembre de 1998, citado en Fujita Hisaku, Suzuki Isomi y Nagano Kantoro, *War and Rights of Individuals: Renaissance of Individual Compensation*, Nippon Hyoron-sha, Tokio, pp. 104, 118.

88 “El artículo 3 de la Convención de La Haya no es nada más que una disposición que clarifica la responsabilidad internacional del Estado de indemnizar a una nación víctima de violaciones del Reglamento de La Haya... Y en los tribunales de Japón, los individuos que sufrieron daños por la conducta de miembros de las fuerzas armadas que violaron el derecho internacional humanitario no pueden pedir indemnización al país del infractor.” *Sjoerd Lapré v. State of Japan*, *ibíd.*, p. 124.

89 Asunto Shimoda, 7 de diciembre de 1963, *Japanese Annual of International Law*, vol. 8, 1964.

90 Hisaku Fujita, “Introduction: post-war compensation litigation from the viewpoint of international law”, en Hisaku et al., nota 87 *supra*, p. 19.

91 *Goldstar (Panama) S.A. v. United States*, US Court of Appeals, 16 de junio de 1992, *International Law Reports*, 96, 1992, p. 58. V. también *Hugo Prinz v. Federal Republic of Germany*, Court of Appeals for the District of Columbia, 1 de julio de 1994, *International Legal Materials*, 33, 1994, p. 17: “ninguna disposición de la Convención de La Haya, ni siquiera implícita, otorga a los individuos el derecho a pedir reparación por daños resultantes de violaciones de sus disposiciones”.

92 “El derecho de gentes no establece en general cláusulas de acción privada para reparar sus violaciones, pero deja a cada nación la tarea de definir las compensaciones disponibles por violaciones del derecho internacional.” *Kadic v. Karadzic*, 70 F. 3d 232, 1995, p. 246.

recientes, al menos por lo que respecta a las demandas de indemnización, en virtud de la ATCA, violaciones del derecho internacional humanitario⁹³.

Por último, el derecho de las víctimas a demandar reparación por daños resultantes de violaciones del derecho internacional humanitario ha sido reconocido en una causa reciente en Grecia. Según la Sala de primera instancia, no era necesario que presentara la demanda de indemnización el Estado del que las víctimas eran ciudadanos, dado que ninguna norma del derecho internacional impide a los individuos presentar tales demandas por sí mismos⁹⁴. Esta sentencia la confirmó el Aereios Pagos (Tribunal Supremo), cuya conclusión presenta un resumen convincente del estado de la jurisprudencia sobre el derecho de las víctimas a reclamar reparación:

*En nuestra opinión, estamos en la etapa de surgimiento de una práctica de fundamentar la jurisdicción de los tribunales en el foro (más apropiado) para adjudicar las demandas de indemnización presentadas por personas individuales contra un Estado extranjero por infracciones de las normas de jus cogens, especialmente las que salvaguardan los derechos humanos, siempre que exista un vínculo entre esas infracciones y el Estado del foro.*⁹⁵

Recientes desarrollos, tanto en el derecho de los derechos humanos como en el derecho penal internacional, también denotan que los Estados reconocen que los individuos son sujetos del derecho a recibir reparación. Los Principios y directrices básicos sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones⁹⁶, por ejemplo, reconocen que los individuos son sujetos del derecho a obtener reparaciones por violaciones graves del derecho internacional humanitario. El derecho de las personas individuales a reclamar reparación también ha sido reconocido por uno de los órganos más importantes de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad, que, en su resolución 827, por la que se constituyó el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, afirmó que:

La labor del Tribunal Internacional se llevará a cabo sin perjuicio del derecho de las víctimas a reclamar reparación, por los medios apropiados, por los daños sufridos como resultado de violaciones del derecho internacional humanitario.

Por último, a pesar de que no aborda las demandas de responsabilidad civil, el artículo 75 del Estatuto de la CPI reconoce el derecho de las víctimas a obtener

93 V., por ejemplo, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, nota 81 supra, en el que el Tribunal desestimó la demanda de Talisman, pero reconoció el derecho de los individuos a reclamar reparación.

94 *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Causa N° 137/1997; Court of First Instance of Leivadia, 30 de octubre de 1997, *American Journal of International Law*, vol. 92, 1997, p. 767.

95 *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Causa N.º 11/2000, Aereios Pages, 4 de mayo de 2000, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, p. 203.

96 Nota 33 supra, El Principio 13 también destaca la importancia de dar acceso a las víctimas al sistema judicial para presentar demandas de reparación.

reparación. Este es, sin duda, un indicio de que gran parte de la comunidad internacional considera que los individuos son sujetos del derecho a recibir reparación.

¿Es una violación del derecho internacional humanitario un acto ilícito o un delito civil en el derecho interno?

Para determinar la responsabilidad de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario, los tribunales nacionales deben tener jurisdicción para pronunciarse sobre esas violaciones. Esto significa que las violaciones del derecho internacional humanitario deben formar parte del derecho interno⁹⁷; en otras palabras, el derecho internacional humanitario ha de incorporarse en el derecho interno. El derecho nacional también tiene que reconocer que una infracción del derecho internacional humanitario constituye un acto ilícito a los fines de la responsabilidad civil.

La gran mayoría de los Estados ha cumplido el requisito de incorporar el derecho internacional en el derecho interno. Pero ¿una violación de ese derecho constituye un acto ilícito civil a los fines del derecho privado?

En los sistemas de derecho civil, un acto ilícito civil se define como el incumplimiento, la violación de una norma de conducta prescrita, de la obligación general que tiene toda persona de no causar daño a terceros. Un eminente autor quebequés ha definido el acto ilícito civil como la violación de una conducta que se considera aceptable en virtud de la legislación o de la jurisprudencia, de modo tal que da lugar a una obligación de reparar el daño causado⁹⁸. En la gran mayoría de los casos, el derecho internacional humanitario se hace efectivo mediante la legislación nacional; por ello, la conducta que transgrede las normas de conducta que define puede constituir un acto ilícito civil. Esto es válido *a fortiori* para las infracciones graves, dado que se las considera actos criminales⁹⁹. Continúa afirmando que una transgresión de una obligación específica impuesta por una ley o un reglamento, particularmente si es internacional, constituye en principio un acto ilícito civil, porque es una violación de una norma de la conducta impuesta por el legislador¹⁰⁰. Por lo tanto, en el sistema del derecho civil, no parece haber ningún obstáculo conceptual para clasificar una violación del derecho internacional humanitario

97 Excepto en Estados Unidos, donde los tribunales federales tienen jurisdicción para oír casos basados en el derecho internacional, en virtud del *Alien Tort Claim Act*, que más adelante examinaremos con más detenimiento.

98 ‘Es pues la violación de la conducta juzgada legislativa o jurisprudencialmente aceptable lo que conlleva la obligación de reparar el perjuicio causado.’ Baudouin, nota 62 *supra*, p. 82. Esta definición es similar a la que han dado varios juristas franceses.

99 V.g., en Canadá, en la nota 113 del *Article 3 of Geneva Conventions Act*, se establece: “Toda persona que, dentro o fuera de Canadá, cometa una infracción grave... es responsable de un acto criminal...”; y en India, el artículo 3, capítulo II, de la *1960 Geneva Conventions Act*.

100 “Una obligación específica impuesta por una ley o un reglamento, sobre todo si es internacional, constituye en principio una falta civil, dado que entonces hay una violación de una norma de conducta fijada imperativamente por el legislador.” Baudouin, nota 62, *supra*, pp. 91-92.

como un acto ilícito en acciones civiles. Sin embargo, como no hay jurisprudencia al respecto, es difícil predecir cómo reaccionaría un tribunal a una demanda basada en una violación del derecho internacional humanitario.

En los sistemas de *common law*, o de derecho anglosajón, la cuestión debe enmarcarse de otra forma. La definición de un “delito civil” (*tort*) es mucho menos neta que la de “acto ilícito” en el derecho civil. El derecho anglosajón ha creado numerosas categorías de conductas que pueden considerarse como delitos; las más comunes son la negligencia y la infracción intencional contra personas o bienes. A diferencia del derecho civil, el *common law* no define el incumplimiento de una disposición legislativa como un delito general *per se*. El incumplimiento de una obligación impuesta por la ley puede invocarse como prueba de que el acusado ha sido negligente, pero no es punible en sí misma. En el asunto *R. v. Saskatchewan Wheat Pool*¹⁰¹, la Corte Suprema de Canadá rechazó la idea de un delito civil basado solamente en los daños resultantes de la infracción de una ley. No obstante, le Corte estableció que el incumplimiento de la ley era un factor en la tarea de determinar si el acusado había sido negligente o no¹⁰².

Sin duda, por numerosas violaciones del derecho internacional humanitario, sobre todo las infracciones graves, puede presentarse una demanda contra la parte infractora sobre la base de delitos reconocidos. La tortura, los atentados graves contra la integridad física, el trato inhumano o infligir deliberadamente sufrimientos intensos son violaciones que se considerarían delitos de maltrato, de causar daños físicos intencionales o sufrimientos emocionales deliberados. Una violación del derecho internacional humanitario también podría considerarse como un delito de negligencia si la parte infractora no tenía la intención de causar daño. Para determinar si ha habido negligencia es necesario mostrar que el acusado tenía un deber de socorro para con la víctima y no lo cumplió. Pero definir el deber de socorro o diligencia de una compañía con respecto a las víctimas en el contexto de un conflicto armado es más complejo. Según la Corte Suprema de Canadá, para que haya un deber de socorro debe haber primero una relación de proximidad entre la empresa y la víctima, de modo que sea previsible que la negligencia por parte de la empresa podría causar pérdidas o daños a la víctima. En segundo lugar, la empresa debe haber sido negligente, es decir, que tiene que haber actuado de manera tal que objetivamente haya ocasionado un riesgo inadmisiblemente de pérdida o daño¹⁰³.

Por último, en teoría parece no haber nada que impida el desarrollo de nuevos delitos; el hecho de que una demanda sea novedosa y no pueda ser clasificada en ninguna categoría de delito ya definido no impide incoar una acción civil. El derecho anglosajón permite que un tribunal reconozca nuevos derechos de

101 *R. v. Saskatchewan Wheat Pool*, [193], Corte Suprema de Canadá, 1 RCS 205.

102 E. M. Hyland, “International human rights law and the tort of torture: what possibility for Canada?”, en Scott, nota 63 *supra*, pp. 413-414.

103 V. el análisis de los fallos en *Kamloops (City) v. Nielsen*, [1984] Corte Suprema de Canadá, 2 RCS 2, y *Ryan v. Victoria (City)* [1999] Corte Suprema de Canadá, 1 RCS 201, en C. Force, “Deterring “militarized commerce”: the prospect of liability for “privatized” human rights abuses”, *Ottawa Law Review*, vol. 31, 1999/2000, pp. 209-10

demanda. La tipificación de nuevos delitos depende de la disposición de los jueces a desarrollar jurisprudencia, a fin de tomar en consideración los cambios en los derechos y los deberes de los individuos¹⁰⁴. Por lo tanto, es posible que algún día veamos que un tribunal de la jurisdicción del *common law* declare a una empresa responsable de un delito en virtud del derecho internacional humanitario.

Además, es importante destacar que, en este tipo de casos, puede plantearse la cuestión del conflicto de leyes en el derecho internacional privado. Si una empresa es demandada en el Estado donde está domiciliada por un acto cometido en otro Estado, es necesario determinar qué leyes son aplicables: las del Estado donde se ha presentado la demanda o las del Estado en que se ha cometido el presunto acto ilícito. Existe una norma general de derecho internacional privado según la cual el derecho aplicable es la *lex loci delicti*, es decir, “la ley del lugar donde se cometió el acto ilícito”¹⁰⁵.

En resumen, sobre la base de la teoría jurídica —ya que actualmente no hay jurisprudencia al respecto— las violaciones del derecho internacional humanitario constituyen actos ilícitos civiles de conformidad con las definiciones dadas por el derecho interno en los sistemas de derecho civil y, en muchos casos, pueden ser clasificadas como delitos civiles en los sistemas de *common law*. Por otra parte, al menos en teoría, no existe ninguna razón por la cual no debería establecerse la figura de un nuevo delito para esas violaciones.

La jurisdicción de los tribunales nacionales

Nuestro análisis ha demostrado que las violaciones del derecho internacional humanitario pueden ser imputadas a empresas y servir de base para demandas civiles. La siguiente cuestión que hemos de abordar es la del foro ante el cual una víctima o un grupo de víctimas pueden incoar una acción para reclamar reparación por daños sufridos como resultado de un acto ilícito cometido por una empresa.

Normas generales de jurisdicción

En el derecho internacional privado, el principio básico para establecer qué instancia judicial tiene jurisdicción en un caso dado es la del *actor sequitur forum rei*,

104 Hyland, nota 102 supra, pp. 411-413. Al analizar esta cuestión, el autor cita al profesor Prosser en relación con la tipificación de delitos: “No hay ninguna necesidad de que un delito esté tipificado. Constantemente se reconocen nuevos delitos no tipificados, y los avances de la jurisprudencia están marcados por muchas causas de primera instancia, en las que el tribunal ha tenido que bregar mucho para tipificar un nuevo derecho de demanda, donde antes no lo había... El derecho de responsabilidad civil por delitos no es en absoluto estático, y su desarrollo no tiene límites. Cuando es evidente que los intereses del demandante están legitimados a recibir protección jurídica contra la conducta del acusado, el mero hecho de que la demanda sea inédita no constituirá un obstáculo para presentar el recurso”.

105 En el derecho civil quebequés, esta norma se recoge en el artículo 3126 del Código Civil de Quebec: “La obligación de reparar daños causados a terceros está regida por el derecho del país donde se haya cometido el perjuicio”. Durante mucho tiempo, los tribunales de las jurisdicciones de *common law* tendían a un enfoque contrario, aplicando la *lex fori*, es decir, el derecho local del tribunal. Sin embargo, en Canadá, el fallo *Tolofson* de la Corte Suprema indicó claramente que la norma que debía seguirse era la de la *lex loci delicti*. En Inglaterra, la *Private International Law Act*, promulgada en 1995, también estableció esta norma para cuestiones de conflictos de leyes.

es decir, que el tribunal competente es el del lugar de domicilio del demandado.

Conforme a este principio general, los tribunales de una jurisdicción dada pueden conocer de cualquier caso, siempre y cuando el acusado esté domiciliado en esa jurisdicción, incluso si el presunto acto ilícito se ha cometido en otro Estado. Otro principio de jurisdicción, universalmente reconocido, es la del lugar donde el acto que ha dado lugar al litigio, en este caso la violación del derecho internacional humanitario, ha tenido lugar¹⁰⁶. Sin embargo, en la mayoría de los casos, es difícil imaginar que se entable una acción civil contra una empresa ante los tribunales del Estado donde la violación del derecho internacional humanitario ha tenido lugar pues, en general, el sistema judicial prácticamente no existe o el Gobierno es cómplice de las violaciones cometidas.

Por último, en la mayor parte de los Estados de *common law*, los tribunales tienen jurisdicción sobre las personas que están presentes en su territorio, aunque sea de forma temporal¹⁰⁷. Una de las condiciones para el ejercicio de esa jurisdicción que se notifique al acusado la acción judicial cuando está en ese territorio¹⁰⁸. Por lo que respecta a las empresas, la presencia en el territorio ha sido definida en el derecho estadounidense como el simple hecho de estar presentes en un Estado o realizar actividades comerciales continuas y sistemáticas en él. Si se satisfacen esos criterios, los tribunales de Estados Unidos tienen jurisdicción¹⁰⁹.

Hay diferentes tipos de jurisdicción, sobre todo de jurisdicción extraterritorial, que varían de un sistema a otro y que, por lo tanto, no los examinaremos aquí¹¹⁰. El único aspecto que tienen en común es la necesidad de que el litigio tenga una conexión real y sustancial con la jurisdicción donde se interpone la demanda.

El caso especial de la Alien Tort Claims Act

La *Alien Tort Claims Act*¹¹¹ data de 1789. Tras un largo período de olvido, resurgió su aplicación con el asunto *Filartiga v. Pena-Irala* en 1980¹¹². Esta ley única

106 *International Business Machines Corporations (IBM) contre Gypsy International Recognition and Compensation Action (GIRCA)*, Fallo del Tribunal Federal Suizo, 4C.296/2004 del 22 de diciembre de 2004. En este caso, la Corte Suprema suiza apoyó la conclusión del tribunal de apelaciones de Ginebra de que los tribunales de Ginebra tienen jurisdicción para conocer del caso porque existe la probabilidad de que los actos preparatorios de complicidad para el genocidio fueron cometidos por IBM en su sede europea de Ginebra.

107 A. C. McConville, "Taking jurisdiction in transnational human rights tort litigation: Universality jurisdiction's relationship to ex juris service, forum non conveniens and the presumption of territoriality", en Scott, nota 84 supra, p. 161: "Esta "jurisdicción de derecho" se extiende a los demandados que no son residentes, pero que están físicamente presentes en Inglaterra, incluso de forma transitoria."

108 *V. Kadic v. Karadzic*, nota 92 supra, p. 238. En este caso, se notificó al acusado la acción judicial en 1993, en la recepción de un hotel de Nueva York, donde estaba con motivo de unos debates en la ONU.

109 J. L. Heil, "African private security companies and the Alien Tort Claims Act: could multinational oil and mining companies be liable?", *Northwestern School of Law Journal of International Law & Business*, vol. 22, 2002, p. 306.

110 V.g., el art. 3136 del Código Civil de Quebec dispone que "aunque una autoridad quebequesa no tenga jurisdicción para conocer de un litigio, puede llegar a entender en éste si tiene relación suficiente con Quebec, si no es posible instruir las diligencias fuera de Quebec o si no está justificado solicitar la instrucción de esas diligencias fuera de Quebec".

111 *Alien Tort Claims Act*, 18 United States Code section 1350 (1789).

112 *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

establece la jurisdicción civil universal por violaciones del derecho internacional. Los tribunales federales de Estados Unidos tienen jurisdicción para conocer de cualquier causa civil basada en una violación del derecho internacional, independientemente de dónde se haya cometido. Recientemente, la Corte Suprema dictó un fallo sobre una impugnación del ámbito de aplicación de esa ley en el asunto *Álvarez-Machain*¹¹³. En su primera opinión sobre esta ley, la Corte Suprema confirmó que confería jurisdicción a los tribunales de distrito por violaciones del derecho internacional, pero especificó que esa jurisdicción estaba limitada a las violaciones de las normas del derecho internacional que no tenían un contenido menos definido que los paradigmas habituales cuando se promulgó la ley en 1789. Así pues, las violaciones graves del derecho internacional humanitario parecerían estar incluidas. En cuanto a las partes, la propia índole de la ley exige que quienes pidan reparación sean ciudadanos extranjeros, requisito que no se aplica a quienes son demandados en virtud de esa ley¹¹⁴. Ahora bien, esa jurisdicción universal no es absoluta, dado que el tribunal debe tener jurisdicción *ratione personae* sobre el demandado. Este criterio es fácil de satisfacer, ya que el simple hecho de que la empresa efectúe actividades comerciales en Estados Unidos significa que los tribunales estadounidenses tienen jurisdicción *ratione personae*, lo que facilita la aplicación de la ATCA¹¹⁵.

Desde el asunto *Filartiga v. Pena-Irala*, se han incoado muchos procesos por víctimas de violaciones de los derechos humanos. También ha habido un número menor de causas relacionadas con violaciones del derecho internacional humanitario¹¹⁶. Si bien en el primer caso, relativo a actos de tortura cometidos en Paraguay, el acusado era una persona, muchas empresas han sido procesadas en virtud de la ATCA. En un sólo caso fue acusada una empresa de violaciones del derecho internacional humanitario, a saber, en el asunto *Talisman* antes mencionado¹¹⁷. En esta causa, el tribunal decidió que tenía jurisdicción sobre *Talisman ratione personae*, porque la empresa llevaba a cabo actividades comerciales en Nueva York a través de dos sucursales enteramente de su propiedad¹¹⁸.

La doctrina del forum non conveniens

La doctrina del *common law* según la cual un juez puede desestimar un caso aduciendo que otra jurisdicción es más competente para conocer de él se denomina *forum non conveniens*. Casi siempre se plantea cuando el litigio se origina en una jurisdicción diferente de la del *forum*, es decir, de la propia jurisdicción del tribunal.

113 Nota 83 *supra*.

114 Cabe señalar que, en varias causas relacionadas con la ATCA, los tribunales han examinado la teoría del “acto de gobierno”, que sostiene que los tribunales de un Estado no pueden juzgar la conducta de otro Estado en virtud del principio de la soberanía de los Estados. Dado que en este artículo nos hemos concentrado en las empresas, no abordaremos esta cuestión.

115 B. Stephen, “Translating *Filartiga*: a comparative and international law analysis of domestic remedies for international human rights violations”, *Yale Journal of International Law*, vol. 27, 2002, pp. 11-12.

116 V., por ejemplo, *Kadic v. Karadzic*, nota 92 *supra*, y *Doe v. Unocal Corp.*, notas 74 y 77 *supra*.

117 Nota 81 *supra*.

118 *Ibíd.*, pp. 329-330. V. también el análisis del Segundo Circuito en *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F 3d 88, Second Circuit, 2000.

Es probable que esto suceda con procesos relacionados con violaciones del derecho internacional humanitario.

A pesar de tratarse de un principio de *common law*, fue codificado en el derecho civil de Quebec cuando se reformó el Código Civil en 1994¹¹⁹. Su primera prueba fue el asunto *Cambior*¹²⁰, en el que la organización no gubernamental *Recherches internationales Québec* presentó un recurso colectivo en nombre de 23.000 residentes de Guyana damnificados por una catástrofe en una mina explotada por una empresa de la que *Cambior* era el principal accionista. El juez ratificó la argumentación de *Cambior*, basada en el principio de *forum non conveniens*, y decidió que los tribunales de Guyana estaban en mejores condiciones para conocer del caso. El juez estableció una prueba basada en ocho factores: 1) la residencia de las partes y los testigos; 2) la ubicación de los elementos de prueba; 3) el lugar donde se había cometido la falta; 4) la existencia y la sustancia de litigios pendientes en otros países; 5) la ubicación de los bienes del demandado; 6) el derecho aplicable al litigio; 7) las ventajas para el demandante de incoar el proceso en la jurisdicción elegida; y 8) los intereses de justicia¹²¹.

El juez decidió que, dado que los demandantes, los testigos y los elementos de las pruebas estaban mayormente en Guyana y el acusado tenía bienes en ese país, y dado que el derecho de Guyana se aplicaba al caso y el sistema judicial de Guyana ofrecía la posibilidad de un proceso equitativo, Guyana era el mejor foro para la causa, a pesar de que los tribunales de Quebec también tenían jurisdicción. El último factor (los intereses de justicia) es particularmente pertinente en causas basadas en el derecho internacional humanitario, puesto que los países que salen de un conflicto armado reciente o que aún están implicados en un conflicto no pueden ofrecer con frecuencia las garantías necesarias. En ese caso, aunque todos los demás factores abogaran a favor del foro del lugar donde se había cometido la falta, no sería en interés de la justicia que el caso se procesara en ese foro¹²².

El examen de la doctrina de *forum non conveniens* realizada por los tribunales estadounidenses en diversas acciones judiciales presentadas en virtud de la ATCA también resulta muy interesante. En el asunto *Talisman*, la empresa se basó en esa doctrina, sosteniendo que Sudán y Canadá —*Talisman* era una empresa canadiense— eran foros alternativos. El tribunal decidió que Sudán no era un foro apropiado para la causa, porque la acción se basaba en violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario cometidas por las fuerzas gubernamentales sudanesas. Por otra parte, el tribunal sostuvo que la aplicación de la ley *sharia* habría sido perjudicial para los demandantes, dado que no eran musulmanes y, por lo tanto, tenían derechos reducidos en el derecho islámico¹²³.

119 Art. 3135, Código Civil de Quebec: "Aunque una autoridad de Quebec tenga jurisdicción para conocer de un litigio, puede excepcionalmente declinar la jurisdicción a petición de una parte, si considera que las autoridades de otro país están en mejores condiciones para decidir".

120 *Recherches internationales Québec v. Cambior*, Tribunal Superior, 1998, JE 98 1905.

121 A. Durocher, "Revue de la jurisprudence en droit de l'environnement en 1998", *Revue juridique Thémis*, vol. 34, 2000, p. 909.

122 Forcese, nota 103 *supra*, p. 206.

123 *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, nota 81 *supra*, pp. 335-336.

El tribunal no estaba convencido de que Canadá fuera un foro adecuado, ya que los delitos pertinentes reconocidos por el derecho canadiense no reflejaban la gravedad de las presuntas violaciones. Además, en virtud de la teoría del conflicto de leyes, un tribunal canadiense podría haberse considerado legalmente obligado a aplicar la legislación sudanesa y, por lo tanto, la ley *sharia*¹²⁴. No obstante, dado que los demandantes no habían cuestionado los argumentos de *Talisman* acerca del foro canadiense, el tribunal no se pronunció al respecto y dio por válido que Canadá era un foro alternativo. Pero, como nada indicaba que Canadá fuera un foro mejor que el tribunal de Nueva York, el juez decidió que su tribunal era el foro apropiado¹²⁵.

El principio del *forum non conveniens* puede representar un obstáculo para la jurisdicción de los tribunales nacionales en causas que tienen su origen en otros Estados. Pero su aplicación está limitada por los factores establecidos por los tribunales, en particular por los intereses de justicia, pues a menudo los tribunales consideran que éstos serán mejor servidos si las causas relacionadas con violaciones del derecho humanitario se transfieren al foro del lugar donde se cometieron los actos ilícitos en cuestión.

Conclusión

La finalidad del derecho internacional humanitario es reducir el sufrimiento causado por los conflictos armados. Para ello, establece normas que todas las partes en un conflicto armado deben respetar. Esas normas fueron elaboradas, en principio, para los Estados, pero a raíz de los desarrollos del derecho en ese ámbito desde la Segunda Guerra Mundial, ahora también están destinadas a las entidades no estatales. Los fallos de los tribunales militares estadounidenses en Nuremberg y en el asunto *Talisman* confirman que las empresas pueden cometer violaciones del derecho internacional humanitario y ser procesadas por ello.

En teoría, el derecho nacional permite exigir responsabilidades a las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario, puesto que ya existen las causas de demanda que dan derecho a una reparación judicial. Sin embargo, la realidad aún está muy lejos de la teoría y, en la práctica, los jueces rara vez están dispuestos a entender en causas basadas en el derecho internacional humanitario. No hay mucha jurisprudencia al respecto, y el fallo de Estados Unidos en el asunto *Talisman* puede ser una indicación de una práctica incipiente. La responsabilidad civil de las empresas existe, pero es difícil exigir su cumplimiento; por el momento, es necesario hacer avanzar el derecho penal internacional para castigar a quienes

124 *Ibid.*, p. 337. Sobre la cuestión de la severidad de los delitos civiles, el Tribunal afirmó que “si bien los demandantes pueden llegar a obtener la misma reparación en los tribunales canadienses que la que buscan en esta jurisdicción, es evidente, por las declaraciones prestadas, que los tribunales canadienses sólo podrán procesar las denuncias de los demandantes como violaciones del derecho canadiense, y no del derecho internacional. Dado que este tratamiento no reconoce la gravedad de las denuncias de los demandantes, el Tribunal se pregunta si los tribunales canadienses no serían foros alternativos adecuados”.

125 *Ibid.*, pp. 337-341.

violan el derecho internacional humanitario. Los desarrollos actuales del derecho penal internacional, como fue el reconocimiento de la jurisdicción universal en causas penales, requirió cincuenta años. La aplicación efectiva de las normas sobre la responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario tardará sin duda algún tiempo. Esperemos que no tanto.

INTERNATIONAL
REVIEW
of the Red Cross

Métodos de guerra

EDITORIAL

Las normas relativas a la conducción de las hostilidades especifican los derechos y las obligaciones que tienen los beligerantes por lo que respecta a la conducción de las operaciones militares. Los diversos cambios, transformaciones y revoluciones que atraviesan los conflictos armados constantemente plantean nuevos retos al derecho internacional humanitario. La guerra moderna se caracteriza, en particular, por factores como las crecientes desigualdades en cuanto a las armas, el surgimiento de redes terroristas transnacionales, la privatización de lo que eran las actividades militares tradicionales y, por último, el colapso —total o parcial— de algunos Estados.

Es cierto que esos elementos estructurales de la guerra actual a veces escapan al ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario; sin embargo, pueden quebrantar sus fundamentos o tener repercusiones en la aplicación de algunos de sus principios fundamentales. En este número, se pasa revista a algunos aspectos de los métodos de guerra actuales, así como a las normas aplicables.

Los métodos y los medios utilizados por las partes que libran un conflicto dependen del objetivo general que se pretende lograr. Como observa Sir Rupert Smith, el uso de la fuerza debe corresponder a la utilidad de la fuerza y, por ende, a la finalidad del enfrentamiento que constituye la causa profunda del conflicto. De modo que nos encontramos en el punto de intersección de dos conjuntos de normas jurídicas: unas especifican cuándo y por qué puede utilizarse la fuerza armada (*jus ad bellum*), mientras que las otras establecen la manera en que pueden conducirse las hostilidades (*jus in bello*).

En materia jurídica, a fin de preservar la distinción fundamental entre población civil y combatientes, por un lado, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares, por otro lado, es fundamental determinar qué es un “objetivo militar”. Hoy en día, los civiles resultan cada vez más afectados por los conflictos armados (internacionales y no internacionales), y las operaciones cada vez se desarrollan menos en campos de batalla claramente identificables. En realidad, dado que es posible que los civiles participen en las hostilidades y que, por la manera en que se los utiliza, los bienes de carácter civil se transformen en objetivos militares, esa distinción está lejos de ser evidente.

A fin de impedir que toda la población civil corra peligro, el derecho internacional humanitario establece que sólo los combatientes y las personas que

participan directamente en las hostilidades pueden ser objeto de ataques. El sistema no es perfecto: un civil, universitario y especialista en tecnología de armas, podría desempeñar, en el desarrollo de la guerra, un papel mucho más determinante que un simple soldado. En las guerras internas, el principio fundamental de la distinción entre combatientes y no combatientes es aún más difícil de respetar. Actualmente, el CICR, con el apoyo de expertos, está tratando de definir criterios más sutiles que permitan elaborar directivas de interpretación de la noción de participación directa en las hostilidades. La finalidad es lograr una mejor protección de la población civil por medio de criterios claros y realistas capaces de resistir la prueba de la realidad de las guerras actuales.

El derecho relativo a la conducción de las hostilidades está formado por normas específicas cuyo principal propósito es proteger a la población civil contra los efectos de las hostilidades. Los atentados terroristas contra la población civil y los bombardeos indiscriminados están prohibidos porque violan el principio fundamental de la distinción entre combatientes y no combatientes. El derecho también prohíbe todo uso abusivo de la protección, en particular la utilización de personas civiles o de bienes de carácter civil como “escudos” para proteger un objetivo militar. La proximidad de personas civiles o de bienes protegidos no significa que los objetivos militares dejen de ser blancos legítimos, sino que las partes en el conflicto tienen la obligación de tomar medidas de precaución durante y contra los ataques.

El principio general de proporcionalidad —inherente a todo el derecho internacional— prohíbe a las partes en conflicto efectuar cualquier acción que vaya más allá de lo necesario para lograr el resultado deseado. Según la formulación utilizada en el Protocolo adicional I de 1977, las partes deberán “abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”. No obstante, algunos Estados han afirmado que la ventaja militar prevista de un ataque sólo puede considerarse de manera general, y no en relación con partes aisladas o particulares del ataque.

Análogamente, por lo que respecta a la licitud del empleo de la fuerza (y, en particular, el derecho de legítima defensa), el principio de proporcionalidad no se refiere a la ventaja militar directa, sino a los ataques y a la finalidad de éstos. Si bien es cierto que los regímenes y las normas jurídicas del *jus ad bellum* y del *jus ad bello* persiguen objetivos diferentes y dan lugar a interpretaciones diferentes, su incidencia en la conducción de las hostilidades es importante. A pesar de la referencia contradictoria a la “supervivencia misma de un Estado”, en su opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia estableció que el principio de proporcionalidad debe ser respetado tanto en el *jus ad bellum* como en el *jus in bello*: “[Un] empleo de la fuerza que sería proporcionado conforme al derecho de legítima defensa debe satisfacer,

para ser lícito, las exigencias del derecho aplicable en los conflictos armados, en particular los principios y las normas del derecho humanitario”.

Por lo tanto, el derecho internacional humanitario debe respetarse independientemente de todo argumento de *jus ad bellum* y, como se reafirma en el preámbulo del Protocolo adicional I, “las disposiciones de los Convenios de Ginebra (...) deben aplicarse plenamente en toda circunstancia (...), sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la naturaleza o el origen del conflicto armado”. El uso excesivo de la fuerza, la destrucción de las infraestructuras civiles, el hecho de hacer de los civiles el objeto de los ataques, se consideran métodos de guerra innecesarios, indiscriminados o desproporcionados que, por lo demás, constituyen obstáculos para mantener aunque sea un mínimo de humanidad en la peor de las situaciones.

Toni Pfanner
Redactor jefe

Métodos de guerra

Entrevista al general Sir Rupert Smith*

*El General Sir Rupert Smith sirvió en el ejército británico en África del este y del sur, así como en Arabia, el Caribe, Europa y Malasia, antes de dirigir, en calidad de general de división (Major General), la primera División blindada británica durante la guerra del Golfo. En 1992, como adjunto del jefe del Estado Mayor general para las operaciones de defensa y de seguridad en el Ministerio de Defensa británico, estuvo muy vinculado a la definición de la estrategia para Bosnia y Herzegovina. En 1995, fue comandante militar de la Fuerza de Protección de la ONU en Sarajevo (FORPRONU); de 1996 a 1998, dirigió las Fuerzas terrestres británicas en Irlanda del Norte. De 1998 a 2001, como comandante en jefe adjunto de las fuerzas aliadas en Europa (SACEUR), asumió funciones en el marco de la operación “Fuerza aliada” de la OTAN durante el conflicto en Kosovo, así como en el marco del desarrollo de la identidad europea en materia de seguridad y defensa. Dejó el servicio activo en 2002 y, desde 2006, es uno de los asesores internacionales del CICR. Ha plasmado parte de su experiencia en un tratado sobre la guerra moderna, publicado con el título de *The Utility of Force: The Art of War in the Modern World* (Penguin, Londres, 2005).*

.....

¿Ha cambiado el paradigma de la guerra?

Sí, las guerras han cambiado en las últimas décadas. En el pasado, la finalidad de la “guerra industrial” era ganar la prueba de fuerza: el reto era quebrar la voluntad del adversario para luego determinar el resultado, llegar a la salida política deseada.

El nuevo paradigma es distinto, se trata de la “guerra en medio de la población”. Ahora el objetivo es modificar las intenciones —o de captar la voluntad— no sólo del adversario, sino también de la población que queda en medio de las operaciones. ¿Cuál es la principal diferencia? Que hoy la fuerza militar ya no

* El general Sir Rupert Smith fue entrevistado en Londres el 7 de enero de 2007 por Toni Pfanner (Redactor jefe de la *International Review of the Red Cross*).

se utiliza para zanjar una controversia política, sino más bien para establecer las condiciones en las cuales el objetivo político podrá lograrse. Vivimos en un mundo de enfrentamientos y conflictos permanente, y los militares deben utilizar medios diferentes para obtener el resultado buscado.

¿Quiere decir, entonces, que la tradicional dicotomía entre la guerra y la paz ya no es pertinente?

Efectivamente, ya ha pasado el tiempo en que la paz se comprendía como la ausencia de guerra y donde los acontecimientos se encadenaban siguiendo un proceso lineal: paz / crisis / guerra / acuerdo / paz. El mundo actual se caracteriza por enfrentamientos continuos. Los adversarios que se oponen buscan influenciarse mutuamente, incluso por medio de acciones militares. Para tener efecto, esas acciones deben estar en concordancia con las demás medidas que tienen un impacto en las intenciones, pues el objetivo es lograr ventaja en el enfrentamiento.

Hemos dejado, según usted dice, la época de las “guerras industriales” para entrar en la de las “guerras en medio de la población”. ¿Podemos decir, entonces, que se puede descartar la posibilidad de que surjan guerras similares a las del pasado?

No digo que nunca más se van a librar grandes batallas. La guerra del Yom-Kipur fue un ejemplo de guerra librada en medio de la población; el presidente egipcio Sadat intentó alterar la base del enfrentamiento en torno al Sinaí. Fue un conflicto de gran envergadura, que causó muchos muertos y heridos. Sin embargo, no olvidemos que existen armas capaces de matar a un gran número de personas: las armas de destrucción masiva. En realidad, las destrucciones masivas y la “guerra industrial” con frecuencia terminaban cuando una de las partes podía destruir más rápidamente de lo que la otra podía construir. Desde el término de la Segunda Guerra Mundial, quienes han tenido recurso a las armas de destrucción masiva no han pretendido imponer su propia voluntad por la fuerza, sino modificar la voluntad del adversario. Se habla entonces de efecto de disuasión; el objetivo es cambiar una forma de pensar.

Las nuevas guerras tienen lugar en medio de la población, y no entre “bloques” de población, como ocurrió en la Segunda Guerra Mundial. No estoy diciendo que esa guerra no haya sido asesina; como sabemos, causó varios millones de muertos. La diferencia es que la división estaba claramente marcada. Era fácil saber a qué bando pertenecía cada cual y ver quién llevaba uniforme o no. Eso ya no ocurre en las nuevas guerras. La población es uno de los elementos del terreno que constituye el “campo de batalla”.

¿No sigue habiendo guerras tradicionales en varias partes del mundo?

Por supuesto, las fuerzas armadas (estatales y no estatales) abundan en todo el mundo, así como los enfrentamientos militares y los conflictos armados. Sin

embargo, hoy en día, el objetivo de lo que se llama “la guerra” son especialmente lo no combatientes. Ha quedado atrás el tiempo en que la guerra era un combate en el campo de batalla librado por hombres y máquinas, así como ha quedado atrás el tiempo en que la guerra era un acontecimiento de gran amplitud, que influía de manera decisiva en la solución de un diferendo surgido en las relaciones internacionales. Tomemos el ejemplo de Estados Unidos. Si bien posee el ejército más numeroso y los mejores equipos del mundo, Estados Unidos ya no es capaz de dictar la resolución deseada, como ocurrió en las dos guerras mundiales. En los conflictos contemporáneos, las fuerzas militares dotadas de un fuerte potencial, que debería permitirles ejercer el poder, se ven impedidas de hacerlo por fuerzas adversarias que parecen, sobre la base de los mismos criterios, mal equipadas y desorganizadas.

¿Entonces la victoria militar no es el resultado deseado?

Las guerras ya no se libran con los mismos fines que en el pasado. Los objetivos concretos, “materiales”, simples y destructores de las guerras industriales han sido reemplazados por objetivos más “inmateriales” y más maleables. La finalidad ahora es modificar las intenciones, ejercer un efecto disuasivo, o lograr un entorno más seguro y protegido. En la guerra industrial, los adversarios buscan resolver directamente, por la fuerza militar, el enfrentamiento político que la ha provocado. En la guerra en medio de la población, la fuerza militar no resuelve el enfrentamiento de esa manera. El uso de la fuerza sólo contribuye —de manera positiva o negativa— a los esfuerzos desplegados por uno u otro bando para prevalecer en la confrontación de las voluntades y así determinar el resultado del enfrentamiento.

Usted distingue enfrentamiento de conflicto.

Efectivamente, opongo los términos de enfrentamiento y conflicto, pues se los utiliza cada vez más en el ámbito periodístico como si fueran sinónimos, y no lo son. Enfrentamientos hay todos los días: en la vida cotidiana, son la base de toda actividad política. Hay enfrentamiento cuando dos grupos de personas, o más, buscan resultados diferentes. Puede haber un enfrentamiento en torno a una cuestión determinada entre dos partes. Una u otra puede estar convencida por un argumento; también puede haber otras razones para adoptar la posición de la otra parte, incluso apoyar el resultado que ésta desea. Sin embargo, si una u otra se niega a aceptar y respetar un conjunto de reglas o a observar el derecho, es posible que las partes elijan el conflicto como manera de proceder. En la guerra industrial, la finalidad del conflicto era superar la prueba de fuerza para que el vencedor luego pudiera imponer su propia voluntad. En la guerra en medio de la población, la finalidad del conflicto es establecer ciertas condiciones, modificar las intenciones, para que el adversario se adhiera al resultado deseado del enfrentamiento.

Y todo conflicto conlleva violencia...

Los conflictos siempre son violentos, y la intención siempre es matar o destruir. Sin embargo, es importante comprender bien cuál es el objetivo de la acción militar: ayudar a lograr el objetivo del enfrentamiento, es decir lograr que el adversario cambie de opinión. Amenazar con emplear la fuerza con un objetivo de demostración, de disuasión, es una de las maneras de transmitir el mensaje que debería inducir al adversario a cambiar de opinión.

Tomemos, por ejemplo, la situación que se dio en la frontera entre Líbano e Israel en julio-agosto de 2006. Hubo un enfrentamiento entre el Hezbolá e Israel, un enfrentamiento político, cultural y religioso. Hasta el momento exacto del estallido de las hostilidades abiertas, el nivel de intensidad del conflicto era muy bajo, los enfrentamientos armados eran esporádicos y tenían lugar, sobre todo, en la frontera. Tras el secuestro de soldados israelíes, se desató el conflicto y adquirió (o amenazó seriamente con adquirir) una dimensión regional. Sin embargo, el conflicto armado no tuvo, en definitiva, un papel decisivo. Restableció las condiciones del enfrentamiento.

¿El empleo de la fuerza sigue siendo un medio para influir en ese enfrentamiento?

Al comienzo del conflicto, los israelíes declararon que sus operaciones militares tenían dos objetivos: la destrucción del Hezbolá y el fracaso de los ataques con misiles. Se trataba de objetivos “materiales” (como en la guerra industrial). En realidad, los israelíes los abandonaron al cabo de dos o tres días, pues se dieron cuenta de que, por un lado, esos objetivos eran inalcanzables y, por otro lado, no era ése el resultado al que querían llegar con sus fuerzas armadas. En el enfrentamiento, trataban de restablecer una posición que les permitiera sacar ventaja. Su retórica comenzó a cambiar en el transcurso de las tres o cuatro semanas siguientes. Sostenían objetivos como el restablecimiento del efecto de disuasión de las Fuerzas de Defensa israelíes, el establecimiento de una posición de negociación para acelerar el regreso de los soldados a sus hogares, la responsabilización del Gobierno libanés, encargado de hacer reinar el orden en sus propias fronteras, etc. En realidad, todos esos objetivos apuntaban a inducir al adversario a cambiar de intenciones o de opiniones: formaban parte del enfrentamiento, más que del conflicto

En la conducción de las hostilidades, se debe comprender dónde se halla el punto de intersección entre el enfrentamiento y el conflicto, más allá del lado en que uno esté. Cuanto más se pueda lograr que la lógica entre ellos siga su curso normal y sea coherente, más podrá ayudar la acción militar a alcanzar los objetivos en la etapa de enfrentamiento. La manera de conducir las hostilidades depende, en realidad, de ese objetivo.

Usted fue comandante de división durante la guerra del Golfo, de modo que atravesó las diferentes etapas de los enfrentamientos y los conflictos, incluida una “guerra industrial” al comienzo de las hostilidades.

Podemos remontarnos a 1990, cuando Kuwait fue ocupado por Irak y se formó una coalición bajo la conducción de Estados Unidos, con miras a un enfrentamiento en el nivel del teatro de operaciones. El desencadenamiento de la operación “Escudo del desierto” debía modificar las intenciones de los iraquíes y disuadirlos de emprender nuevas campañas en dirección sur.

Luego comenzó la operación “Tormenta del desierto”, otro enfrentamiento: se trataba, por medio de esa amenaza y de casi dos meses de diplomacia intensa, de convencer a Sadam Husein de retirarse voluntariamente de Kuwait. Fue un fracaso, y el enfrentamiento se convirtió en un conflicto. Los objetivos de la campaña —destruir la Guardia republicana y liberar Kuwait— eran objetivos “materiales” y, en ese sentido, el conflicto se parecía a una guerra industrial.

Sin embargo, no existía ningún medio de transformarlo en un éxito estratégico para ganar el enfrentamiento. Más tarde, la situación de enfrentamiento subsistió, con la instauración de sanciones y zonas donde los vuelos estaban prohibidos. Sadam Husein iniciaba combates cada vez que un radar de seguimiento automático detectaba un caza bombardero. En 2002, comenzamos a preparar otro enfrentamiento y a desplegar fuerzas para la operación “Libertad en Irak”. Una vez más, el enfrentamiento degeneró en conflicto cuando Sadam Husein se negó a aceptar nuestras exigencias. La operación alcanzó rápidamente sus objetivos militares; sin embargo, una vez más, no logramos transformar el éxito de la campaña militar en éxito estratégico a nivel del enfrentamiento. Nos sumimos en una serie de hechos tácticos que no logramos vincular a la realización de nuestro objetivo a nivel del enfrentamiento, es decir ganar la voluntad política iraquí. Este es un ejemplo de disociación total entre actividad militar y actividad política.

En el caso de la “guerra en medio de la población”, los adversarios intentan influir en la gente.

El objetivo es ganar la voluntad de la población. En el plano táctico, el adversario suele seguir los principios de la guerrilla: el terrorista depende de la población para ocultarse, para recibir un apoyo (moral y físico), así como para estar informado. El juego consiste en provocar una sobrerreacción. Luego es posible describir al adversario como a un tirano o a un opresor. La credibilidad de la causa que se defiende resulta fortalecida, y ello permite movilizar el apoyo y el respaldo de la población. Además de la provocación, la propaganda de la acción permite afirmar la importancia que uno tiene, y de ese modo es tomado en serio y tratado con igualdad. Si esos conflictos se dan en el seno de las sociedades, es porque los medios de comunicación cumplen un papel: en realidad, los combates se libran en

cada pantalla de televisión, en todo el mundo, como en las calles y los campos de una zona de conflicto. Y, por último, el adversario se esfuerza por erosionar la voluntad de la población, promoviendo la eternización del conflicto.

De modo que el factor tiempo es importante.

Toda “guerra en medio de la población” tiende a ser interminable. En las “guerras industriales”, luchábamos para vencer lo más rápidamente posible. Toda la sociedad apoyaba la lucha, así como toda la industria apoyaba el esfuerzo bélico. La situación actual es muy diferente. La acción es un esfuerzo continuo. Los grupos no estatales tienen particular interés en no combatir siguiendo un calendario. Prefieren esperar y relanzar su acción cuando les conviene. Esas guerras tienden a eternizarse porque los objetivos militares no son estratégicamente determinantes. El resultado es que uno debe sostener su posición recurriendo a medios militares. Poco importa que uno esté en una zona desmilitarizada, en una línea “azul” que haga las veces de frontera o en otra parte. Uno debe quedarse en el lugar hasta que se llegue (tal vez) a la solución política. ¿Acaso la comunidad internacional no sigue estando presente en Corea, en Chipre, en Líbano? ¿La historia de Israel no es un conflicto permanente?

La voluntad de luchar parece erosionarse rápidamente en las sociedades democráticas.

Una de las características de las guerras de ese tipo es que luchamos para no perder la prueba de la fuerza. Nadie quiere repatriar un mayor número de cadáveres que el que sea absolutamente necesario. Uno no quiere que se perciba que se están perdiendo vidas en esa operación, porque, en las operaciones modernas, no se supone que el resultado sea definitivo. Por lo tanto, la operación debe poder prolongarse, tener una duración indefinida. ¿Quién podría querer reducir su capacidad de prolongar las operaciones a largo plazo?

La comunicación tiene un papel importante, pues influye en la voluntad de luchar.

Seguimos viendo la guerra bajo el prisma del modelo industrial, una guerra donde se oponen Estados. Ello se debe a la manera en que los medios de comunicación suelen describir la guerra, ubicándose en la perspectiva de las fuerzas armadas convencionales enviadas por los Estados Nación. Además, los medios de comunicación disponen de poco tiempo o espacio para transmitir la información: uno, dos, tres minutos en los canales de televisión o de radio, algunas columnas en la prensa diaria... Para seducir a su público, y para que el público los comprenda, los medios deben trabajar con imágenes “cognitivas” y utilizar cierta jerga. Sin embargo, esas imágenes y esas jergas presentan exclusivamente individuos y situaciones donde ejércitos convencionales libran guerras industriales. Ese fenómeno ha generado por sí mismo un nuevo círculo. Una gran parte del público, e incluso algunas partes de los medios de comunicación, se dan cuenta de una disonancia entre, por un lado,

lo que es vivido y mostrado y, por otro lado, las explicaciones que se dan. Son, sin duda, otras formas de guerra las que se viven y se muestran, mientras que las explicaciones dadas buscan, desesperadamente, utilizar el modelo de la guerra entre Estados para comentar la guerra en medio de la población.

Tomemos el ejemplo de los boletines informativos de la televisión. ¿Qué nos muestran, día a día, los informes que llegan desde Irak? Vemos soldados fuertemente armados, que en sus tanques patrullan calles llenas de mujeres y niños. ¿Qué más vemos? Civiles en harapos (hombres y niños), que atacan a soldados fuertemente armados, montados en tanques. Las imágenes que tenemos no corresponden a nuestra percepción del mundo. Nuestra confusión es mayor aún cuando escuchamos los comentarios del periodista o el conductor, que se esfuerza por explicar las acciones militares realizadas por los soldados. Es como si se tratara de reestructurar una realidad nueva para ponerla en consonancia con un paradigma antiguo, lo que por lo general no tiene éxito. ¿Cuál es el efecto de los medios de comunicación? De manera general, todo ocurre a la vista del público, y las operaciones ahora tienen lugar en un teatro de la guerra, literalmente. Se debe comprender lo siguiente: la acción militar es una obra dramática que se representa delante de un público sobre el que uno intenta tener cierta influencia (y ése es, en parte, el objetivo).

En la actual guerra en Irak, inicialmente se propagó la idea de que lo importante era “ganar el corazón y la mente” del pueblo iraquí?

Hace ya bastante tiempo que los orígenes de esa idea están disociados del acontecimiento inicial. Por lo tanto, debemos asegurarnos de que comprendemos bien su sentido. El objetivo estratégico consiste, en gran medida, en ganar el corazón y la mente de la gente. En otras palabras, esa actividad no apunta sólo a apoyar la batalla táctica. Constituye el propósito de lo que se está haciendo. No es muy útil venir a pintar las aulas o distribuir dentífrico entre los niños después de haber bombardeado su escuela.

¿Qué sucede en caso de ocupación? A veces, las fuerzas de invasión son recibidas como libertadoras, pero otras veces se ganan la hostilidad de al menos una parte de la población.

Supongo que, en los ejemplos en que usted está pensando, las tropas llegan por la fuerza. Por lo tanto, excluimos la posibilidad de que hayan sido invitadas o que se encuentren en el lugar cumpliendo un cometido multinacional o internacional. A veces, las fuerzas armadas ganan un combate, a veces ocupan un territorio y deshacen y destruyen a las fuerzas enemigas. En ese caso, parece que han logrado sus objetivos, tanto en el plano estratégico como en el terreno. Tal vez sean bien recibidas por la población. Sin embargo, nada garantiza que ese recibimiento sea sincero, o que todo el mundo crea en esas actitudes. Ello tampoco significa que esa situación va a durar mucho tiempo... Un viejo proverbio inglés dice: “los invitados, como el pescado, comienzan a apestar a los tres días”.

Por ejemplo, la ocupación de Líbano por Siria no halló una resistencia frontal (es cierto que esa ocupación no se efectuó por la fuerza); en verdad condujo a la paz y mejoró la situación. Las fuerzas de ocupación deben tener una razón para quedarse en el lugar pues, de otro modo, deben imponer su presencia por la fuerza. Ello nos lleva directamente a una situación de enfrentamiento. En cambio, si no se logra cambiar la voluntad de la población ocupada ni que ésta coopere, la iniciativa, en el plano estratégico y en el terreno, queda en sus manos.

En la idea de enfrentamiento y de conflicto, el adversario es, a la vez, una entidad militar y una entidad política. Ello significa que el hecho de combatir y de vencer la resistencia de una de las entidades sin preocuparse por la otra no puede llevar al resultado estratégico deseado. Partiendo de esa comprobación, no debería comenzar a hacerse el análisis y la planificación si los objetivos estratégicos no se han comprendido debidamente (por ejemplo, en Irak, se trataría de la voluntad de los iraquíes y de su líder, así como de las medidas necesarias para ganar esa voluntad o, por lo menos, mantenerla neutral).

Ello significa que lo primero que se debería haber hecho era definir el resultado al que se pretendía llegar con la ocupación, antes del inicio de ésta, es decir antes de la invasión. En ese caso, la responsabilidad de la planificación debería haber sido confiada no específicamente a los militares, sino más bien a quienes tenían la tarea de llegar al resultado deseado y dirigir las operaciones.

Los actores no estatales participan cada vez más en conflictos de ese tipo.

Diversas agrupaciones no estatales o agrupaciones multinacionales participan en enfrentamientos o conflictos, de diferentes maneras: una alianza multinacional (ONU, pero también OTAN y Unión Europea), una coalición (como la conducida por Estados Unidos en Irak), o incluso —y esta lista no es exhaustiva— coaliciones menos formales, las fuerzas armadas en el terreno que cooperan estrechamente con las organizaciones humanitarias no gubernamentales. También existen alianzas informales relativamente más peligrosas, cuando grupos de fuerzas externas cooperan con alguna de las facciones internas en el terreno mismo de las operaciones. Afganistán, en 2001-2002 (Alianza del Norte y coalición dirigida por Estados Unidos), y Kosovo, en 1999 (Ejército de liberación de Kosovo y OTAN), son dos ejemplos de ese tipo de alianzas.

Por otro lado, algunos Estados operan contra grupos no estatales, como Hamas, Hezbolá, los talibán, o el IRA (Ejército Republicano de Irlanda). Dado que estos actores no estatales tienen objetivos maleables, es muy difícil elaborar estrategias, aplicarlas, definir lo que significa “vencer”, etc. Por último, debemos encontrar nuevas maneras de utilizar las instalaciones y los equipos adquiridos con otros fines unos años antes.

Además, el nivel operacional —el teatro de operaciones— tiene cada vez más importancia, debido a esas alianzas que, con frecuencia, se forman en el terreno mismo (es decir, en la zona geográfica que encierra en su totalidad militar y política un

objetivo cuya realización permitirá modificar positivamente la situación estratégica). Esas alianzas, colaborativas al principio, luego pueden volverse conflictivas. Incluso el CICR está expuesto a ese peligro: el CICR y los militares tienen objetivos en común en varios aspectos. Se crea, entonces, un “enfrentamiento colaborativo”; nuestros objetivos, nuestros resultados pueden coincidir. En esos casos, el principio de neutralidad del CICR es llevado al límite. Las dos partes deben tener plena conciencia de los límites tolerables para ese enfrentamiento colaborativo.

Los actores no estatales tienen ventajas porque pueden aprovecharse de las posibles debilidades de los Estados; también pueden provocar a un Estado para llevarlo a ejercer una represión drástica (el Estado pierde el apoyo de segmentos de la población sin ganar batallas militares). ¿Cómo deben reaccionar los Estados? En el caso de Irlanda del Norte, ¿la reacción se ubica en el plano táctico? ¿Se deben considerar objetivos a más largo plazo?

Hay que evitar jugar el juego del adversario, aunque ello implique una desventaja en el corto plazo. Es posible ganar todos los combates y perder la guerra. Los estadounidenses y los británicos no han perdido un solo combate en el actual conflicto en Irak. ¿Por qué no pueden unir esos logros en una única victoria? La respuesta es simple: los éxitos militares que logran están disociados, en realidad, de todo objetivo político.

Los objetivos siempre son intenciones. Usted me preguntó acerca de Irlanda del Norte: en ese caso, tomamos muy rápido la decisión de no entrar en conflicto a menos que los terroristas tomaran la iniciativa. Los militares estábamos en el lugar para apoyar a la policía o al poder civil, y no para actuar en nuestro nombre. Los ataques siempre fueron lanzados por nuestros adversarios (lo que, a veces, significaba una desventaja para nosotros en el plano táctico); nosotros no desencadenamos el conflicto.

¿De qué manera influye la mutación del paradigma de la guerra en la conducción de las hostilidades en el terreno? ¿Todavía es posible hacer la distinción entre combatientes y civiles?

Nuestras interpretaciones y nuestros conceptos al respecto deben cambiar. En primer lugar, la población en medio de la cual luchamos forma parte del objetivo a nivel del enfrentamiento. Cuanto más logre alejar la población de los verdaderos combatientes, más fácil será lograr que se abstenga de apoyarlos (incluso se podrá lograr que apruebe tácitamente lo que uno está haciendo).

En segundo lugar, la población es importante para el adversario (para ocultarse, para recibir un apoyo moral y material y, por último, para que le confiera legitimidad política): en realidad, la población es también el objetivo del adversario. A veces uno puede sentir que la población está muy cercana al principal adversario y que lo apoya parcial, si no totalmente. Por ejemplo, por diversas razones de orden religioso, cultural y étnico, la población chiíta del sur de Líbano está culturalmente

bien dispuesta con respecto a Hezbolá cuando está confrontada a los israelíes. Entonces, sería absurdo creer que uno puede hacer más para obtener su neutralidad; en cambio, se debe comprender que, de todos modos, esa población forma parte del objetivo que uno persigue.

En Líbano, el objetivo del enfrentamiento para los israelíes era, en particular, la población chiíta. La finalidad de los israelíes sería, como mínimo, que esa población no apoyara los ataques contra ellos. En realidad, la población no puede ser objeto de un ataque armado, a menos que uno suponga que puede bombardearla hasta someterla, o que pueden realizar una operación de tipo estalinista (limpieza étnica, en particular). Si no es ésa la intención, se debe comprender que las medidas militares que uno toma apuntan a inducir a la población a que cambie sus intenciones en favor de uno. Tal vez se necesite recurrir a la fuerza militar para ello, pero el objetivo seguirá siendo el mismo, se tratará siempre de lograr un cambio de intenciones.

Evidentemente, es una tarea difícil.

Sí, pues al mismo tiempo, la población está siendo utilizada por el adversario. El adversario le pide que actúe como escudo, que lo abastezca, le confiera legitimidad política, le ayude a obtener información, etc. La población forma parte de su “alianza”. En ese enfrentamiento, uno trata de sumar el apoyo de la población a la propia causa, de sustraerla de la influencia del adversario, a fin de que éste quede aislado. Eso es lo que hizo Occidente, por ejemplo, con el pacto de Varsovia, para ganar la guerra fría (que era un enfrentamiento y nunca se transformó en conflicto). La revuelta de la población de los Estados satélite del pacto de Varsovia, luego la revuelta de la población rusa contra su Gobierno —y en absoluto una aventura militar— condujeron al término de la guerra fría. Por lo tanto, es algo factible.

¿De modo que hay que esforzarse por hacer la distinción entre combatientes y población civil durante las hostilidades?

El objetivo es “captar” las intenciones de la población. Pero si uno trata a la población como si fuera el enemigo, entonces ésta se volverá el enemigo. Por ello hablo de un cambio de lógica: si nos atenemos a la lógica puramente militar, la población apoya al adversario, por lo tanto debe ser uno de los elementos que constituyen el enemigo. Pero no es así: la población es uno de los elementos del objetivo que uno persigue en el enfrentamiento.

Las estrategias basadas en la provocación y la propaganda buscan disociar el enfoque político del enfoque militar. Por lo tanto, si uno opera de tal manera que, por las medidas que toma durante el conflicto, trata a todas esas personas como a enemigos, o incluso como a combatientes, en realidad está disociando lo que constituye el enfrentamiento de la acción militar. Uno está actuando en nombre del enemigo; incluso está cooperando con él, ya que es justamente eso lo que el adversario intenta obtener con su estrategia.

En Líbano, el Hezbolá y la población chiíta, al igual que el Hezbolá y el Gobierno libanés, están participando en un enfrentamiento colaborativo: si uno trata de disociar las acciones militares en el conflicto de las acciones que apuntan a ganar el enfrentamiento, lo que hace no es más que fortalecer al adversario. Cuando hablo de disociación de la acción militar, el reto de esas estrategias (consistentes en acción, provocación y erosión de la voluntad) es evitar actuar de tal modo que se dé ventaja al adversario.

Por lo tanto, ¿es difícil, durante un conflicto, hallar el equilibrio entre los objetivos del enfrentamiento y los objetivos del conflicto?

Efectivamente, es difícil lograr ese equilibrio porque cada conjunto de objetivos se enmarca en una lógica diferente: la lógica del enfrentamiento no es la del conflicto. Pero hay que lograrlo. Creo que la astucia consiste en buscar el punto de confluencia de la lógica del adversario y atacar ese punto.

Contextualización de la proporcionalidad: *jus ad bellum* y *jus in bello* en la guerra del Líbano

Enzo Cannizzaro*

Enzo Cannizzaro es catedrático de Derecho Internacional en la Universidad de Macerata.

Resumen

En este artículo se analiza la función y el contenido de la proporcionalidad en el derecho internacional contemporáneo que rige el uso de la fuerza, con miras a aclarar el marco jurídico que regula la conducta de las partes en un conflicto armado. En el sistema de jus ad bellum, se protege primordialmente el interés del Estado atacado en repeler el ataque y se considera que los demás intereses tan sólo restringen la elección del medio que se ha de emplear para alcanzar ese objetivo. En cambio, en el sistema de jus in bello no existe, por definición, un interés dominante, sino una variedad de intereses y valores que exigen la misma protección jurídica y que deben estar equilibrados entre sí. La existencia de dos sistemas normativos distintos, con normas de legalidad diferentes aplicables a la misma conducta, no plantea en general mayores problemas. La legalidad del recurso a la fuerza se contraponen a la proporcionalidad de la legítima defensa, mientras que las acciones individuales deberían ajustarse al requisito de la proporcionalidad en el jus in bello. Sin embargo, más allá de ese gran ámbito en el que ambas normas se solapan, pueden haber situaciones en las que la aplicación estricta de la norma del jus ad bellum haga imposible alcanzar los objetivos del jus in bello. En tales casos, la prueba de la proporcionalidad según el jus in bello ha de considerarse como parte de la prueba de proporcionalidad según el jus ad bellum. Los Estados deben, pues, tener en cuenta las consecuencias de índole humanitaria para determinar el nivel de seguridad que pretenden alcanzar al emprender una acción militar.

.....

* El autor desea agradecer a Paolo Palchetti y a Mary-Ellen O'Connell sus valiosos comentarios de un borrador anterior.

Hasta el lector menos avisado puede percatarse fácilmente de la importancia de la proporcionalidad en el debate sobre la legalidad de la contundente campaña llevada a cabo por Israel en Líbano en el verano de 2006. Prácticamente todas las posturas adoptadas por los Estados y los organismos internacionales con respecto a esta intrincada cuestión giran en torno a la evaluación de la proporcionalidad. Las opiniones expresadas parecen efectivamente concordar en general en que el recurso de Israel a la fuerza era justificable como legítima defensa en respuesta a los ataques de las milicias de Hezbolá, un grupo político y religioso que ejerce un control exclusivo sobre el territorio del sur del Líbano. Hezbolá lanzaba periódicamente misiles contra asentamientos en el territorio israelí, hasta que finalmente, en el transcurso de una incursión al otro lado de la frontera, mantuvo un enfrentamiento con soldados israelíes, matando a algunos de ellos y secuestrando a otros.

No obstante, muchos calificaron la respuesta israelí de desproporcionada, porque, tras una serie de ataques aéreos contra infraestructuras militares y civiles, aunque estuvieran alejadas de la zona de combate, que causaron numerosas bajas entre la población civil, entraron luego los tanques en acción y cruzaron la frontera, alegando querer desmantelar la organización de Hezbolá en el sur de Líbano y establecer una zona de seguridad en esa parte del territorio libanés¹.

El presente análisis de la función y del contenido de la proporcionalidad en el derecho internacional contemporáneo que rige el uso de la fuerza tiene por objeto delimitar el marco jurídico que regula la conducta de las partes en el caso examinado. De hecho, esos acontecimientos y las reacciones de la comunidad internacional pueden resultar esenciales para determinar el papel que la comunidad internacional asigna a la proporcionalidad en el marco de los conflictos armados. Un estudio de la proporcionalidad en relación con la guerra del Líbano ofrece por lo tanto una doble ventaja metodológica: el concepto de proporcionalidad ayuda a determinar el

1 V.g., en la 5.489ª sesión del Consejo de Seguridad del 14 de julio de 2006 (SC/8776), los representantes de numerosos Estados, aun condenando la actuación israelí por desproporcionada, se referían a ella como defensa propia (Argentina, Japón, Reino Unido, Perú, Dinamarca, Eslovaquia, Grecia, Francia). Según el representante del Reino Unido, “Israel tiene todo el derecho a actuar en defensa propia. Sin embargo, debe actuar con moderación y asegurarse de que sus acciones sean proporcionadas y moderadas, se lleven a cabo de conformidad con el derecho internacional y eviten la muerte y el sufrimiento de civiles. Las acciones desproporcionadas sólo agravarán una situación ya de por sí peligrosa”. De acuerdo con la Declaración del Consejo de la Unión Europea sobre Oriente Medio del 17 de julio de 2006, la UE reconoce el derecho legítimo de Israel a la defensa propia, pero le insta a ejercer la mayor contención y a no recurrir a una acción desproporcionada. En la misma línea, de conformidad con la declaración formulada por los dirigentes de la Cumbre del G-8 el 16 de julio de 2006, “[e]s indispensable que Israel, al ejercer su derecho a defenderse, considere las consecuencias estratégicas y humanitarias de sus acciones. Exhortamos a Israel a mostrar la máxima moderación, procurando evitar víctimas entre la población civil y daños a la infraestructura, así como a abstenerse de emprender cualquier acción que pudiera desestabilizar al gobierno libanés”. V. también el informe de la Comisión de Investigación sobre el Líbano, constituida el 11 de agosto de 2006 por el Consejo de Derechos Humanos, en cumplimiento de la resolución S-2/1, y disponible en <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/2/CI-Lebanon/index.htm>. La opinión de Israel sobre la proporcionalidad quedó expresada en el documento difundido por el Ministerio de Relaciones Exteriores el 25 de julio de 2006: “Responding to Hezbollah attacks from Lebanon: Issues of proportionality – legal background,” disponible en <http://www.mfa.gov.il/MFA/Government/Law/Legal+Issues+and+Rulings/Responding+to+Hizbullah+attacks+from+Lebanon+Issues+of+proportionality+July+2006.htm>.

marco jurídico para evaluar la legalidad de la conducta de las partes; y las posturas adoptadas con respecto a la guerra del Líbano pueden contribuir a promover el desarrollo de dicha noción y a resolver algunas cuestiones aún controvertidas sobre su función y su contenido.

Esta delimitación del ámbito del estudio dictará también el curso que seguirá el análisis, que se centrará únicamente en ciertas cuestiones específicas suscitadas en conexión con los sucesos del Líbano. Las referencias bibliográficas y documentales serán las mínimas necesarias para ilustrar la línea de razonamiento. Quedarán excluidos del análisis otros aspectos que pudieran ser de interés para un amplio estudio del marco jurídico que rige la conducta de las partes, tales como la condición jurídica de Hezbolá en el derecho internacional y la legalidad de la defensa propia frente a entidades no estatales.

¿Dos nociones de proporcionalidad?

La opinión predominante entre los jurisconsultos es que se debe trazar una clara distinción entre dos formas distintas en que la proporcionalidad limita el uso de la fuerza armada. La proporcionalidad constituye un límite tanto para el poder de los Estados de recurrir a la fuerza (*jus ad bellum*) como para el poder de elegir los medios y métodos de guerra (*jus in bello*)².

La distinción entre estas dos nociones de proporcionalidad, aunque está clara en teoría, tiende a difuminarse en la práctica, ya que a veces se fusionan en una evaluación global de la legalidad del uso de la fuerza. Así ha ocurrido también en el caso de la guerra del Líbano. Aunque la reacción de muchos Estados pone de relieve el carácter desproporcionado de la respuesta israelí, es mucho más difícil discernir a qué tipo de proporcionalidad se está haciendo referencia. Con bastante frecuencia, sus declaraciones contienen argumentos tanto de *jus ad bellum* como de *jus in bello*³.

Esta imprecisión en la valoración jurídica de la proporcionalidad en la práctica internacional no es en modo alguno sorprendente. Incluso aunque la mayoría de los jurisconsultos acepta que esos sistemas normativos tienen diferentes raíces históricas y ejercen funciones distintas, no impera entre ellos una opinión clara sobre la relación de dichos sistemas entre sí. Resulta apropiado, por lo tanto, dedicar un breve análisis al papel y al contenido de la proporcionalidad, tanto en el *jus ad bellum* como en el *jus in bello*, y determinar si se trata de nociones autónomas de cada sistema o si hay razones fundadas para analizar su mutua interacción.

2 V. Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004. Para un análisis más general, v. mi estudio anterior, Enzo Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milán, 2000.

3 Como claro ejemplo de ello, v. las observaciones del representante de Francia en el Consejo de Seguridad en la sesión del 14 de julio de 2006, Doc. S/PV.5489.

La proporcionalidad en el *jus ad bellum*

La proporcionalidad y la noción de ataque armado

En el *jus ad bellum*, la proporcionalidad tiene una doble función: sirve tanto para identificar las situaciones en las que es permisible el uso unilateral de la fuerza como para determinar la intensidad y la magnitud de la acción militar. En ambos sentidos, los sucesos del Líbano pueden constituir una valiosa contribución al análisis jurídico.

Por lo que se refiere al primer aspecto, las situaciones en las que es posible emplear la fuerza unilateralmente se determinan valiéndose de un argumento funcional: los Estados sólo pueden recurrir unilateralmente a la fuerza para defenderse de un ataque armado, y en la medida necesaria para repelerlo⁴. Esto significa que la legítima defensa no es un instrumento ilimitado, sino que su único objeto es repeler los ataques armados y garantizar provisionalmente la seguridad de los Estados. La eliminación por la fuerza de las situaciones de amenaza y el establecimiento de condiciones de seguridad permanentes parecen haber sido consideradas por la comunidad internacional como tareas que han de llevarse a cabo colectivamente. Esta solución es coherente con la estructura de la comunidad internacional, en la que el uso unilateral de la fuerza puede desembocar en abusos irremediables y conlleva el riesgo permanente de una escalada que podría poner en peligro la seguridad colectiva.

Además, la fuerza defensiva puede utilizarse tan sólo para combatir ataques armados que hayan comenzado a partir de cierto umbral de intensidad. Por debajo de ese umbral, el uso de tipos de fuerza de menor envergadura no entra en la noción de “ataque armado” y no puede afrontarse con una respuesta que conlleve el uso de la fuerza. La razón estriba probablemente en que el régimen de legítima defensa no protege el interés de cada Estado en responder a *cualquier* uso ofensivo de la fuerza, sino que sólo considera apropiadas las medidas de fuerza como respuesta a actos de agresión que pongan objetivamente en peligro su seguridad, y exclusivamente en la medida necesaria para repelerlos. Esto quiere decir que el sistema de *jus ad bellum* predetermina los intereses por los que resulta legítimo emplear la fuerza, así como su nivel de protección, y que la proporcionalidad sólo sirve para decidir los medios apropiados para alcanzar ese objetivo.

En el asunto *Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) dictaminó que el mero trasiego transfronterizo de armas y suministros logísticos no constituía una violación de la prohibición del uso de la fuerza que pudiera inducir por sí solo una respuesta armada⁵. Más recientemente, la Comisión de Reclamaciones, cuando

4 V. las conclusiones de la Corte Internacional de Justicia en la decisión de 27 de junio de 1986 sobre el caso de Nicaragua (Case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua [Nicaragua v. United States of America]*, Merits, ICJ Reports 1986), párr. 176 y ss., esp. párrs. 194–195 y 211.

5 *Ibid.*, párrs. 195, 230. V. también la decisión de la Corte Internacional de Justicia de 6 de noviembre de 2003 en la causa de las plataformas de petróleo (*Islamic Republic of Iran v. the United States*, Merits, [2003] ICJ Rep.), párr. 55, y los argumentos del juez Simma sobre este punto en su Opinión Individual, esp. párrs. 12 y 13.

recibió el encargo de dirimir el litigio entre Etiopía y Eritrea sobre la legalidad, entre otras cosas, de una respuesta armada ante una incursión transfronteriza, llegó aún más lejos al afirmar que “el fundamento para que una reivindicación de legítima defensa sea válida según la Carta es que la parte que recurre a la fuerza haya sido objeto de un ataque armado. Enfrentamientos fronterizos localizados entre pequeñas unidades de infantería, incluso cuando haya pérdida de vidas, no constituyen un ataque armado a efectos de la Carta”⁶. De ahí se deriva que las violaciones menores de la prohibición del uso de la fuerza que quedan por debajo del umbral de la noción de ataque armado no justifican el correspondiente uso menor de la fuerza en defensa propia⁷.

Los sucesos que precedieron inmediatamente a la reacción israelí contra el Líbano parecen ser muy similares al tipo de conducta que, según los dictámenes de la Corte, no justifica el recurso a una respuesta armada. Ciertamente, los informes de prensa hablan de un tiroteo entre patrullas, con un número limitado de bajas y dos soldados capturados⁸. Dentro de la comunidad internacional, sin embargo, como se ha señalado antes, la reacción israelí se califica generalmente de legítima defensa. Esto podría explicarse por el hecho de que la incursión de Hezbolá fue considerada en el marco más amplio de una serie de ataques transfronterizos menores llevados a cabo repetidamente⁹. Por lo tanto, la calificación de la reacción israelí de legítima defensa parece implicar que, a este respecto, no hay que tener en cuenta las acciones aisladas realizadas por el atacante, sino más bien el plan completo de agresión, que puede desarrollarse en forma de una serie de ataques a pequeña escala. Esto significa que, para determinar cuándo un ataque armado justifica una reacción armada, se pueden tener en cuenta no sólo acciones armadas aisladas que representan violaciones menores de la prohibición del uso de la fuerza, sino también otras acciones relacionadas entre sí en una estrategia de agresión más compleja. Sin embargo, esto no implica necesariamente que la respuesta, en lugar de adecuarse a las acciones individuales que forman parte de esa estrategia compleja, pueda ser equiparable a la serie completa de acciones consideradas en su conjunto. Volveré más adelante a este punto.

6 Laudo arbitral de 19 de diciembre de 2005, “Ethiopia vs. Eritrea, jus ad bellum, Ethiopia’s claim 1–8”, disponible en www.pca-cpa.org.

7 Esto significa que la proporcionalidad en el contexto de la legítima defensa no es una norma funcional en pleno sentido, sino una escala funcional que sirve de umbral. Esta forma de enfocar el argumento de la proporcionalidad es coherente con la doctrina del control social de la fuerza unilateral. Puesto que la fuerza utilizada unilateralmente es un instrumento peligroso, debe emplearse únicamente como último recurso. El reverso de la medalla es que, si fallan los mecanismos de seguridad colectivos, los Estados carecen de un instrumento coercitivo a su disposición para garantizar efectivamente su propia seguridad.

8 V., v.g., “Turmoil in the Mideast: Escalation – clashes spread to Lebanon as Hezbollah raids Israel”, *New York Times*, 14 de julio de 2006, p. 1. V. también el comunicado del Consejo extraordinario de Ministros del Gobierno israelí del 2 de julio de 2006, disponible en www.mfa.gov.il/MFA/Government/Communiques/2006/Special+Cabinet+Communique+-+Hizbullah+attack+12-Jul-2006.htm.

9 Resulta significativo que ningún Estado parezca haber considerado de interés que una pequeña parte del territorio libanés estuviera, y esté aún, bajo control israelí. Este hecho puede arrojar más luz sobre la estructura particular de la regla de la legítima defensa, ya que ilustra el hecho de que el objetivo de liberar completamente una pequeña parte del territorio de un Estado, que además ha permanecido durante años bajo control de otro Estado, no puede por sí mismo justificar reacciones de fuerza.

La proporcionalidad y la intensidad de la acción defensiva

Cuando se estima que se ha producido un ataque armado que requiere una respuesta armada en defensa propia, la siguiente pregunta que se plantea es la de qué tipo y escala de acción constituye una respuesta apropiada. La proporcionalidad se mide mediante una prueba *cuantitativa* si la respuesta ha de adaptarse a las características cuantitativas del ataque, como son la escala de la acción, el tipo de armamento y la magnitud de los daños. Una prueba *cualitativa* no tiene tanto en cuenta la correspondencia extrínseca entre el ataque y la respuesta, sino que busca más bien determinar si los medios empleados son apropiados en relación con el objetivo que persigue la respuesta. En ese sentido, es una respuesta proporcionada aquella que es necesaria y apropiada para repeler el ataque y que conlleva efectos colaterales aceptables sobre otros intereses y valores afectados por la respuesta.

Mientras que la proporcionalidad *cuantitativa* satisface intuitivamente el sentimiento de la simetría que debe haber entre el ataque y la defensa y podría, por lo tanto, parecer menos propensa a juicios subjetivos, la proporcionalidad *cualitativa* parece lógicamente más de acuerdo con el elemento estructural de la regla de la legítima defensa, cuya finalidad no es tanto dar al Estado atacado el derecho a infligir un castigo como darle sólo el derecho a repeler el ataque, utilizando para ello los medios apropiados a esas circunstancias particulares¹⁰.

En la mayoría de los casos, la aplicación de las dos pruebas conduce a resultados similares. Ambas parecen poner de relieve la necesidad de un control social del recurso a la violencia, exigiendo al Estado que actúa en defensa propia que mantenga un cierto grado de correspondencia entre la conducta defensiva y el ataque que la suscitó. Además, la prueba cualitativa, de la que equivocadamente se dice que deja una gran discrecionalidad al Estado atacado, conlleva también un análisis cuantitativo, en la medida en que exige que se guarde un equilibrio entre la necesidad de repeler el ataque y el daño que una acción militar defensiva pueda causar a otros valores e intereses en juego, tales como los valores de índole humanitaria.

Éste es un punto decisivo al evaluar la legalidad de la respuesta israelí a los ataques de Hezbolá. La desproporcionalidad de la respuesta de Israel se atribuyó principalmente a tres consideraciones: la escala de su acción, que superó considerablemente lo que se estimaba necesario para repeler el ataque; el hecho de que la respuesta implicara la destrucción de infraestructuras militares y civiles situadas a cientos de kilómetros de la zona atacada, y que no guardaban por lo tanto relación con el objetivo defensivo de la acción; y la amenaza y el daño sufridos por la población civil. Aunque todos estos argumentos se refieren al aspecto cuantitativo de la respuesta, no apuntan a la necesidad de una correspondencia estrictamente cuantitativa entre el ataque y la defensa, sino más bien el requisito de que la acción defensiva guarde una relación razonable con su objetivo y que este se alcance sin que la acción tenga consecuencias desproporcionadas para lo que normalmente se considera el coste social de una reacción defensiva.

10 Para un debate más extenso de estos diferentes enfoques conceptuales sobre el tema de la proporcionalidad, remito de nuevo a los lectores a mi libro, nota 2 *supra*, p. 278 y ss.

Esta consideración puede ayudar a comprender los rasgos distintivos de ambas pruebas. Aunque en la prueba cualitativa se permite al defensor apartarse de una correspondencia exacta con el ataque inicial, que es el elemento esencial de la prueba cuantitativa, esta mayor discrecionalidad está contrarrestada por la necesidad de tener también en cuenta un amplio conjunto de intereses y valores que podrían resultar perjudicados a consecuencia de ello. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las armas nucleares en relación con la protección del medio ambiente, “los Estados deben tener en cuenta consideraciones relativas al medio ambiente al evaluar lo que es necesario y proporcionado en la consecución de objetivos militares legítimos, y que el respeto del medio ambiente es uno de los elementos que se han de considerar al evaluar si una medida se ajusta a los principios de la necesidad y la proporcionalidad”¹¹.

La proporcionalidad y la “acumulación de sucesos”

Esta consideración exige otro comentario sobre la norma específica para evaluar la adecuación de la respuesta. Hemos visto que una estrategia compleja de agresión puede considerarse como un ataque armado, según el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, aunque esté compuesta de diversas violaciones individuales, de poca envergadura, de la prohibición del uso de la fuerza, ninguna de las cuales, considerada separadamente, excediera quizás la magnitud estimada necesaria para ello. Resulta bastante curioso, no obstante, que, en el marco de la guerra del Líbano, no se utilizara esta argumentación lógica, llamada normalmente doctrina de la acumulación de sucesos¹², al evaluar la proporcionalidad de la respuesta. Más bien al contrario, las reacciones de la comunidad internacional parecen indicar que la respuesta israelí fue desproporcionada respecto de los diversos incidentes particulares que la provocaron y no podía ser equiparable a la estrategia agresiva de Hezbolá¹³.

Esta conclusión no resulta sorprendente si se tiene en cuenta la lógica que inspira la proporcionalidad en el *jus ad bellum*. Aunque da la prioridad a las necesidades defensivas del atacante, la proporcionalidad sigue siendo un instrumento de control social del recurso unilateral a la fuerza. Como tal, el uso de la fuerza debe necesariamente adecuarse a la necesidad concreta de repeler el ataque en curso y no a la de alcanzar el nivel de seguridad que persigue el Estado atacado. La idea de que una serie de ataques de poca envergadura, ninguno de los cuales amenace seriamente por separado la seguridad del Estado atacado, pueda considerarse acumulativamente y pueda provocar, por lo tanto, una respuesta en gran escala, parece alejarse de la concepción de la proporcionalidad como instrumento ideado

11 *Legalidad de la amenaza y el uso de las armas nucleares*, opinión consultiva, [1996] ICJ Rep., párr. 30. NdT: traducción extraída de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: aplicación y ejecución, de la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (E/CN.17/1997/8, de 10 de febrero de 1997).

12 Que yo sepa, la conceptualización más elaborada de esta doctrina la llevó a cabo Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 3ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 202.

13 Aquí, también, v. las observaciones de diversos Estados en el Consejo de Seguridad del 14 de julio de 2006, Doc. S/PV.5488, S/PV.5489.

para mantener la fuerza empleada en el mínimo nivel necesario para repeler un ataque y evitar una escalada.

La proporcionalidad en el *jus in bello*

El requisito de la proporcionalidad en el *jus in bello* responde a una lógica diferente. Mientras que la regulación jurídica del uso de la fuerza se basa en un derecho superior del Estado atacado respecto del atacante, la regulación jurídica de los medios y métodos de guerra está dominada por el principio de la paridad de los beligerantes y el principio concomitante del respeto debido por cada uno de ellos a los intereses y valores de índole humanitaria. Por eso, la interacción que domina la evaluación de la proporcionalidad en el *jus in bello* está relacionada en este caso con la ventaja militar que cada beligerante intenta alcanzar y con el daño que sufran los valores humanitarios, en particular —aunque no sólo— entre los civiles y las personas protegidas. Es de sobra sabido que ésta es la estructura conceptual en que se basa la evaluación de la proporcionalidad estipulada en el artículo 51.5 b) del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 referente a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, que considera indiscriminados y, por lo tanto, prohibidos “los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”¹⁴. Los elementos de esta cláusula llevan a la conclusión de que se ha convertido hoy en una norma del derecho consuetudinario, aplicable incluso más allá del ámbito *ratione personae* del Protocolo I¹⁵.

Las normas que no imponen una forma de conducta específica a los beligerantes, sino que requieren en lugar de ello una prueba de proporcionalidad, se aplican en situaciones en las que el equilibrio entre los valores no está predeterminado por la ley, sino que debe alcanzarse en función de cada situación concreta, teniendo en cuenta la importancia relativa de los diversos intereses a la luz de las necesidades reales de la situación en cuestión. A falta de una regla abstracta de conducta, la labor

- 14 Esta disposición se complementa con el art. 57 del Protocolo, que se refiere al aspecto diferente, aunque relacionado, de la precaución. Según el art. 57.2 a) iii) es obligatorio, entre otras cosas, “abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”. El art. 2(b)(iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional también parece remitirse a una evaluación de la proporcionalidad, que puede, sin embargo, diferir de la noción que figura en el Protocolo I. El Estatuto de la CPI enumera, entre las formas de conducta que constituyen una violación grave de las leyes y costumbres de la guerra, “[L]anzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea”. El hincapié en la intención subjetiva de lanzar un ataque aun siendo consciente de sus consecuencias letales se debe probablemente a la índole de la norma, según la cual puede responsabilizarse penalmente a las personas individuales por la violación del derecho humanitario.
- 15 V. la práctica pertinente en Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (dirs.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, parte 1, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 297.

de conciliar intereses enfrentados se asigna al Estado que emprende la acción, que debe aplicar una norma de proporcionalidad.

Por lo tanto, la ausencia de una norma específica que prescriba una conducta en cierta situación no significa necesariamente que las partes sean libres de hacer lo que deseen. La perspectiva metodológica la proporciona el razonamiento que llevó a la Corte Internacional de Justicia, en la conocida opinión sobre las armas nucleares, a afirmar que la coherencia de la amenaza o incluso del uso de armas nucleares no puede evaluarse *in abstracto*, sino que debe evaluarse a la luz de las situaciones concretas de cada caso específico.

La proporcionalidad y la relación objetivos-medios en el *jus in bello*

La particular estructura de la proporcionalidad como técnica normativa aplicable en el *jus in bello*, en la que ningún interés puede reclamar una prioridad absoluta sobre los demás explica por qué, en ese sistema particular, la proporcionalidad no puede medirse lógicamente respecto de los objetivos finales de una misión militar, sino de los objetivos más inmediatos de cada acción militar particular. Este elemento hace que la proporcionalidad en el *jus in bello* sea notablemente diferente de la técnica análoga aplicable en el *jus ad bellum*. En esta última, el derecho internacional confiere al Estado atacado una potestad mayor para emprender una acción defensiva, y el requisito de la proporcionalidad sólo sirve para determinar en qué grado se pueden sacrificar otros valores a ese valor superior. En el *jus in bello*, en cambio, no hay por definición un valor superior, ya que el carácter ofensivo o defensivo de la acción militar no cuenta como tal para evaluar la proporcionalidad de la misma.

Esta diferencia conceptual explica por qué en el *jus in bello*, a diferencia de lo que ocurre en el *jus ad bellum*, los factores para evaluar la proporcionalidad, en particular la noción de ventaja militar y la de daño colateral, deben considerarse únicamente a corto plazo. Por ejemplo, en la evaluación de la proporcionalidad de las acciones militares de Israel y de los daños colaterales a los civiles, el objetivo final perseguido por Israel, que era poner supuestamente fin a la conducta agresiva de la facción libanesa, era inmaterial, aunque hipotéticamente la derrota de la estrategia de Hezbolá de utilizar a civiles como escudos humanos hubiera dado lugar a una situación más segura a largo plazo para la población civil de ambos bandos y pudiera, por consiguiente, considerarse más beneficiosa para los fines humanitarios.

La proporcionalidad como una evaluación objetiva

En la práctica reciente se observa una tendencia cada vez mayor a presentar la evaluación de la proporcionalidad como si tuviera que llevarse a cabo con los mejores medios disponibles para evitar daños colaterales excesivos en los ataques. En la gran mayoría de los casos esta evaluación, que pone de relieve cierto relativismo, produce resultados apropiados. No obstante, existen situaciones

en las que, principalmente a causa del desarrollo tecnológico asimétrico de los beligerantes, una evaluación relativista es imprecisa y distorsiona la aplicación de la norma de proporcionalidad. La pregunta que se plantea, en términos simples, es desde qué perspectiva hay que evaluar la posibilidad de daños colaterales y buscar el equilibrio entre los daños previsibles y la ventaja militar esperada. Una operación tan lógica ¿debería realizarse de acuerdo con la mejor práctica disponible, o más bien con la mejor práctica disponible para el Estado o el jefe militar concreto que dirige la acción? La alternativa, aunque a veces se formule de forma sugestiva, carece jurídicamente de sentido¹⁶. La proporcionalidad no es una norma de conducta, sino una norma que exige un equilibrio entre valores antagónicos, como son el interés del beligerante en llevar a cabo una acción militar, por una parte, y el interés de los civiles que, aunque ajenos a la conducción de las hostilidades, pueden ser las víctimas de esa acción. Sería, pues, ilógico presuponer que el nivel de protección de una de las partes en esta operación de equilibrio pueda depender de las cualidades subjetivas de la otra. Lo que exige la proporcionalidad, por el contrario, es que los civiles estén protegidos, independientemente de las características intrínsecas de los beligerantes. Si, en una situación determinada, una autoridad o un agente de un Estado no puede evaluar con cierto grado de *previsibilidad* los daños colaterales que pueden derivarse del ataque previsto, ha de abstenerse sencillamente de emprender esa acción. Una norma subjetiva es, por lo tanto, incompatible con la esencia del principio de proporcionalidad.

Evidentemente, en un conflicto entre dos partes con diferentes grados de desarrollo, la necesidad de evaluar la proporcionalidad es objetivamente ventajosa para los Estados desarrollados, que pueden aprovechar la mejor tecnología para reducir a un mínimo las bajas y lanzar, por consiguiente, ataques en situaciones en las que la otra parte se abstendrá probablemente de atacar por carecer de una ventaja tecnológica equivalente¹⁷.

Pero las cosas no son nunca tan fáciles como cabría esperar. Incluso los Estados desarrollados pueden inclinarse en favor de una norma subjetiva a fin de

16 Ésta parece ser la postura propuesta por Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 126.

17 La necesidad de evaluar objetivamente los elementos que hay que considerar para evaluar la proporcionalidad significa que, en virtud del principio de precaución, es preciso abstenerse de llevar a cabo operaciones en situaciones en las que esos elementos no pueden evaluarse adecuadamente y no se puede estimar con exactitud, por lo tanto, el riesgo de daños colaterales. La precaución es efectivamente una forma particular de aplicación de la norma más general de la proporcionalidad. Desafortunadamente, éste no fue el principio que inspiró la decisión que la Comisión de Reclamaciones de Eritrea-Etiopía en su fallo parcial, frente central y reclamación 2 de Etiopía, emitido, el 28 de abril de 2004, en el contexto de un litigio más amplio entre Etiopía y Eritrea. El párrafo 110 del fallo reza así: “la Comisión estima que la norma jurídica aplicable para esta reclamación encuentra su mejor expresión en el artículo 57 del Protocolo I, cuya esencia es que, al elegir los objetivos y los medios y métodos de ataque y en la conducción concreta de las operaciones deben tomarse todas las precauciones factibles para evitar daños no intencionados a personas protegidas. La Comisión no cuestiona que la Fuerza Aérea de Eritrea eligiera el aeropuerto de Mekele como objetivo ni la elección de sus armas. Tampoco cuestiona la validez del argumento de Eritrea de que tuvo que recurrir a algunos pilotos y personal de tierra sin experiencia por no disponer de suficiente personal experimentado. La ley exige tomar todas las precauciones “factibles”, no precauciones que son imposibles en la práctica”.

evitar que se invoque la proporcionalidad para restringir la elección de estrategias militares. El mejor ejemplo de esta tendencia es el recurso a la “guerra aérea”. En los conflictos más recientes, los estrategas eran decididos partidarios de la guerra aérea para reducir todo lo posible las pérdidas entre sus propias tropas, incluso a costa de alterar el equilibrio entre las pérdidas militares y las bajas civiles¹⁸. Ahora bien, si hay que evaluar la proporcionalidad de acuerdo con las circunstancias en que se desarrolla una acción particular, eso implica que pueda considerarse que el número de bajas guarde una relación razonable con la consecución de una ventaja militar, aunque se demostrara que una estrategia diferente hubiera permitido reducir todavía más las bajas, a cambio de exponer a las tropas a un riesgo más elevado. No obstante, ésta parece ser la postura que apoya la fiscal del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia¹⁹. En su decisión de no emitir un auto de procesamiento contra las tropas de la OTAN que operaban durante las campañas de bombardeo en ex Yugoslavia, la fiscal pública refrendó las conclusiones de un grupo de expertos que mantenía la idea de que la elección de la estrategia que debe seguirse queda enteramente al arbitrio del Estado que actúa y que la proporcionalidad de la acción debe evaluarse estrictamente en relación con las acciones militares particulares. Su informe también parece apoyar la idea de que las bajas causadas por bombarderos que volaban a gran altitud, fuera del alcance de los sistemas de defensa antiaérea en tierra, fueron proporcionadas, puesto que, precisamente por la gran altitud, la tripulación no podía ver el daño resultante²⁰. En todo caso, esta conclusión parece contraponerse a la idea misma de hallar un equilibrio entre la ventaja militar y los daños colaterales. Parece absurdo dar por sentado que una acción es proporcionada si el agente, para elevar al máximo su propia seguridad y no exponerse a riesgos, opta deliberadamente por condiciones que no le permiten llevar a cabo un análisis objetivo de los costes y beneficios, en el que se basa en definitiva la proporcionalidad²¹.

La proporcionalidad y los daños colaterales a civiles utilizados como escudos humanos

Cabe subrayar de nuevo que, en el marco particular del derecho humanitario, la proporcionalidad se utiliza para determinar el equilibrio entre

18 V. también el estudio reciente de Luisa Vierucci, “Sulla nozione di obiettivo militare nella guerra aerea: recenti sviluppi della giurisprudenza internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 89 (2006), p. 693.

19 V. Paolo Benvenuti, “The ICTY Prosecutor and the review of the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia”, *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), p. 503; Michael Bothe, “The protection of the civilian population and NATO bombing on Yugoslavia: Comments on a report to the Prosecutor of the ICTY”, *ibid.*, p. 531; Enzo Cannizzaro, “Le operazioni aeree della NATO contro la Repubblica federale di Jugoslavia e il diritto umanitario”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 84 (2001), p.133.

20 V. en particular, los párrs. 69 y ss. del informe.

21 Para conocer una conclusión diferente, v. William J. Fenrick, “Targeting and proportionality during the NATO bombing campaign against Yugoslavia”, *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), pp. 489 a 501.

dos valores enfrentados: por un lado, el interés militar de las partes; por otro, los intereses de la población civil, considerada como una entidad aparte, sin relación con los beligerantes. Ahora bien, hay que admitir que equilibrar dos intereses tan dispares como la ventaja militar y las preocupaciones humanitarias no es tarea fácil. El valor respectivo de cada interés es subjetivo; depende de diversos factores históricos y sociales; y varía notablemente según el nivel de sensibilidad humanitaria de cada época. Lo que no significa, con todo, que no sea posible hacer una evaluación objetiva. En otros ámbitos del derecho internacional, la evaluación de la proporcionalidad se basa en lo que se considera el coste social “normal” de una determinada acción, siendo la noción de “normalidad” una noción histórica que puede interpretarse basándose en la práctica en situaciones iguales o parecidas.

Más seria parece la objeción de que la norma, fundada como está en el supuesto de que los intereses militares y civiles son antitéticos, va a quedar, tal vez pronto, obsoleta en relación con los conflictos contemporáneos, en los que no es extraño que los civiles participen más o menos activamente en la conducción de las hostilidades.

El conflicto del Líbano nos presenta una situación de este tipo, en la que Israel consideraba seriamente a la población civil como implicada en el conflicto en la medida en que suministraba a Hezbolá apoyo logístico y le permitía operar detrás de un escudo de civiles. Se trata de un hecho frecuente en los conflictos modernos, en los que se enfrentan fuerzas armadas por un lado y un sistema de milicias militares por otro, que actúan con el apoyo o detrás de un escudo de civiles. En estos tipos de situaciones es muy probable que haya una cierta asimetría en las posiciones de las partes: un beligerante se siente obligado a atenerse escrupulosamente a las normas del derecho humanitario, que favorecen en su mayor parte a la población del lado contrario, mientras que su adversario infringe esas normas y utiliza a la población como escudo a pesar del posible daño que al hacerlo puede causar a la población civil.

La cuestión que plantean estos tipos de escenario es la de si puede justificarse la violación del derecho humanitario en respuesta a las violaciones correspondientes de la otra parte. En términos más concretos, la pregunta es si, en respuesta al incumplimiento de una parte de la obligación de hacer una distinción clara entre combatientes y civiles, emplazando en particular equipos militares en medio de instalaciones e infraestructuras civiles, la otra parte queda exonerada de su obligación de distinguir entre objetivos militares y civiles y de abstenerse de realizar ataques indiscriminados.

Enmarcada de este modo, la pregunta admite sólo una respuesta, claramente negativa. En términos normativos, puesto que los intereses de los civiles y los de los beligerantes se consideran formalmente desconectados, ambas partes están obligadas a respetar los intereses de los civiles. Por consiguiente, el incumplimiento por una de las partes de la norma de la distinción entre civiles y combatientes no puede justificar una violación correspondiente por la otra parte, debido a que la norma carece de carácter recíproco. Esta solución es menos formalista de lo que parece, ya que la ausencia de reciprocidad en todo el ámbito del derecho humanitario, y en el trato debido a los civiles en particular, responde a una larga evolución de la sensibilidad jurídica, que sólo podemos mencionar aquí de pasada. Una solución

distinta únicamente sería concebible si se considerara que, en ciertas situaciones concretas las personas civiles son parte activa en las hostilidades o si se cuestionara la distinción entre combatientes y civiles en sus propias raíces, lo cual pondría en entredicho algunos de los principios más básicos del derecho humanitario²².

Una cuestión distinta, técnicamente más sutil y conceptualmente más insidiosa, es la de si la conducta de los civiles y la asimetría resultante de las conexiones entre las milicias y esos civiles en los conflictos modernos alteran la naturaleza del equilibrio de valores que exige la prueba de la proporcionalidad, y si lo “excesivo” de los daños debería juzgarse desde ese punto de vista. En otras palabras, según esta solución, un cierto volumen de daños colaterales podría ser “menos excesivo” en situaciones en las que existiera una suposición fundada de que los civiles eran conscientes del peligro y lo aceptarían voluntariamente como parte de su intervención como escudos humanos, que en las situaciones en que los civiles no tuviesen verdaderamente ninguna conexión con la violencia.

Aunque es un argumento que aducen implícitamente los Estados atacantes, que afirman que la participación (más o menos activa) de civiles en la conducción de hostilidades justifica mayores daños colaterales, resulta poco convincente. La protección humanitaria de los civiles tal y como existe hoy en día se basa en una distinción clara entre combatientes y civiles. Para modificar la condición jurídica asignada normalmente a los civiles se requiere un umbral de participación, que corresponde habitualmente al desempeño de funciones que suelen ejercer personas pertenecientes a un cuerpo militar. Ir más allá de esta hipótesis, y asumir, en cambio, que se puede considerar que los civiles que no participan activamente en las hostilidades aceptan, por su comportamiento, un riesgo más elevado de daños colaterales, entraña la imposición a los civiles de obligaciones positivas, tales como la responsabilidad de tomar medidas para evitar que las milicias utilicen instalaciones civiles o abandonen incluso las zonas habitadas por la población civil. De no ser así, la otra parte podría considerar las instalaciones civiles o las instalaciones “de doble uso” como objetivos militares y actuar en consecuencia.

Resulta fácil ver que esta línea de razonamiento tiene el efecto de subvertir significativamente la lógica del derecho humanitario y establecer la presunción de que los civiles que no actúan claramente para desligarse de las milicias están contribuyendo objetivamente a las operaciones de éstas. El principio de proporcionalidad, incorporado al derecho humanitario para mejorar la protección de los civiles, se utiliza así para alcanzar el objetivo *inverso*, es decir, conceder mayor discrecionalidad a la parte atacante. En realidad, si el *onus probandi* en relación con la distinción entre militares y civiles recayera en la población civil, y si se revocara la protección de que gozan normalmente los civiles por no poder probar esa distinción, sería difícil distinguir la aplicación del principio de proporcionalidad del castigo colectivo, un resultado abiertamente contrario a los más nobles fines que inspiran la aplicación de ese principio en el derecho humanitario²³.

22 V. el estudio emprendido bajo los auspicios del CICR y el TMC Asser Institute sobre la noción de la participación directa en las hostilidades, disponible en www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/participationhostilities-ihl-311205?opendocument#a1.

23 Para conocer una conclusión diferente, v. también Dinstein, nota 16 *supra*, p. 131.

Conclusiones: el uso de la proporcionalidad como vínculo entre el *jus in bello* y el *jus ad bellum*

El análisis conceptual emprendido demuestra pues que la proporcionalidad es también un instrumento capaz de tender un puente entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*. Como se ha puesto de relieve más de una vez, estos dos sistemas normativos tienen orígenes históricos distintos y cada uno se ha codificado en función de un conjunto diferente de objetivos y valores. Los diversos valores abordados justifican un concepto de proporcionalidad estructurado de forma distinta. En el sistema del *jus ad bellum*, se protege primordialmente el interés del Estado atacado en repeler el ataque y sólo se toman en consideración los demás intereses para restringir la elección de los medios que pueden emplearse para alcanzar ese objetivo. En cambio, en el sistema del *jus in bello* no existe, por definición, un interés predominante, sino una variedad de intereses y valores que exigen la misma protección jurídica y que deben estar equilibrados.

La existencia de dos sistemas normativos distintos, con normas de legalidad diferentes aplicables a la misma conducta, no plantea en general mayores problemas. La legalidad del recurso a la fuerza se contrapone a la proporcionalidad de la legítima defensa, mientras que las acciones individuales deberían ajustarse al requisito de la proporcionalidad en el *jus in bello*. No obstante, más allá de ese gran ámbito en el que ambas normas se solapan, pueden haber situaciones en las que la aplicación estricta de la norma del *jus ad bellum* haga imposible alcanzar los objetivos del *jus in bello*. En tales casos, la prueba de la proporcionalidad según el *jus in bello* ha de considerarse como parte de la prueba de proporcionalidad según el *jus ad bellum*. Los Estados deben, pues, tener en cuenta las consecuencias de índole humanitaria para determinar el grado de seguridad que pretenden alcanzar al emprender una acción militar.

En términos de técnica jurídica, esta conclusión se deriva del análisis de la interacción entre estos dos sistemas superpuestos. Puesto que los Estados están obligados a acatar a la vez el sistema del *jus in bello* y el del *jus ad bellum*, parece razonable postular que, en caso de conflicto, se tomen los principios que inspiran uno de los dos sistemas como fuente de orientación para lograr un equilibrio con los valores del otro e influir así en la forma en que opera el principio de proporcionalidad.

La conveniencia de esta conclusión no parece ser puramente conceptual. También puede valorarse en términos prácticos a la luz de los sucesos del Líbano. En diversas reacciones de terceros Estados y organizaciones internacionales, la existencia de daños colaterales, en particular el elevado número de víctimas civiles, se esgrimió como prueba de la desproporcionalidad de la reacción de Israel en defensa propia. Esto significa que la proporcionalidad según el *jus in bello* ha de considerarse como un elemento de la evaluación más general de la proporcionalidad que debe efectuarse según el *jus ad bellum*.

Comencé este análisis señalando que diversas reacciones a la respuesta israelí en Líbano no hacían la diferencia entre la proporcionalidad en el *jus in bello* y

la proporcionalidad en el *jus ad bellum*, tal y como cabría esperar basándose en una distinción rigurosa entre estos dos sistemas. Sin embargo, lo que podría parecer una rareza nos ayuda de hecho a entender mejor cómo estos dos sistemas, en lugar de funcionar separadamente, se influyen mutuamente y facilitan una evaluación global de la proporcionalidad de la respuesta armada. La conclusión de que la prueba de proporcionalidad estipulada en el *jus in bello* es un elemento clave de la prueba de proporcionalidad que exige el *jus ad bellum* es significativa, tanto en términos sistemáticos como en términos prácticos, ya que ayuda a determinar el equilibrio aceptable entre seguridad y necesidades humanitarias en el derecho internacional contemporáneo. Por ejemplo, en el caso que nos ocupa significa que un Estado no puede determinar libremente el nivel de seguridad de su propia población si alcanzarlo entraña consecuencias perjudiciales excesivas para la población civil del Estado atacado. Aunque se hubiera demostrado que la destrucción de bases de misiles y la erradicación de milicias paramilitares en el sur del Líbano era el único medio mediante el cual Israel podía prevenir nuevos ataques, estos objetivos no pueden alcanzarse si conllevan, como efecto secundario, un coste humanitario desproporcionado. Alcanzar un nivel más bajo, con un coste humanitario más aceptable, parece más conforme con el derecho internacional.

Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades

Jean-François Quéguiner*

Jean-François Quéguiner es asesor jurídico en la División Jurídica del CICR.

Resumen

Este artículo presenta un análisis descriptivo de las precauciones que todos los beligerantes deben tomar a fin de garantizar la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil contra los efectos de las hostilidades. Según el autor, tanto el atacante como el defensor deben tomar precauciones para evitar, o al menos reducir lo máximo posible, las bajas y los daños incidentales. Si bien las normas que imponen esas medidas de precaución son muy claras, su formulación es suficientemente flexible como para tomar en cuenta la realidad de que los errores son inevitables y no siempre es fácil lograr un equilibrio entre los intereses militares y los intereses humanitarios.

.....

El respeto de las personas civiles y de los bienes de carácter civil, así como su protección contra los efectos de las hostilidades, es uno de los principales propósitos del derecho internacional humanitario (DIH). La norma básica, consagrada en el artículo 48 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, establece que las partes en un conflicto deben hacer distinción entre las personas y los bienes de carácter civil, por un lado, y los combatientes y los objetivos militares, por otro, y que deben dirigir sus operaciones solamente contra los objetivos militares (personas o bienes).

* Esta contribución refleja la opinión del autor y no necesariamente la del CICR. Se basa en un capítulo actualizado y traducido de la tesis de doctorado del autor, "Le principe de distinction dans la conduite des hostilités – Un principe traditionnel confronté à des défis actuels", Tesis N.º 706, Universidad de Ginebra, Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, Ginebra, 2006, 493 pp. El autor desea agradecer a Nathalie Weizmann, de la División Jurídica del CICR, la revisión y los valiosos comentarios de este texto.

De ese principio general de distinción pueden derivarse varias obligaciones concretas, como la prohibición de los ataques directos contra las personas y los bienes¹ y la prohibición de los actos o amenazas de violencia cuyo principal propósito sea sembrar el terror entre la población civil². Análogamente, los ataques indiscriminados están prohibidos. Se trata de ataques que no son o no pueden ser dirigidos directamente contra un objetivo militar específico, así como de ataques cuyos efectos no es posible limitar, tal como exige el DIH³.

Sin embargo, sigue aceptándose en el plano jurídico que, en la dura realidad de la guerra, las personas y los bienes civiles pueden resultar incidentalmente afectados por un ataque dirigido contra un objetivo militar legítimo. Con el eufemismo de “bajas incidentales” o de “daños incidentales” (o colaterales)⁴, se hace referencia al hecho de que los civiles pueden ser víctimas de la identificación errónea de un objetivo o de los efectos colaterales no deseados pero inevitables de un ataque contra un objetivo legítimo ubicado en sus proximidades. Según el principio de proporcionalidad, las bajas y los daños incidentales son lícitos en el derecho convencional y consuetudinario sólo si no son excesivos en relación con la ventaja militar directa y concreta prevista⁵.

Por otra parte, aunque el ataque que se inicie sea lícito, la parte atacante y la parte atacada deben tomar medidas de precaución a fin de evitar (o, al menos, reducir lo máximo posible) los efectos incidentales de las hostilidades en las personas civiles, la población civil y los bienes de carácter civil. En el presente artículo, nos centraremos en las medidas de precaución que todos los beligerantes están obligados a tomar —tanto en el ataque como contra los efectos de los ataques—, tal como establece el Protocolo adicional I⁶. La finalidad es demostrar que esas normas no son

1 El hecho de que, en principio, las personas civiles y otras personas o bienes protegidos no pueden ser atacados no impide que esa protección jurídica cese en circunstancias excepcionales.

2 V., en particular, los arts. 51 (2) y 52 (2) del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra.

3 Art. 51 (4) del Protocolo adicional I.

4 Las “bajas incidentales” y los “daños incidentales” están definidos en la Norma 13 (c) del Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar, como “las pérdidas de vidas de civiles u otras personas protegidas o las lesiones que se les inflijan, así como los daños causados al medio ambiente natural o a bienes que no son objetivos militares en sí mismos, o su destrucción”.

5 Codificado en el art. 51 (5) (b) del Protocolo adicional I, el principio de proporcionalidad establece otras obligaciones además de la de tomar precauciones en el ataque. Sin embargo, es relevante en este contexto, tal como ilustra el art. 57 (2) (a) (iii). Dado que las dificultades de aplicación de este principio se examinan detalladamente en otro artículo de este volumen (v. Enzo Cannizzaro, “Contextualización de la proporcionalidad: *jus ad bellum* y *jus in bello* en la guerra en Líbano”), no nos detendremos aquí a efectuar un análisis pormenorizado de las medidas de precaución.

6 De conformidad con el ámbito de aplicación del Protocolo adicional I establecido en el art. 49 (3), el presente artículo se centrará sólo en la protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil, y dejará de lado las precauciones exigidas en caso de guerra aérea o naval. Al respecto, el art. 57 (4) simplemente señala que “en las operaciones militares en el mar o en el aire, cada Parte en conflicto deberá adoptar [...] todas las precauciones razonables para evitar pérdidas de vidas en la población civil y daños a bienes de carácter civil”. El derecho internacional humanitario consuetudinario establece medidas de precaución más detalladas, pero el análisis de esas medidas excede los límites de esta contribución.

simples exhortaciones para alentar las buenas costumbres. Son normas de conducta obligatorias cuya violación conlleva responsabilidad internacional.

Precauciones en el ataque

La obligación de dar aviso de un ataque inminente (a fin de permitir la evacuación de la población civil) fue establecida en los primeros tratados de derecho de los conflictos armados, mientras que la obligación general de tomar precauciones en el ataque fue codificada bastante más tarde⁷. En realidad, antes de la adopción del Protocolo adicional I, la doctrina que declaraba que la obligación de tomar precauciones era vinculante para todas las fuerzas atacantes se basaba en una interpretación ampliamente aceptada de los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907, de los Convenios de Ginebra de 1949, y en normas consuetudinarias. De modo que cuando los delegados que asistieron a la Conferencia Diplomática de 1974-1977 sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados prepararon por escrito una lista de las precauciones requeridas, sin duda hicieron una valiosa contribución al derecho que rige la conducción de las hostilidades.

El régimen jurídico que regula las precauciones en el ataque durante un conflicto armado internacional está establecido en el artículo 57 del Protocolo adicional I. Ese artículo no es la única disposición convencional que establece las precauciones que debe tomar el atacante. Varios tratados relativos al empleo de armas específicas también incluyen la obligación de tomar medidas de precaución, aunque esos instrumentos simplemente aplican las obligaciones preexistentes en el Protocolo adicional I a los medios de guerra específicos de los que tratan. Por lo tanto, para efectuar la lista (no exhaustiva) de las precauciones requeridas durante un ataque, conviene tomar como fuente principal el artículo 57 del Protocolo adicional I. En las páginas que siguen, efectuaremos una revisión descriptiva de esas precauciones y, al final, haremos algunas breves observaciones sobre cómo esas medidas se limitan a lo que es “factible” realizar.

Lista de las obligaciones de precaución que incumben al atacante

El artículo 57 establece lo siguiente:

1. Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.
2. Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones:

7 En el informe preparado para la Conferencia de expertos gubernamentales de 1971, el CICR observó que la obligación de tomar precauciones en el ataque “ha sido afirmada por los expertos en derecho internacional público desde hace largo tiempo, pero no ha sido expresada de manera muy precisa en las disposiciones del derecho internacional en vigor”.

- a) quienes preparen o decidan un ataque deberán:
 - i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del Artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos;
 - ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil;
 - iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;
 - b) un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;
 - c) se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.
3. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil.

La obligación de realizar las operaciones militares con el cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil

La obligación de realizar las operaciones militares con el cuidado constante de preservar a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil es una consecuencia directa de la norma fundamental de distinción. Sin embargo, esa obligación es relativamente abstracta, lo que explica por qué figura en el primer párrafo del artículo 57. Los párrafos siguientes están dedicados, según el Comentario del CICR del Protocolo adicional I, sólo a “la aplicación práctica del principio formulado”⁸. Por lo tanto, la primera obligación constituye el vínculo jurídico entre

⁸ *Comentario del Protocolo adicional I* (p. 949, apdo. 2191). El estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario reafirma esa obligación en la norma 15 (la primera norma del Capítulo 5, que versa sobre las precauciones en el ataque), en cuyo comentario se afirma: “Se trata de una norma básica cuyo contenido se amplía con las obligaciones específicas enunciadas en las normas 16 a 21” (Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, CICR, edición en español del volumen I en prensa). Dado que del volumen II de este estudio no existe versión en español, las referencias se hacen al original en inglés.

la obligación general de distinción y las cuestiones prácticas y operacionales de tomar precauciones en el ataque.

Dado que esta obligación constituye una suerte de preámbulo del artículo 57, por lo general se la considera como meramente “inspirativa”, sobre todo por la forma tan general en que está redactada. Con frecuencia se cree que esa obligación debe leerse junto con una de las normas más concretas enunciadas en los párrafos siguientes a fin de darle peso jurídico. Sin embargo, la conexión directa que existe entre el primer párrafo del artículo 57 y las obligaciones enunciadas en el párrafo que sigue no alcanza para privar al párrafo 1 de su efecto jurídico independiente. Similitud no significa identidad, y el párrafo 1 del artículo 57 no debe entenderse sólo como una cláusula estándar que refleja un objetivo general de naturaleza “inspirativa”.

El examen minucioso de la redacción del artículo 57 demuestra que el alcance de la obligación establecida en el párrafo 1 es más amplio que el de las obligaciones que siguen. Como afirma expresamente en su primera oración, el párrafo 2 se aplica exclusivamente en caso de “ataque”⁹, es decir un acto de violencia contra el enemigo. El primer párrafo se aplica, más ampliamente, a las “operaciones militares”, lo que abarca movimientos de tropas, maniobras y otras actividades de despliegue o de retirada realizadas por las fuerzas armadas antes de los combates reales¹⁰. Ese ámbito de aplicación más amplio implica, lógicamente, que la disposición por sí misma puede dar lugar a obligaciones jurídicas concretas.

La obligación de verificar la naturaleza militar del objetivo por atacar y de evaluar los daños incidentales

La obligación establecida en el artículo 57 (2) (a) (i) se halla en la intersección de la eficacia militar y los imperativos humanitarios. Al exigir que todos los que planifican o deciden un ataque hagan todo lo factible para verificar la naturaleza del objetivo, esta disposición apunta a garantizar que las operaciones se dirijan estrictamente contra objetivos militares y, por ende, contribuye a preservar la inmunidad de la población civil y de los bienes de carácter civil. Por lo tanto, la obligación de verificar la naturaleza de un objetivo es una ramificación vital del principio de distinción. A la luz de éste, y contrariamente a lo que se sostuvo durante las negociaciones del Protocolo adicional I, es incorrecto afirmar que ésa sea una disposición innovadora¹¹ y que resulta del desarrollo paulatino de una

9 Este razonamiento es aplicable por analogía al tercer párrafo, que sólo puede comprenderse en el contexto de un ataque.

10 “Por ‘operaciones militares’ deben entenderse los desplazamientos, maniobras y acciones de toda índole, efectuadas por las fuerzas armadas con miras a los combates”, *Comentario del Protocolo adicional I* (p. 949, apdo. 2191). Esa opinión podría contradecirse por el hecho de que liberaría al artículo 57 del contexto estricto de las precauciones en el ataque, lo que, tal como se explicita en el título, es su único objeto. Pero esta crítica en modo alguno atenúa el hecho de que el primer párrafo está expresamente destinado a establecer un vínculo entre distinción y precauciones.

11 V., al respecto, el *Comentario del CICR del Protocolo adicional I*, que respalda la opinión de que ese requisito de identificación es “nuevo” (p. 950, apdo. 2194).

nueva norma. Por el contrario, esa disposición es, claramente, una codificación del derecho existente.

La obligación de verificar la naturaleza del objetivo por atacar obviamente requiere que se preste suma atención a recabar, evaluar y hacer circular la información sobre los objetivos potenciales¹². Esas actividades dependen de la disponibilidad y la calidad de los recursos técnicos de los beligerantes. En realidad, la obligación impuesta por el párrafo 2 (a) (i) del artículo 57 no puede interpretarse como una obligación de las partes en un conflicto de disponer de medios de reconocimiento modernos y altamente sofisticados. Sin embargo, exige que se utilicen de manera sistemática los medios más eficaces y razonablemente disponibles para obtener la información más confiable posible antes de un ataque. Por lo tanto, sólo puede lanzarse un ataque cuando un comandante está convencido, sobre la base de toda la información con la que cuenta, de que el objetivo es de naturaleza militar.

En otras palabras, si bien la disposición de ninguna manera impone una obligación de resultado¹³, establece que, en caso de duda, debe obtenerse información adicional antes de iniciar un ataque¹⁴. Esta disposición significa, ante todo, que un bombardeo efectuado sobre la base de la mera suposición de que el objetivo es de naturaleza militar equivale *ipso facto* a una violación del principio de distinción¹⁵. Por ejemplo, se ha informado que, en 2003, en el contexto de la guerra en Irak, Estados Unidos admitió haber lanzado ataques contra personalidades de alto rango de la parte adversa sin tener un firme conocimiento de la identidad de los objetivos. Las fuerzas armadas estadounidenses justificaron su decisión de atacar sobre la base de las pruebas que establecían, con relativa certeza, que un líder político o militar de alto rango se encontraba en determinado edificio. Esa postura parece difícil de reconciliar con el requisito fundamental de distinción: si se dirige un ataque contra un individuo en particular, la identificación de ese individuo como un objetivo militar legítimo sólo puede efectuarse razonablemente con un

12 Conforme al art. 57 (2) (a) (i), esa verificación debe realizarse cuando se planifica o decide un ataque. Sin embargo, si ha transcurrido un período de tiempo entre la planificación y la decisión de atacar, existe una obligación de actualizar la información para verificar que ninguna circunstancia ha cambiado la naturaleza del objetivo (Jorge J. Urbina, *Derecho internacional humanitario*, La Coruña, 2000, p. 241).

13 Como señaló Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004: “Es indudable que no se puede tener certezas absolutas en el proceso de evaluar el carácter militar de un objetivo elegido para un ataque, pero existe la obligación de actuar con la debida diligencia y de buena fe” (p. 126).

14 *Comentario del Protocolo adicional I* (p. 950, apdo. 2195). Cabe señalar que esta obligación debe interpretarse junto con las disposiciones relativas a la presunción del carácter civil en caso de duda, que figuran en los arts. 50 (1) y 52 (3) del Protocolo adicional I.

15 Se ha afirmado que esa conducta podría equipararse a un crimen de guerra, dado que la falta de información en esos casos no puede considerarse como una circunstancia eximente (Stefan Oeter, “Methods and means of combat”, en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 457).

conocimiento preciso del nombre y la función de la persona por atacar¹⁶.

Por lo demás, la información que debe reunirse antes de lanzar un ataque no debe referirse sólo a la naturaleza del objetivo. Deben recabarse muchos otros detalles, en particular acerca del entorno inmediato del objetivo, a fin de tener un panorama claro de las condiciones que darían lugar a la obligación de aplicar el principio de proporcionalidad. La principal dificultad al respecto está dada, sin duda, por los “objetivos emergentes”, para los cuales no ha sido posible planificación alguna y que, por su aparición súbita, hacen necesario atacar en un período de tiempo muy corto, sin que sea posible seguir procedimientos complicados. En esas circunstancias, determinar la naturaleza militar del objetivo y las posibles bajas y daños incidentales exigirá un análisis acelerado sobre la base de criterios previamente determinados¹⁷. Sin embargo, el problema sigue siendo que esos procedimientos rápidos deben dejar lugar para tomar medidas de precaución prácticas. En el contexto del conflicto en Irak en 2003, se afirmó que el proceso de evaluar los daños incidentales por lo general funcionó bastante bien en relación con los objetivos predeterminados, si bien no puede decirse lo mismo cuando el proceso se aplicó a objetivos emergentes. En este último caso, no hubo tiempo para realizar evaluaciones suficientemente precisas, lo cual resultó, por lo general, en bombardeos desproporcionados¹⁸.

Estos ejemplos demuestran que identificar el objetivo —sobre todo cuando está a cierta distancia— y evaluar los daños incidentales son operaciones complejas que exigen contar con una amplia red de competencias complementarias. En la amplia mayoría de los casos, quienes planifican o deciden un ataque basan sus decisiones en informaciones indirectas provistas por los servicios de inteligencia o de reconocimiento (humano, aéreo, satelital, u otro). Esta cadena de toma de decisiones conlleva tantos niveles de responsabilidad como eslabones en la cadena. Por ejemplo, los servicios de inteligencia serán responsabilizados si la información que proporcionan no es confiable o induce a errores. Si bien no

16 Human Rights Watch, “Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq”, Nueva York, 2003, pp. 23 y 38. Por otra parte, para ubicar a los líderes del enemigo, Estados Unidos utilizó tecnología satelital para rastrear teléfonos. Se han manifestado dudas acerca de la fiabilidad de esos procedimientos de identificación: el rastreo de un teléfono móvil no conduce necesariamente a la ubicación de su propietario, que podría haber cambiado de teléfono antes del ataque. Esas dudas también fueron alimentadas por el silencio de los militares estadounidenses con respecto a los métodos utilizados para verificar que la persona que estaba utilizando el teléfono era realmente el objetivo que se deseaba atacar. Sin embargo, es posible que se haya confeccionado una base de datos para verificar que la voz del usuario coincidiera con la del objetivo. Por otra parte, se informó que se utilizaron informantes humanos para confirmar o invalidar los datos electrónicos. Si hubieran sido confiables, estas técnicas habrían reunido los requisitos de verificación; sin embargo, no parece que se haya procedido de esa manera (ibíd., p. 25).

17 Según Human Rights Watch (ibíd., p. 20), la práctica de Estados Unidos durante las operaciones en Irak (2003) revela la existencia de dos enfoques según las circunstancias: cuando las fuerzas armadas tienen tiempo para realizar un estudio del objetivo, se aplica un procedimiento cuidadoso. Por otro lado, cuando el ataque debe efectuarse muy rápidamente, se aplican procedimientos especiales.

18 Ibid., p. 20.

puede esperarse que los responsables de la planificación y de tomar decisiones tengan conocimiento personal del objetivo por atacar, sí serán responsabilizados si, sobre la base de inteligencia confiable, toman una decisión incorrecta por incompetencia, negligencia o mala fe.

Por último, ha de observarse que los esfuerzos del atacante para obtener información creíble se verán obstaculizados por las estratagemas desplegadas por el enemigo para que los ataques se dirijan contra objetivos falsos o para confundir a los servicios de inteligencia de la parte adversa. Un ejemplo famoso de esas estratagemas fue el empleo de señuelos por la República Federativa de Yugoslavia (RFY) durante los bombardeos de la OTAN en 1999. Esos métodos de engaño sobre la naturaleza del objetivo son lícitos en la medida en que no induzcan al atacante a dirigir las operaciones militares contra personas civiles o bienes de carácter civil, creyendo sinceramente que se trata de objetivos militares¹⁹.

La obligación de elegir medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible las bajas entre la población civil y los daños a los bienes de carácter civil

La obligación de elegir medios y métodos de ataque que permitan evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de víctimas entre la población civil y los daños a los bienes de carácter civil también goza de amplio apoyo en la práctica diplomática²⁰. Una vez más, la principal dificultad es la delimitación de las consecuencias prácticas de esta obligación. Un comentario del Protocolo adicional I redujo esta obligación al deber de mejorar, en la medida de lo posible, la precisión de los bombardeos contra objetivos militares ubicados en áreas densamente pobladas²¹. Esa interpretación parece demasiado restrictiva. En primer lugar, la idea de que el ámbito *ratione loci* de la obligación se limita a las áreas densamente pobladas no tiene respaldo en el texto del Protocolo adicional ni en los trabajos preparatorios que llevaron a su aprobación. En segundo lugar, sólo se requiere un mínimo de imaginación para dar a esta disposición un alcance mucho más amplio que la obligación de mejorar la precisión de los bombardeos. Esto puede ilustrarse con ejemplos específicos de métodos de ataque.

19 Por ejemplo, durante la II Guerra Mundial, las fuerzas británicas –que ejercieron un completo control del sistema de espionaje alemán desplegado en su territorio– enviaron informes falsos que llevaron a la fuerza aérea alemana a bombardear áreas urbanas británicas pobladas por civiles, con la convicción de que en realidad eran objetivos militares. V. Burrus Carnahan, “The law of air bombardment in its historical context”, *Air Force Law Review*, vol. 17 (2) (1975), p. 60. Para algunos autores, esto constituiría una violación del art. 51 (7) del Protocolo adicional I (Michael Bothe et al., *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1982, p. 363, párr. 2.5).

20 Para un análisis de esa práctica, v. Henckaerts y Doswald-Beck, nota 8 supra, vol. II (Practice), Parte 1, pp. 374-384.

21 “La obligación que figura en el párrafo 2 (a) (iii) de todas las precauciones factibles en la elección de los medios y los métodos de ataque que permitan evitar o reducir al mínimo las bajas incidentales entre los civiles y los daños incidentales a los bienes de carácter civil es una recomendación de mejorar lo máximo posible la precisión en la conducción de los bombardeos de los objetivos militares ubicados en áreas pobladas” (Bothe et al., nota 19 supra, p. 364, párr. 2.6). Traducción del CICR.

En primer lugar, esta disposición puede servir para imponer restricciones acerca del momento en que se efectúa un ataque. Al respecto, el Comentario del CICR del Protocolo adicional I se refiere a las medidas de precaución tomadas por los aliados en la II Guerra Mundial durante el bombardeo de fábricas ubicadas en territorios ocupados por tropas alemanas. Esos bombardeos se efectuaron en días y horarios en que las fábricas estaban desocupadas, pues la finalidad era destruir las fábricas y no matar a los obreros que trabajaban allí²². Si bien cabe señalar que estas medidas estaban más motivadas por el deseo de evitar bajas y daños a los compatriotas que por el de conferir una protección general a la población civil²³, este ejemplo ofrece una ilustración perfecta del tipo de precaución que exige el artículo 57 (2) (a) (ii). En otras palabras, la obligación de emplear métodos de ataque que permitan preservar a la población civil y los bienes de carácter civil —en cualquier zona de ataque, es decir incluso en el territorio enemigo— exige que el momento del ataque se elija con miras a limitar los daños incidentales. Un ejemplo más reciente es el de las fuerzas armadas estadounidenses que, en 2003, bombardearon áreas urbanas en repetidas ocasiones durante las operaciones contra Irak, pero decidieron reducir lo máximo posible el número de muertos y heridos entre la población civil tratando de efectuar los ataques por las noches, en la medida de lo posible, cuando la población ya no circulaba por las calles²⁴.

Esta obligación también puede servir para imponer restricciones sobre la ubicación de un ataque, al exigir que, cuando las circunstancias lo permitan, las partes eviten atacar áreas densamente pobladas si es probable que el ataque cause numerosas bajas civiles. Esta es una de las razones por las que las fuerzas de la coalición abandonaron la idea de un ataque anfíbio contra la ciudad de Kuwait en la guerra del Golfo en 1991. El Informe del Departamento de Defensa al Congreso explicó que ese ataque habría obligado a la coalición a combatir en un entorno urbano, es decir que daría lugar a “una forma de combate muy costosa para el atacante, el defensor, la población civil inocente y los bienes de carácter civil”²⁵. En cambio, las fuerzas de la coalición decidieron dar la opción a las fuerzas armadas iraquíes de retirarse de la ciudad de Kuwait a fin de combatir en zonas desiertas al norte de la capital. Esa medida de precaución es relevante cuando se decide qué sitios deberían ser atacados y qué zonas deberían utilizarse para avanzar o posicionar a las fuerzas armadas.

Además, la obligación de elegir métodos de ataque para evitar o reducir al mínimo el número de muertos y heridos entre la población civil o los daños a los bienes de carácter civil también impone prudencia al elegir el ángulo de ataque²⁶. Un ejemplo muy concreto: durante la guerra del Golfo, en 1991, se advirtió a los

22 *Comentario del Protocolo adicional I* (p. 953, apdo. 2200).

23 Es significativo que no se hayan tomado esas precauciones fuera de las zonas ocupadas.

24 Human Rights Watch, nota 16 *supra*, p. 17.

25 V. “Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War”, ILM, 1992 (3), p. 622.

26 Human Rights Watch, nota 16 *supra*, p. 17. Este ejemplo aparece explícitamente en el manual militar australiano, *Australian Defence Force Manual on the Law of Armed Conflict*, ADFP 37 (1994), párr. 552.

pilotos que atacaran los puentes en áreas urbanas siguiendo un eje longitudinal. Esta medida fue tomada con la esperanza de que las bombas que no alcanzaban su objetivo —porque eran lanzadas demasiado tarde o demasiado temprano— cayeran en el río y no en viviendas de civiles²⁷. Este ejemplo es uno de los muchos casos en que la norma se ha aplicado.

En cuanto a los medios de combate más específicamente, la cuestión principal que plantea el artículo 57 (2) (a) (ii) se refiere a la obligación de los beligerantes de emplear las armas más precisas a su disposición (en particular, municiones guiadas con precisión) cuando se dirigen ataques que pueden causar bajas o daños incidentales. En general, la doctrina jurídica tiende a apoyar la ausencia de esta obligación, pues generalmente se considera que la elección de armas se deja a discreción de la parte beligerante, conforme a sus intereses militares particulares y a las circunstancias de cada operación. Por ejemplo, Danielle Infeld observa:

“En el derecho de la guerra se definen los objetivos legítimos, pero no se regula el tipo de arma que debe emplearse cuando se atacan objetivos específicos. No existe ningún concepto en el derecho de la guerra que establezca que, cuando se atacan objetivos específicos, se deben emplear los medios más discriminatorios. El derecho aplicable sólo establece que debe buscarse un equilibrio entre la necesidad militar y los sufrimientos innecesarios para respetar el concepto de proporcionalidad.”²⁸

Sin embargo, este razonamiento parece limitar el tema de las normas sobre la elección de las armas a un simple análisis de la proporcionalidad. En algunas circunstancias, el artículo 57 (2) (a) (ii) cumple un papel significativo al requerir que la parte atacante tome todas las precauciones posibles en la práctica, cuando elige los medios de ataque, a fin de evitar o, al menos, reducir lo máximo posible el número de muertos y heridos.

Se han esgrimido varios argumentos para contradecir esta conclusión. En primer lugar, una obligación de emplear los medios de ataque más precisos

27 Este ejemplo es particularmente interesante ya que ese ángulo de ataque también significa que el daño se provocaría en la mitad del puente y, por lo tanto, sería más fácil repararlo (Michael W. Lewis, “The law of aerial bombardment in the 1991 Gulf War”, *AJIL*, vol. 97 (2003), p. 501).

28 Danielle L. Infeld, “Precision-guided munitions demonstrated their pinpoint accuracy in Desert Storm; but is a country obligated to use precision technology to minimize collateral civilian injury and damage?”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 26 (1) (1992), pp. 134-135. Este razonamiento también se halla —aunque de manera más matizada— en el manual militar australiano, nota 26 *supra*: “La existencia de armas guiadas con precisión [...] en una reserva militar no significa que deban emplearse necesariamente de preferencia a las armas convencionales, aunque éstas puedan causar daños incidentales. En muchos casos, las armas convencionales pueden utilizarse para bombardear objetivos militares legítimos sin violar las normas del derecho de los conflictos armados. Corresponde a los mandos militares decidir qué armas deben emplearse; esa decisión se basará en los principios fundamentales del derecho de los conflictos armados; necesidad militar, sufrimientos innecesarios y proporcionalidad” (apdo. 834). Traducción del CICR.

conllevaría diferentes estándares de protección en función de la sofisticación tecnológica del armamento de cada parte. Esto, a su vez, contradiría el principio clásico de DIH acerca de la igualdad de los beligerantes²⁹. Este argumento no es del todo convincente: como ya se ha observado, uno de los principales propósitos del DIH es proteger a la población civil y a los bienes de carácter civil, en la medida de lo posible, contra los efectos de las hostilidades. Y “sugerir que una parte con la capacidad tecnológica de realizar los ataques con sumo cuidado no necesita hacerlo porque su adversario no cuenta con esa capacidad contradice esos propósitos”³⁰. En todo caso, la obligación de tomar precauciones en el ataque “cuando sea factible” reconoce que la licitud de un ataque será juzgada de conformidad con los estándares relativos, que dependen, en lo esencial, del desarrollo económico y tecnológico de cada parte en el conflicto³¹.

Se ha sostenido, asimismo, que imponer una obligación de emplear las armas más precisas posibles tendría el efecto perverso de disminuir el desarrollo de sistemas de armas sofisticados y costosos. Al evitar el desarrollo de sistemas avanzados, una parte podría emplear lícitamente armas menos precisas y mucho más económicas, lo que implicaría disminuir los estándares de precisión cuando se aplica el principio de proporcionalidad. Este argumento, que carece de toda dimensión jurídica, no cuenta con respaldo suficiente. Las ventajas de emplear armas de mayor precisión no son estrictamente humanitarias; en realidad, los beneficios son, ante todo, militares. Por lo tanto, ninguna obligación de emplear los medios de ataque más precisos permitirá eliminar los intereses militares que impulsan los programas de investigación y desarrollo sobre municiones de precisión.

En conclusión, en el estado actual del DIH, los Estados no tienen la obligación jurídica de comprar las armas más precisas disponibles en el mercado, aunque tengan los recursos financieros para hacerlo³². Sin embargo, el derecho de los conflictos armados exige que esos sistemas se empleen tan pronto como formen parte del arsenal de un Estado y su uso sea posible en la práctica.

29 “Parece ilógico suponer que los pocos Estados que cuentan con armas de precisión, como Estados Unidos, Gran Bretaña y, en menor medida, Rusia, debería tener estándares jurídicos más altos”; Nathan A. Canestaro, “Legal and Policy Constraints on the Conduct of Aerial Precision Warfare”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 37 (2004), p. 465. Para Yoram Dinstein, “esa postura introduciría sesgos discriminatorios inadmisibles sea a favor o en contra de los Estados beligerantes más desarrollados y mejor equipados con municiones costosas, de última tecnología” (nota 13 *supra*, p. 126). Traducción del CICR.

30 Michael n. Schmitt, “The Impact of High and Low-Tech Warfare on the Principle of Distinction”, Briefing Paper, noviembre de 2003, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, p. 10.

31 Eric Jaworski, “‘Military Necessity’ and ‘Civilian Immunity’: Where is the Balance?”, *Chinese Journal of International Law*, (1) (2003), p. 201. El autor observa que la aplicación de estándares relativos no se limita al ámbito del derecho internacional humanitario; otras áreas del derecho internacional (en particular, el derecho del medio ambiente) también aplican diferentes estándares en función de los medios respectivos de las partes contratantes.

32 Schmitt, nota 30 *supra*, p. 10. Este autor contempla una manera de determinar la obligación del Estado de poseer armas guiadas con precisión según un porcentaje de su PBI o de su presupuesto de defensa. El autor añade que probablemente los Estados no estén dispuestos a aceptar una obligación jurídica que limitaría su discreción para asignar sus propios presupuestos.

La obligación de cancelar o suspender un ataque si es evidente que violaría el principio de proporcionalidad, que el objetivo no es un objetivo militar o que el objetivo goza de protección especial

Esta disposición puede parecer, con razón, completamente redundante: tanto la prohibición de los ataques directos contra personas civiles o bienes de carácter civil y la obligación de conducir las operaciones militares con el cuidado constante de preservar a la población civil y a los bienes de carácter civil están expresamente establecidas en otros tratados. Por ello, resulta muy obvio afirmar que un ataque debe ser cancelado o suspendido si el objetivo inicialmente seleccionado no puede considerarse un objetivo militar o si es probable que el ataque viole el principio de proporcionalidad. Sin embargo, el hecho de formular expresamente esta obligación tiene cierto valor, sobre todo en el contexto de la guerra moderna, que con frecuencia fracasa porque las autoridades que deciden o planifican los ataques no son quienes los llevan a cabo. Esta norma confirma, en caso de duda, que el estándar de conducta exigido se aplica a todos los niveles operacionales³³.

En algunos casos, si se llega a saber que se cometió un error en los planes iniciales, como ocurrió en la Operación Fuerza Aliada de la OTAN contra la RFY. El 14 de abril de 1999, tras haber efectuado una serie de ataques contra un convoy de vehículos presuntamente militares, los responsables de la planificación del ataque comenzaron a dudar acerca de si el convoy era militar. Por ello, las fuerzas de la OTAN decidieron enviar aeronaves más lentas y estables para verificar si los objetivos eran militares. La operación se suspendió por más de veinte minutos y, con la información de que el convoy estaba formado por vehículos civiles y militares, se cancelaron todos los ataques y la OTAN retiró sus aviones³⁴.

Debe interpretarse, ante todo, que esta disposición impone una obligación especial y personal a todos los miembros de las fuerzas armadas de cancelar o suspender un ataque cuando, en el transcurso de la operación, obtienen información que no estaba disponible en la etapa de planificación. Si la tripulación de una aeronave que está cumpliendo una orden de destruir lo que se supone es un centro de comando y control, luego descubre que el objetivo seleccionado ostenta un emblema de protección³⁵, tendrá entonces la obligación de suspender las operaciones, informar sobre sus observaciones a sus superiores y pedir la confirmación de la naturaleza del objetivo

33 El Comentario del CICR sobre esta disposición comienza afirmando la aplicabilidad de la norma a quienes planifican o deciden un ataque, pero también –y sobre todo– a quienes lo ejecutan. (*Comentario del Protocolo adicional I*, p. 958, apdo. 2220). V. también el manual *Derecho al objetivo*, CICR, Ginebra, 1999, donde se hace hincapié en esta precaución en el ataque porque se aplica no sólo a las autoridades que planifican un ataque, sino también a quienes lo ejecutan (apdo. 1103.1c).

34 Anthony P. V. Rogers, “Zero-casualty warfare”, *International Review of the Red Cross*, marzo de 2000, pp. 174-175. En ese contexto, debe señalarse que los responsables de planificar los ataques que dudaron acerca de la naturaleza exacta del objetivo actuaron debidamente. Sin embargo, ello de ninguna manera excluye su responsabilidad por el hecho de que esas dudas deberían haber surgido antes de que se ejecutaran los ataques.

35 Por ejemplo, la cruz roja, la media luna roja, o un emblema que designa un bien cultural, una obra o una instalación que contiene fuerzas peligrosas, etc.

antes de proceder al bombardeo. Si la tripulación no recibe información adicional que confirme la naturaleza militar del objetivo, el ataque debe suspenderse³⁶.

Obviamente, los ataques por lo general se suspenderán o cancelarán antes de lanzar la primera bomba. Sin embargo, en la guerra moderna, y sobre todo cuando se emplean armas de precisión guiadas por láser, hay situaciones en que esa norma puede aplicarse incluso después de haber lanzado las municiones. Por ejemplo, en una conferencia de prensa de la OTAN realizada el 18 de abril de 1999, se narraron los hechos siguientes. Un piloto que debía conducir una operación aérea contra un radar enemigo observó, después de haber iniciado el ataque, que el sitio atacado estaba cerca de una iglesia. A fin de evitar dañar la iglesia, el piloto decidió desviar su arma del objetivo y dejarla explotar en un bosque, donde no causaría mayores daños³⁷.

De modo que, a fin de respetar el principio de distinción, los combatientes que conducen operaciones en el terreno y que, por la índole de sus actividades, cuentan con información de primera mano, deben tomar esas precauciones. La precisión con que está redactada esta obligación implica que las instrucciones que se imparten antes de un ataque nunca pueden ser definitivas: un soldado no puede evitar la responsabilidad por actos cometidos en violación de la ley diciendo, simplemente, que estaba cumpliendo órdenes.

Esta norma es mucho más difícil de aplicar cuando se evalúa la proporcionalidad de un ataque. Se ha señalado que, en una operación concertada o coordinada, no es posible pedir a cada conductor de tanque o piloto que mida la ventaja militar directa y concreta que se prevé del ataque, en relación con las víctimas y los daños incidentales que podría causar. En primer lugar, una operación militar de esa escala exige disciplina y rapidez, y no se puede permitir que un escuadrón aéreo o de tanques operen de manera desorganizada o suspendan el ataque en forma temporaria para analizar la aplicación práctica de la norma. Además, en esas circunstancias, la proporcionalidad debe evaluarse en función del ataque en su conjunto. Si, a fin de impedir que el ejército enemigo avance, los responsables de la planificación deciden destruir todos los puentes que atraviesan un río, es obvio que sólo se puede lograr una ventaja militar significativa si se destruye la totalidad de la infraestructura. Por lo tanto, si bien cada conductor o piloto puede considerar que su propia acción es desproporcionada, la operación en su conjunto puede cumplir el requisito de proporcionalidad. Se ha sostenido, sobre la base del artículo 85 (3) del Protocolo adicional I, que la responsabilidad penal en ese tipo de situación recaería solamente en las personas que hayan dado las órdenes y no en quienes las hayan ejecutado³⁸. En otras palabras, la existencia de órdenes de un superior eximiría a la persona que ha causado los daños en forma directa.

Si bien puede parecer que estas observaciones siguen la lógica más estricta, pueden inducir a una interpretación errónea del derecho. No alcanza con afirmar

36 Este ejemplo se cita en el manual militar australiano como una ilustración perfecta de las situaciones de guerra aérea en que debería aplicarse esta disposición, nota 26 *supra*, párr. 832.

37 Este ejemplo fue tomado de Rogers, nota 34 *supra*, p. 172 (n. 25).

38 Bothe *et al.*, nota 19 *supra*, pp. 366-367, párr. 2.8.1.3.

que quienes ejecutan un ataque deben suponer que los responsables de planificarlo y decidirlo han evaluado la situación correctamente y que todo lo que se exige de ellos es que sigan fielmente las instrucciones que han recibido. El artículo 57 (2) (b) se basa en la premisa de que puede haberse cometido un error en cuanto a la naturaleza del objetivo, o que se puede haber obtenido nueva información que cambia radicalmente la evaluación de la naturaleza del objetivo. En ese caso, el hecho de imponer una obligación estricta a un conductor o un piloto de obedecer las órdenes de sus superiores sería contrario a la letra y al espíritu de esa disposición. Retomando el ejemplo mencionado anteriormente, si antes de lanzar un primer ataque contra un puente, el conductor de un tanque observa que una multitud de civiles se ha refugiado debajo del puente por atacar, el conductor no puede suponer que los responsables de planificar el ataque han considerado debidamente el principio de proporcionalidad y llevar adelante su misión con total ceguera e impunidad. Debe, por lo menos, suspender el ataque para permitir la evacuación de los civiles o pedir la confirmación de las órdenes que ha recibido, a la luz de las nuevas circunstancias.

La obligación de elegir el objetivo militar que presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil

El artículo 8 (a) (2) del Proyecto de Normas de Nueva Delhi, de 1956, ya establecía que, cuando la ventaja militar que se pretende lograr permite elegir entre varios objetivos, el responsable de ordenar o de iniciar un ataque debe elegir el objetivo que presente menos peligro para la población civil. Parecería que los autores del Proyecto de Normas otorgaron menos importancia a esa disposición, ya que la consideraron una recomendación y no una obligación estricta. Es cierto que los objetivos alternativos de ataque son todos objetivos militares cuya destrucción es lícita *a priori*, y que la posibilidad de obtener una ventaja militar idéntica destruyendo cualquiera de esos objetivos puede no ser realista³⁹. Sin embargo, se introdujo una obligación, expresada de modo similar, en el artículo 57 (3) del Protocolo adicional I, que amplía el ámbito de la disposición de 1956 a los bienes de carácter civil. Por lo tanto, esa norma, que también aparece en numerosos manuales militares⁴⁰, constituye una obligación jurídica vinculante.

En general, debe elejirse entre la infraestructura y las líneas de comunicación del enemigo. Por ejemplo, si tiene que elegir entre atacar directamente una central telefónica o las líneas de transmisión del enemigo ubicadas en lugares vitales pero lejanos a los centros urbanos, el atacante estaría obligado a elegir este último objetivo si es posible obtener una ventaja militar similar en cada caso. Como los sistemas de comunicación modernos evitan cada vez más transmitir desde un punto central y comienzan a reducir su vulnerabilidad descentralizando sus redes, la obligación de elegir entre objetivos militares probablemente cobre más importancia en el futuro. Por

39 Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra*, CICR, Ginebra, 2002, p. 128.

40 Puede hallarse una lista de los manuales militares que incluyen esa obligación (y otros elementos de la práctica) en Henckaerts y Doswald-Beck, nota 8 supra, vol. II (Practice), Part I, pp. 413-414.

lo tanto, será menos pertinente invocar la necesidad militar para justificar el bombardeo de un punto en un centro urbano cuya destrucción paralizaría todo el sistema⁴¹.

La obligación de dar aviso con la debida antelación de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil

La obligación de dar aviso con la debida antelación de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil es un requisito antiguo que se halla en las más tempranas codificaciones del derecho que rige la conducción de las hostilidades. El artículo 19 del Código de Lieber exige que los jefes militares informen al enemigo “de su intención de bombardear un lugar, de modo que los no combatientes y, sobre todo, las mujeres y los niños, puedan ser evacuados antes de que comience el bombardeo”. Los instrumentos jurídicos aprobados después del Código de Lieber y hasta el comienzo del siglo veinte han remitido sistemáticamente a esa precaución⁴². Sin duda, su aplicación creó pocas dificultades en el pasado, ya que el único bombardeo que podría tener efectos graves en la población civil era el ataque con artillería, por lo general en casos de localidades sitiadas. En esos contextos, era fácil imaginar que las tropas atacantes dieran aviso con la debida antelación, ya que el elemento de sorpresa no cumplía ninguna función en el ataque. Las autoridades de la zona sitiada no tenían medios prácticos de proteger los objetivos militares que iban a ser objeto de los ataques, por lo tanto el atacante no perdía ninguna ventaja militar al emitir un aviso.

Algunos autores sostienen que el advenimiento de los bombardeos aéreos cambió la situación y que la obligación de dar aviso corresponde a las guerras de otra época⁴³. En realidad, el factor sorpresa se convirtió en una condición primordial de éxito, sobre todo si se tiene en cuenta la eficacia de las defensas modernas contra los ataques aéreos. Sin embargo, la práctica de los Estados refuta la teoría de que esa precaución ha perimido. No sólo ésta ha sido retomada en todas las codificaciones modernas, tanto normativas como académicas⁴⁴, sino que también se

41 Eric David sigue un razonamiento similar cuando sostiene que la torre de radio y televisión serbia no podía ser considerada indispensable para la red de comunicación de la RFY porque había varios centenares de estaciones retransmisoras en el país (“Respect for the principle of distinction in the Kosovo war”, YIHL, vol. 3 (200), pp. 90-91).

42 La Declaración de Bruselas reiteró el requisito de que las partes den aviso con la debida antelación de un ataque contra un lugar protegido, especificando el emisor y el receptor del aviso (art. 16). En realidad, el Código de Lieber se refiere a los jefes militares en general, mientras que la Declaración de Bruselas impone esta obligación de modo más específico al comandante responsable de la fuerza de ataque (sólo él es responsable en caso de violación). Por otra parte, el instrumento especifica que el aviso debe darse a las autoridades del lugar protegido. Luego, éstas son las responsables de tomar las medidas apropiadas. Tanto el Manual de Oxford (art. 33) como el Reglamento anexo al Convenio II de La Haya, de 1899 (art. 26), formulan esta norma de manera casi idéntica a la de la Declaración de Bruselas. El artículo 27 del Reglamento anexo al Convenio IV de La Haya de 1907 reitera esa obligación, aunque su formulación parece limitar el ámbito de aplicación a las localidades sitiadas.

43 Peter Rowe, “Kosovo 1999: “The air campaign – Have the provisions of Additional Protocol I withstood the test?”, IRRC, marzo de 2000, cita, al respecto, a Theodor Meron, *War Crimes Law Comes of Age*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

44 V., por ejemplo, el artículo 8 (c) del Proyecto de Normas de Nueva Delhi (1956). Por otro lado, se aceptó sin debate una reiteración de esta obligación en el artículo 57 del Protocolo adicional I.

hace referencia a ella en muchos manuales militares, incluidos los más recientes⁴⁵. Además, incluso la práctica militar posterior al advenimiento de las operaciones aéreas muestra muchas instancias en que la norma fue aplicada. Por ejemplo, la OTAN dio avisos durante su operación “Fuerza Aliada” en el territorio de la RFY (1999). El argumento de que la sorpresa era un elemento clave para la victoria tenía poco sentido en el contexto de una guerra asimétrica librada por una alianza militar que tenía supremacía total por lo que respecta a las operaciones aéreas, era más o menos inmune a la acción defensiva por parte de la RFY y su finalidad era —sobre todo por razones políticas— evitar bajas civiles⁴⁶.

Si bien la práctica confirma que la obligación de dar aviso sigue siendo una precaución fundamental en el ataque, también pone de manifiesto que esa norma no está redactada de forma categórica. Como hemos explicado, la necesidad militar a veces exige que la norma no se respete, si su respeto equivaldría a eliminar —o, por lo menos, comprometer seriamente— las posibilidades de éxito de la operación militar. Por lo tanto, los textos pertinentes han incluido sistemáticamente una frase que atenúa el efecto de la obligación. El Protocolo adicional I establece que debe darse aviso “salvo que las circunstancias lo impidan”, enfatizando que la obligación de dar aviso sigue vigente a menos que el beligerante pueda invocar circunstancias especiales que justificarían su inobservancia⁴⁷.

A la dificultad de identificar las circunstancias excepcionales previstas en esa disposición se suma la dificultad de determinar la forma y el grado de especificidad que debería adoptar el aviso. El artículo 57 (2) (c) del Protocolo adicional I, que establece que debe darse aviso “por medios eficaces”, no ofrece una respuesta precisa a la cuestión crucial del grado de detalle requerido para que el aviso sea conforme al DIH⁴⁸. Al respecto, la Comisión de Investigación sobre Líbano, establecida en virtud de la Resolución S-2/1 del Consejo de Derechos Humanos, observó, en su informe del 10 de noviembre de 2006, que “si una fuerza militar realmente se propone avisar a la población civil que debe ser evacuada debido a peligros inminentes, debería considerar cómo prevé que la población civil debería ejecutar esa orden y no sólo arrojar mensajes en papel desde un avión”⁴⁹.

45 Para una lista de los manuales militares y otros elementos de la práctica estatal diplomática y militar, v. Henckaerts y Doswald-Beck, nota 8 *supra*, vol. II (Practice), Parte I, pp. 400-413.

46 Rowe, nota 43 *supra*, p. 154.

47 La frase empleada en el Protocolo adicional I fue retomada en el art. 5 (2) del Protocolo II de la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales, así como en el Protocolo enmendado el 3 de mayo de 1996 (v. art. 3 (11) sobre las restricciones generales al empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, y el art. 6 (4), que se refiere más específicamente a minas lanzadas a distancia).

48 “No es fácil determinar qué tipo de aviso constituiría un aviso eficaz; tampoco se dice claramente qué tan específico y directo debe ser el aviso” (Dinstein, nota 13 *supra*, p. 128). Sin embargo, las fuerzas armadas deben dar prueba de un mínimo de sentido común (o buena fe); como se observa en el manual *Derecho al objetivo*, nota 33 *supra*, apdo. 1110.2: “Una transmisión en lenguaje que la población no entienda sería ineficaz, como lo sería, asimismo, un aviso a las autoridades que estén a cientos de kilómetros de un lugar que haya sido aislado, o el aviso cuyos términos sean tan vagos que resulte inútil”.

49 Informe de la Comisión de Investigación sobre Líbano, establecida conforme a la Resolución del Consejo de Derechos Humanos S-2/1, A/HRC/3/2, 23 de noviembre de 2006, párr. 156, disponible en www.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil7docs/specialsession/A.HRC.3.2.pdf.

Una cuestión esencial es si el requisito puede cumplirse proporcionando tan sólo un aviso “sintético” consistente en una lista de los diversos tipos de infraestructura que se consideran objetivos militares. ¿O debe una parte dar aviso antes de que cualquier ataque específico pueda afectar a la población civil? Es difícil dar una respuesta precisa a esta cuestión. El nivel de precisión necesario dependerá del objetivo general que se persiga; la parte atacante tendrá que garantizar la inmunidad de la población civil y de los bienes de carácter civil, al tiempo que deberá considerar sus propios intereses militares en cada contexto estratégico.

Sin embargo, parece estar claro que el atacante no tiene que emitir múltiples avisos del peligro que corre la población civil asentada en las proximidades de un objetivo militar claramente definido que ha sido declarado como tal. Un aviso redactado en términos generales al inicio de las hostilidades, y luego repetido durante el conflicto, será suficiente para satisfacer tanto la letra como el espíritu de la obligación⁵⁰. En realidad, la práctica muestra que los Estados por lo general cumplen esa obligación dando un aviso general a la población civil a través de mensajes de radio o de folletos. Sin embargo, esto no exime al atacante de dar avisos más detallados siempre que sea posible o necesario. Por ejemplo, cuando el objetivo es una infraestructura esencial para los servicios públicos, donde trabajan civiles en forma casi permanente, el aviso deberá ser más específico, en función de las circunstancias. Obviamente, para una parte en conflicto es imposible aceptar una interrupción de los servicios públicos sólo porque un enemigo ha designado esos servicios como un objetivo militar legítimo. A fin de preservar a la población civil que trabaja en ese sitio, debe emitirse un aviso más preciso tan pronto como sea posible.

Siempre debe darse un aviso claramente formulado, así sea de manera general o específica. Cuando la OTAN atacó la torre de la radio y televisión serbia en Belgrado, aseguró que se había avisado a los periodistas extranjeros que se mantuvieran lejos del sitio. Ese aviso no era suficiente para cumplir el requisito de informar del ataque a las autoridades yugoslavas. Además, las partes deben dar aviso en un plazo de tiempo razonable antes de lanzar el ataque. Si el aviso se da demasiado tarde, la población civil no tendrá tiempo suficiente para alejarse⁵¹. Por supuesto, el aviso tampoco debe darse demasiado temprano, ya que podría inducir a la población a creer que la amenaza ya no es real. Retomando el ejemplo del ataque de la OTAN contra la torre

50 Esto está expresamente reconocido en el *Comentario del Protocolo adicional I* (pp. 686-687, apdos. 2224 y 2225): “Los avisos pueden tener también un carácter general como cuando, por ejemplo, un beligerante da a conocer por radio que va a atacar determinados tipos de instalaciones o fábricas. Puede ser que el aviso enumere los objetivos que serán atacados”. Sin embargo, podrían considerarse otros avisos más precisos, como en el caso de los pilotos en la II Guerra Mundial, que sobrevolaban el objetivo a bajísima altura antes de lanzar el ataque para dar tiempo de alejarse a los civiles. Esas medidas dependen, naturalmente, de si se tiene el control del espacio aéreo y de los medios de defensa existentes.

51 La Comisión de Investigación de Líbano, creada por la Resolución del Consejo de Derechos Humanos S-2/1, afirmó que: “Es importante el momento en que se da aviso. Se informó que, en algunos casos, las Fuerzas de Defensa israelíes arrojaron folletos o dieron avisos por altoparlante sólo dos horas antes del ataque. Una vez que se da aviso, se debe considerar la posibilidad física real de reaccionar” (Informe, nota 49 supra, apdo. 153). Sin embargo, es difícil determinar cuándo es el momento justo de dar aviso, ya que el lapso de tiempo acordado puede dar al enemigo la oportunidad de llevarse también los equipos que se encuentran dentro del objetivo seleccionado. V. Rowe, nota 43 supra, p. 154.

de la radio y televisión serbia, se dio un aviso a las autoridades yugoslavas el 12 de abril de 1999. Sin embargo, cuando se efectuó el ataque, once días después, es decir el 23 de abril, la amenaza ya no era percibida como plausible⁵².

Una última dificultad deriva de la obligación de las partes de dar aviso de un ataque con la debida antelación. Algunos autores se han referido a la posibilidad de que tenga efectos perniciosos. Sloutzky, por ejemplo, se pregunta si dar aviso y otorgar a los civiles el tiempo suficiente para alejarse no podría resultar en que el atacante obtenga una mayor libertad de acción. Más específicamente, el aviso podría tener el efecto de transformar una zona habitada en una verdadera fortaleza con predominancia de personal militar. Esto implicaría que las precauciones para preservar a los civiles que han sido —o deberían haber sido— evacuados podrían ser menos puntillosas que las que deberían tomarse en una zona deshabitada. El mismo autor se pregunta incluso si el hecho de dar aviso no podría tentar al atacante y hacerle ver toda la zona como un objetivo militar, de tal modo de justificar el lanzamiento de un ataque altamente concentrado, similar a un ataque de área⁵³. Lamentablemente, esa posibilidad no es una mera hipótesis teórica. Durante el conflicto en Líbano en 2006, por ejemplo, el Ministro de Defensa israelí declaró que toda persona que se quedara en el sur de Líbano podría ser considerada un “seguidor de Hezbolá”, ya que se había dado tiempo suficiente a la población civil para alejarse de la zona⁵⁴. Esa afirmación es jurídicamente insostenible. La finalidad del aviso es proteger a la población civil, y en modo alguno la parte atacante queda exenta de su obligación de cumplir las demás medidas de precaución. Cualquier otro razonamiento contradiría el principio general de distinción. La Comisión de Investigación sobre Líbano lo confirmó de manera inequívoca:

“Las obligaciones relativas al principio de distinción y la conducción de las hostilidades son aplicables aunque los civiles permanezcan en la zona de operaciones después de que se ha dado aviso de los ataques. El hecho de dar aviso de un ataque no exime a las fuerzas militares de su obligación permanente de tomar todas las precauciones que sean factibles para proteger a los civiles que permanecen en la zona, y a sus bienes.”⁵⁵

52 Es pertinente señalar al respecto, como hace Yoram Dinstein, que, como el único propósito de dar aviso es permitir la evacuación de la población civil, “los avisos no deben ser confusos o engañosos; en ese contexto, las estrategias de guerra no son aceptables” (nota 13 *supra*, p. 128).

53 N. Sloutzky, “Le bombardement aérien des objectifs militaires”, *RGDIP*, vol. 61, 1957 (3), p. 372.

54 Las Fuerzas de Defensa israelíes ya habían recurrido a ese tipo de razonamiento. El 11 de abril de 1996, inmediatamente antes de bombardear el sur de Líbano, las Fuerzas de Defensa israelíes dieron un aviso a la población civil donde decían que toda persona que se quedara en la zona designada después de determinado plazo sería considerada un objetivo de ataque legítimo. Debe observarse que, cuando las Fuerzas de Defensa israelíes vieron que una gran parte de la población había permanecido en el lugar, se abstuvieron de considerar toda la zona como un objetivo militar, y limitaron sus bombardeos a objetivos cuidadosamente seleccionados. Este habría sido el único procedimiento jurídicamente correcto, aunque toda la población civil hubiera sido evacuada.

55 Informe de la Comisión de Investigación sobre Líbano, nota 49 *supra*, apdos. 151 y 158.

La noción de medidas de precaución “factibles”

En el artículo 57, se emplean las expresiones “todo lo que sea factible” o “todas las medidas factibles” como un recordatorio del hecho obvio de que no se puede exigir a las fuerzas armadas que, cuando toman precauciones en el ataque, hagan lo objetivamente imposible, ni tampoco que se conformen con hacer lo que es meramente posible. Aunque esta idea suene muy evidente, su redacción y sus consecuencias prácticas en la conducción de las hostilidades han dado lugar a varios debates. Cuando se firmó el Protocolo adicional I, la delegación británica expuso una interpretación particularmente amplia de la expresión; sostuvo que abarcaba todo lo que era realizable o factible en la práctica, tomando en consideración todas las circunstancias en el momento del ataque, incluidas las que fueran relevantes para el éxito de las operaciones militares. Esta última parte dio lugar a la mayor dificultad: esa interpretación parecía autorizar a los beligerantes a dar preponderancia a sus intereses militares por sobre las necesidades humanitarias⁵⁶. Es interesante observar que, en el momento de la ratificación, el Reino Unido enmendó su declaración para incluir los intereses humanitarios entre las consideraciones militares que han de tenerse en cuenta cuando se desea hacer “todo lo factible”⁵⁷.

La cuestión más difícil que plantea la expresión “factible” es cuando se trata de determinar si, y en qué medida, puede interpretársela como una forma de legitimar los errores. Por ejemplo, algunas informaciones recabadas de buena fe pueden inducir a una parte a creer que determinado objeto es un objetivo militar, cuando en realidad se trata de un bien de carácter civil. O un sistema de lanzamiento de armas podría fallar, desviarse de la trayectoria programada y dar contra objetos que la parte atacante no preveía atacar. La posición de principio en cuanto a este aspecto puede resumirse de la siguiente manera:

“La obligación de tomar medidas de precaución no es absoluta. Es un deber actuar de buena fe para tomar las medidas realizables, y las personas que actúan de buena fe pueden cometer errores.”⁵⁸

Por lo tanto, una evaluación jurídica de una situación dada permitirá establecer una línea clara entre un acto de negligencia que es ilícito con arreglo al derecho internacional y un error cometido a pesar de haber tomado todas las precauciones factibles. El tipo de acción mencionado en primer lugar implicará responsabilidad estatal (que ha de distinguirse de la responsabilidad penal individual), no así el otro tipo mencionado.

56 Comentario del Protocolo adicional I (pp. 952, apdo. 2198).

57 Esta interpretación también fue adoptada por otros Estados (como Bélgica, España e Italia) en el momento de la ratificación y, lo que es más significativo, fue incorporada en el artículo 3 (10) del Protocolo enmendado II de la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales.

58 William J. Fenrick, “Targeting and proportionality during NATO bombing campaign against Yugoslavia”, *EJIL*, vol. 12 (3) (2001), p. 501.

Al respecto, el informe preparado por el Comité designado por el Fiscal del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) para analizar el bombardeo de la RFY por la OTAN subrayó que:

“La determinación de que se han efectuado esfuerzos inadecuados para distinguir entre objetivos militares y bienes de carácter civil no debería concentrarse necesaria y exclusivamente en un incidente. Si las medidas de precaución han sido eficaces en un alto porcentaje de casos, el hecho de que no lo hayan sido en un número menor de casos no significa necesariamente que son inadecuadas en general.”⁵⁹

De todos modos, esta cita no significa que es imposible identificar una violación si una medida de precaución ha sido eficaz en general. Si bien toda medida de precaución ineficaz debería analizarse a la luz de esa aplicación más amplia, el incidente específico también debe ser objeto de examen. Esta cita implica que, cuando una medida de precaución ha provocado muertos y heridos entre la población o daños a bienes de carácter civil, se ha de proceder necesariamente a una modificación de esa medida a fin de evitar que se repitan esos efectos⁶⁰.

Precauciones que debe tomar la parte que es objeto de un ataque

Las partes sujetas a un ataque no podrán abusar de las obligaciones del atacante, tratando de poner a cubierto los objetivos militares o de favorecer u obstaculizar las operaciones. A pesar de que se podría cuestionar “técnicamente” si esa prohibición forma parte de las precauciones (está consagrada en el artículo 51 (7) del Protocolo adicional I y no en las disposiciones relativas a las precauciones), es lógico incluir su contenido en este contexto, dado que es una de las principales obligaciones del defensor para proteger a la población civil. Además de esta prohibición categórica de los escudos humanos, las precauciones factibles contra los efectos de los ataques están establecidas en el artículo 58.

La prohibición categórica de los escudos humanos

La prohibición de utilizar a la población civil, a personas civiles o a bienes de carácter civil para poner un sitio o un área a cubierto de las operaciones militares

59 V. el informe del Comité designado por el Fiscal del TPIY para determinar si se debía hacer una investigación sobre los bombardeos de la RFY efectuados por la OTAN del 24 de marzo al 10 de mayo de 1999, ILM, vol. 39 (5), párr. 29.

60 Robert Cryer, “The fine art of friendship”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 7 (1) (2002), pp. 51-52.

La prohibición de utilizar escudos humanos puede encontrarse ya en tiempos antiguos⁶¹, pero la codificación convencional de esa norma se concretizó mucho más tarde. El artículo 19 del III Convenio de Ginebra de 1949 exige que los beligerantes evacuen a los prisioneros de guerra tan pronto como sea posible después de su captura, hacia campamentos ubicados lo bastante lejos de la zona de combate como para no correr peligro⁶². El artículo 23 del mismo instrumento es más explícito aún, ya que establece que los prisioneros de guerra no deben ser enviados a, o detenidos en, lugares donde queden expuestos al fuego de la zona de combate; tampoco pueden ser utilizados, *a fortiori*, para proteger ciertos puntos o zonas contra los efectos de las operaciones militares. Análogamente, el artículo 28 del IV Convenio de Ginebra de 1949 dispone que la presencia de una persona protegida no debe ser utilizada para proteger ciertos puntos o zonas contra las operaciones militares. Sin embargo, el alcance de cada una de estas importantes disposiciones está necesariamente limitado por los ámbitos de aplicación respectivos. Pero, con la adopción del artículo 51 (7) del Protocolo adicional I, la prohibición de utilizar escudos humanos se extendió finalmente para proteger a toda la población civil, y a todas las personas civiles, en los siguientes términos:

“La presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Las Partes en conflicto no podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares.”⁶³

Esta disposición está inteligentemente redactada: la prohibición abarca tanto los movimientos forzados de los civiles para proteger los objetivos militares de los ataques, como prácticas más “sutiles”. Por ejemplo, el artículo 51 (7) contempla claramente la posibilidad de desplazar a civiles hacia un sitio militar, pero también prevé la posibilidad de ubicar deliberadamente un objetivo militar en medio, o en las proximidades, de una zona civil, por ejemplo colocando una pieza de artillería en el patio de una escuela o en un área residencial. En función de las circunstancias, esta última posibilidad puede dar lugar a una violación de la

61 Los primeros intentos de establecer la responsabilidad penal internacional apuntaron a criminalizar esas prácticas. La prohibición de los escudos humanos se menciona en el informe del 29 de marzo de 1919 realizado por la Comisión que era responsable, *inter alia*, de identificar las violaciones cometidas por las fuerzas del imperio germano y sus aliados (Miguel A. Marin, “The evolution and present status of the laws of war”, RCADI (1957-II), p. 678).

62 La obligación de evacuar tiene una sola excepción: cuando el prisionero no puede ser desplazado debido a, por ejemplo, la gravedad de las heridas. Debe observarse que la protección conferida a los prisioneros de guerra también abarca el período de tiempo entre la captura y la evacuación. Durante ese lapso, no deben ser innecesariamente expuestos a peligros.

63 El Protocolo adicional II no contiene ninguna disposición similar; el art. 5 (2) sólo menciona que los lugares de internamiento y de detención no deben estar ubicados en las proximidades de la zona de combate.

obligación —que examinaremos más adelante— de abstenerse de ubicar objetivos militares en zonas con alta densidad de población, o en las proximidades de éstas. La violación será agravada por la *intención* de utilizar a la población civil como escudo. El artículo 51 (7) también prohíbe el desplazamiento de una población civil o de personas civiles a fin de encubrir operaciones militares. Para decirlo brevemente, esta disposición ha ampliado el ámbito personal de la prohibición para beneficiar a todos los civiles, y el ámbito material, para abarcar un máximo de situaciones⁶⁴. El amplio respaldo que ha recibido esta norma, en la práctica diplomática en particular, sugiere —con escaso riesgo de contradicción— que la prohibición goza de estatuto consuetudinario tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales⁶⁵.

Determinar cómo se ha de reaccionar ante esas conductas ilícitas plantea un desafío jurídico. ¿Qué debería hacer el jefe de la fuerza atacante cuando el adversario decide utilizar escudos humanos para proteger sus objetivos militares? Debe señalarse, en primer lugar, que un ataque contra esos objetivos militares protegidos sería lícito en esas circunstancias. Sostener una posición jurídica contraria significaría permitir una violación del derecho que resultaría en la inmunidad de los objetivos militares. Ello equivaldría a recompensar la violación y, además, alentaría la comisión de nuevas violaciones. Se comprende fácilmente que los Estados nunca tolerarían ese resultado⁶⁶. Por otra parte, esa posición jurídica parece estar en total

64 Como se observa bastante acertadamente en el manual *Derecho al objetivo*, nota 33 *supra*, apdo. 1003.2, la prohibición de utilizar escudos humanos ha de interpretarse en el contexto de una operación militar dada. Por ejemplo, no debe considerarse que un jefe militar utiliza civiles como escudos humanos cuando la zona que tiene que defender es una ciudad o un área residencial bajo estado de sitio y, por lo tanto, sus posibilidades de maniobra son limitadas.

65 Numerosos manuales militares contienen disposiciones similares a la que figura en el Protocolo adicional I; v. Henckaerts y Doswald-Beck, nota 8 *supra*, vol. II (Practice), Parte 2, pp. 2285-2302. Por otra parte, el Estatuto de Roma incluye el uso de escudos humanos en su lista de los crímenes de guerra tipificados en el art. 8 (29 (b) (xxiii)). Lamentablemente, el Estatuto no contiene una disposición paralela que sea aplicable en conflictos armados no internacionales. Si bien ello de ninguna manera impide que la prohibición sea aplicable en conflictos armados no internacionales, deja pendiente la cuestión de la criminalización del uso de escudos humanos en esos contextos.

66 Sin embargo, se han expresado opiniones contrarias, algunas de ellas hace mucho tiempo. Por ejemplo, Ibn Khalil, un jurista de África del Norte del siglo XII, sostenía que “se debería permitir al enemigo hacer una fortaleza de mujeres y niños, a menos que sea demasiado peligroso” (citado por Marcel Boisard, “De certaines règles islamiques concernant la conduite des hostilités et la protection des victimes de conflits armés”, *Annales d'études internationales*, vol. 8 (1977), p. 152). Mucho más recientemente, otro autor cuestionó la licitud de ataques de ese tipo con el argumento de que una persona podría encontrarse alguna vez en la posición de escudo humano y que, en tales circunstancias, lo último que querría hacer sería alentar un ataque del que sería ciertamente una víctima inocente. Luego, el autor afirma que “en ese tipo de situación, ninguna necesidad militar podría convencer [al civil inocente] de la necesidad de perder la vida. Por eso, cuando uno no puede respaldar la aplicación de una norma de la cual es objeto, la coherencia exige que uno no apoye su aplicación cuando no resulta físicamente afectado por ella” (Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruselas, 1994, p. 242, traducción del CICR). Este argumento es de escaso valor, dado que, en general, ninguna persona civil estaría dispuesta a actuar como escudo humano para proteger un sitio militar de un posible ataque... El objetivo principal del derecho internacional humanitario, es decir garantizar la protección de los civiles contra los efectos de las hostilidades, exige alcanzar un equilibrio entre los intereses legítimos de los civiles y los del Estado. Si se aplica el argumento del autor, el único resultado al que se puede llegar es dar prioridad, sin razón, a los intereses de los primeros en detrimento de los de este último.

armonía con la práctica diplomática y militar. El manual militar australiano, por ejemplo, permite explícitamente la posibilidad de atacar un objetivo a pesar de la presencia de civiles que están siendo utilizados como escudos⁶⁷. Análogamente, durante la guerra del Golfo, en 1991, el presidente de Estados Unidos declaró que la decisión del presidente iraquí de ubicar a civiles en sitios estratégicos a fin de proteger esos sitios de los ataques de los aliados no impediría que las fuerzas armadas estadounidenses lanzasen sus ataques⁶⁸.

Para atacar lícitamente un objetivo protegido con civiles, deben reunirse varias condiciones. Esto se establece claramente en el artículo 51 (8) del Protocolo adicional I, que afirma que ninguna violación dispensará a las partes en el conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil. Más precisamente, el jefe de las fuerzas atacantes debe continuar tomando todas las medidas de precaución necesarias para limitar las bajas civiles o los daños a los bienes de carácter civil⁶⁹. Esta es una clara referencia al artículo 57 del Protocolo cuya aplicación no se suspende cuando se han utilizado civiles para cubrir objetivos militares. Esta disposición impone la obligación de adoptar medios y métodos de guerra diseñados de tal modo que se puedan evitar o reducir todo lo posible las bajas civiles entre los escudos humanos. Además, implica que las fuerzas atacantes tienen la obligación de buscar objetivos militares alternativos, que no estén protegidos con civiles y cuya destrucción les permitiría obtener una ventaja militar similar. La presencia de escudos humanos complica considerablemente las tareas de las fuerzas armadas y eleva el grado de precaución requerido porque están en juego los derechos fundamentales de los civiles. Esta obligación, aunque más estricta, sigue siendo tolerable en un contexto militar; es uno de los muchos riesgos que las tropas aceptan correr en los conflictos armados⁷⁰.

A *priori*, cuando se aplican las normas sobre precauciones en los ataques, se debería tomar en consideración el principio de proporcionalidad. Sin embargo, este tema suscita ciertas controversias jurídicas. En la medida en que el principio de proporcionalidad requiere llegar a un equilibrio entre los daños incidentales a las personas civiles y los bienes de carácter civil, por un lado, y la ventaja militar concreta y directa prevista de un ataque, por otro lado, la aplicación del principio de proporcionalidad en este contexto inclinará la balanza en favor de la parte que utilice escudos humanos, en detrimento de la parte que lance el ataque respetando

67 El *Australian Defence Force Manual*, nota 26 *supra*, parr. 550, afirma: “La presencia de civiles en o cerca del objetivo militar seleccionado (sea en forma voluntaria o para poner a cubierto el objetivo) es sólo uno de los factores que deben considerarse cuando se planifica un ataque”.

68 “Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War”, nota 20 *supra*, p. 618.

69 Pueden hallarse referencias históricas muy antiguas a este tipo de obligación. Por ejemplo, el *Shaybani's Siyar*, un texto árabe antiguo, considera la hipótesis de una ciudad que se protege a sí misma utilizando niños musulmanes como escudos humanos. Apoya la licitud de esos ataques (incluso utilizando flechas) con la condición de que sólo se ataque a los habitantes del territorio, y no a los niños. Por lo tanto, es importante tomar en cuenta la intención de la parte atacante cuando se evalúa la licitud de un ataque. V. *Shaybani's Siyar*, trad. Majid Khadduri, John Hopkins Press, Baltimore, 1966, p. 102, apdos. 118-119, 120-121.

70 V., en particular, Frits Kalshoven (“Reaffirmation and development of international humanitarian law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1978, p. 121), que al respecto observa: “Las precauciones contra los efectos de los ataques no han sido introducidas para facilitar las operaciones militares”.

el derecho. Esta dificultad no es insalvable ni puede permitir que una parte deje de lado un principio tan fundamental como el de proporcionalidad. A fin de sobrellevar esta dificultad, varios autores han sostenido que el atacante puede tomar en consideración la conducta fraudulenta del enemigo cuando evalúa los daños incidentales en relación con la ventaja militar. Esta opinión, que en verdad puede ser acertada, deriva del Manual del derecho de los conflictos armados de Gran Bretaña, que establece que:

“Toda violación de esta norma por el enemigo no eximiría al atacante de la responsabilidad de tomar precauciones para proteger a los civiles afectados, pero la actividad ilícita del enemigo puede tomarse en consideración cuando se evalúa si los daños o bajas incidentales fueron proporcionales a la ventaja militar prevista.”⁷¹

Se ha introducido otra condición a la ecuación: Eric David sugiere que, antes de atacar, el jefe militar tiene la obligación de agotar todos los medios lícitos de persuadir al jefe defensor de retirar los escudos humanos.⁷² Esta opinión es encomiable, y se debería alentar a todas las autoridades pertinentes a adoptarla. Sin embargo, no es difícil ver que se trata de una condición más moral que jurídica. Exigir que un jefe militar dé aviso al enemigo de su intención de atacar podría colocar a la parte atacante en una posición militarmente desfavorable. Como se ha explicado más arriba, el Protocolo adicional I afirma que se debe dar aviso “salvo que las circunstancias lo impidan”. Tras un análisis pormenorizado de la práctica tanto nacional como internacional, parecería que la condición que postula Eric David no deriva de los tratados internacionales, los manuales militares o cualquier acción unilateral por parte de un Estado o una organización internacional. Por ello, es difícil sostener que esa condición es jurídicamente vinculante.

El fenómeno de los “escudos humanos voluntarios” y sus consecuencias jurídicas

En los últimos años, ha surgido un nuevo fenómeno, el de los “escudos humanos voluntarios”, según la expresión utilizada por los medios de comunicación. Se trata de personas civiles que eligen demostrar su oposición a la guerra colocándose

71 UK Ministry of Defence, *The Manual of Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 68, párr. 5.22.1. V. también el manual *Derecho al objetivo*, nota 33 *supra*, p. 58, apdo. 1003.4, que señala que “el jefe atacante debe hacer todo lo posible para proteger a esas personas civiles, pero tiene derecho a considerar las acciones emprendidas por el jefe defensor cuando examine la norma de proporcionalidad”. Uno de los autores de ese manual reafirma esta opinión, al sostener que “al considerar la norma de proporcionalidad, todo tribunal que aborde la cuestión estaría obligado a poner en favor del atacante toda actividad ilícita cometida por el defensor”; Rogers, nota 34 *supra*, pp. 178-179. V. también Dinstein, nota 13 *supra*, p. 131: “El principio de proporcionalidad sigue prevaleciendo. Sin embargo, debe moderarse la evaluación real de los daños excesivos a los civiles. Es decir que la estimación de si las bajas civiles son excesivas en relación con la ventaja militar prevista debe considerar el hecho de si —en el caso de que se haya hecho el intento de utilizar civiles para poner objetivos militares a cubierto— las bajas civiles serían más numerosas que si no se hubiera tomado esa medida.

72 David, nota 53 *supra*, p. 242.

físicamente en sitios que son claramente militares, por su naturaleza o su finalidad. Esos civiles, que están dispuestos a arriesgar la vida por un ideal, suelen ser nacionales de un Estado beligerante cuyos objetivos militares desean defender. Por ejemplo, muchos ciudadanos yugoslavos ocuparon puentes en Belgrado durante los bombardeos de la operación “Fuerza Aliada” de la OTAN en 1999. Los escudos humanos voluntarios suelen ser civiles que son nacionales de países neutrales, o incluso enemigos. En 2003, por ejemplo, un grupo de personas de nacionalidades diversas fueron a Irak, bajo los auspicios de una organización no gubernamental, antes de que comenzaran las operaciones a fin de posicionarse deliberadamente en los sitios de objetivos militares designados como tales por Irak.

La aplicabilidad del artículo 51 (7) del Protocolo adicional I a la situación de los escudos humanos voluntarios puede ser, con razón, objeto de debate. Esta disposición implica, por lo menos en el espíritu, que la población civil o las personas civiles han actuado por la fuerza o, cuando menos, desconociendo la manera en que estaban siendo manipuladas para cubrir un objetivo militar. Por lo tanto, es muy improbable que quienes redactaron esta disposición hayan previsto que la norma también se aplicaría a la situación de los individuos que actúan conscientemente y por iniciativa propia. Sin embargo, la prohibición de “utilizar” la presencia o los movimientos de la población civil no se limita a proscribir las violaciones activas por parte de las autoridades militares. La prohibición también se aplica a la indiferencia pasiva de las autoridades militares con respecto a la presencia o los movimientos voluntarios de civiles que servirían para proteger objetivos militares⁷³.

Lo que está menos claro es en qué momento la actitud pasiva de un beligerante hacia la presencia de escudos humanos voluntarios se equipararía al hecho de que el beligerante utilice la presencia o los movimientos de esos civiles para cubrir objetivos militares o para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Sobre la base del trabajo de la Comisión preparatoria encargada de elaborar los elementos de los crímenes contenidos en el Estatuto de Roma, puede argumentarse, por analogía, que el criterio que desencadena la aplicación del artículo 51 (7) es la intención de la parte favorecida por los escudos humanos⁷⁴. Sin duda, puede ser muy difícil identificar

73 Cabe señalar que el término “movimientos” se incluyó en el texto para abarcar los casos en que la población civil se desplaza espontáneamente. Sin embargo, ello no significa que los civiles tengan conciencia de que están siendo utilizados para proteger un objetivo militar (Comentario del Protocolo adicional I, párr. 1988, p. 876). Esta interpretación amplía del concepto de uso está confirmada por la redacción del primer elemento de los crímenes del artículo 8 (2) (b) (xxiii) del Estatuto de Roma, que establece lo siguiente: “Que el autor haya trasladado a una o más personas civiles o a otras personas protegidas en virtud del derecho internacional de los conflictos armados o haya aprovechado su presencia de alguna otra manera” (el subrayado es nuestro).

74 El segundo elemento de los crímenes que figura en el art. 8 (2) (b) (xxiii) exige que “el autor haya tenido la intención de proteger un objetivo militar de un ataque o proteger, favorecer o entorpecer operaciones militares”. En un análisis de los debates, Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, CICR y Cambridge University Press, Cambridge, 2003, señala que, para algunas delegaciones, “el término “presencia” no tendría ninguna connotación en cuanto a la manera en que los civiles u otras personas protegidas llegan a encontrarse en determinados lugares. Reiteraron que lo importante en este crimen no es el tipo de movimiento o presencia que se utiliza, sino la intención del autor” (pp. 344-345).

la intención que persigue la conducta de un beligerante. Sin embargo, la intención suele poder deducirse de las circunstancias de un caso particular. Por ejemplo, el hecho de que los civiles se reúnan en un puente con valor militar para protestar contra la destrucción de otros puentes similares por el enemigo probablemente no implicará una intención por parte del beligerante. Sin embargo, si en el mismo puente, los manifestantes instalan un campamento por un largo período de tiempo y las autoridades no toman ninguna medida para alejarlos del lugar, esa inacción dará lugar a una clara suposición de que las autoridades se proponen utilizar la presencia de los civiles para proteger el puente de un ataque enemigo. Surgirá una suposición aún más clara de esa intención si los voluntarios civiles son instruidos por las fuerzas armadas acerca de qué sitios militares deben ser “protegidos”.

Uno podría preguntarse cuál es la ventaja de este sutil requisito de la intención cuando podría decirse que la presencia de escudos humanos voluntarios ya está prevista en el artículo 58 del Protocolo adicional I, que establece que la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil deben ser alejados de las proximidades de los objetivos militares. Desde un punto de vista jurídico, es importante especificar en qué casos se aplica el artículo 51 (7), sobre todo porque la prohibición de utilizar escudos humanos es absoluta, mientras que las precauciones que deben tomarse contra los efectos de los ataques están formuladas en términos relativos y, además, porque una violación del artículo 51 (7) conllevará responsabilidad penal individual⁷⁵, a diferencia de una violación del artículo 58.

Por lo que respecta al jefe atacante, ¿el carácter voluntario de un escudo humano podría influir en su decisión de atacar o no el objetivo seleccionado? Algunos autores sostienen que puede considerarse que los civiles que actúan como escudos humanos voluntarios participan directamente en las hostilidades, con lo cual quedan privados de inmunidad contra los ataques directos y no tienen efecto alguno en la evaluación que el jefe haga de la proporcionalidad⁷⁶. En cambio, si se acepta que la participación directa en las hostilidades implica plantear una amenaza directa e inmediata a la parte adversa, quedan dudas acerca de si debería considerarse que los escudos humanos voluntarios y meramente pasivos participan directamente en las hostilidades⁷⁷. Por lo tanto, es razonable concluir que los civiles que actúan como escudos humanos voluntarios conservarán su inmunidad contra los ataques directos. Además, la presencia de escudos humanos voluntarios de ningún modo alterará la obligación de la parte atacante de aplicar el principio de proporcionalidad cuando ataca su objetivo militar. Al aplicar la prueba de la proporcionalidad, el jefe militar deberá

75 Conforme al art. 8 (2) (b) (xxiii) del Estatuto de Roma.

76 Dinstein, nota 13 *supra*, p. 130. Sin sostener ese argumento en forma tan clara, Schmitt, nota 30 *supra*, también apunta a una solución de ese tipo, otorgando cierta validez a la teoría de que las bajas o daños incidentales causados a escudos humanos voluntarios no deben tomarse en consideración (p. 12).

77 El hecho de equiparar esa conducta a la participación directa en las hostilidades también implicaría que los escudos humanos voluntarios pueden ser encausados en virtud de la legislación de los países respectivos. En la práctica, se han iniciado procesos contra nacionales de Estados Unidos que fueron a Irak en 2003, a pesar de que las denuncias en su contra fueron civiles, no penales, y se basaron sólo en su traslado a un territorio enemigo en tiempo de conflicto.

tomar en consideración la conducta deliberadamente imprudente de los escudos humanos voluntarios. Por lo tanto, esos civiles correrán el riesgo de convertirse en víctimas de un ataque legítimo contra el objetivo que están resguardando.

Las obligaciones dimanantes del artículo 58 del Protocolo adicional I

La norma clásica sobre precauciones contra los efectos de los ataques se ha adaptado paulatinamente a los cambios que ha introducido la guerra moderna, a pesar de que sigue siendo, tal vez, algo rudimentaria. Los primeros textos que codificaron el principio establecieron que las autoridades bajo sitio debían colocar señales visibles —por lo general, banderas— en algunos edificios para facilitar su identificación y, por ende, protegerlos de los ataques del enemigo⁷⁸. Con los avances tecnológicos, sobre todo en las operaciones aéreas, y el consiguiente aumento del número de bajas y de daños causados a la población civil y a los bienes de carácter civil, el requisito jurídico de señalar los edificios sujetos a protección especial rápidamente pasó a ser insuficiente. Por lo tanto, al desarrollar el derecho que rige la conducción de las hostilidades, se realizaron esfuerzos para fortalecer las medidas de precaución que una parte que está siendo atacada debe tomar para proteger a la población civil y a los bienes de carácter civil bajo su control. Ese fortalecimiento también sirve como contrapeso de las mayores exigencias impuestas a la parte atacante en cuanto a las medidas de precaución. En el proyecto de normas de 1956, el CICR propuso que se ampliara el contenido de esas precauciones “pasivas”. En realidad, el artículo 11 del proyecto de normas anunció el artículo 58 del Protocolo adicional I, que puede dividirse en tres categorías separadas pero interconectadas de precauciones.

En primer lugar, el artículo 58 (a) exige que los beligerantes alejen a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil de las proximidades de los objetivos militares. La referencia explícita que se hace en esta disposición al artículo 49 del IV Convenio de Ginebra, que prohíbe los traslados forzados y las deportaciones de las personas protegidas de un territorio ocupado⁷⁹, demuestra que quienes elaboraron la norma estaban conscientes del riesgo de que esa precaución se utilizara con fines no humanitarios. Sin embargo, es obvio que la obligación de alejar a las personas civiles y a los bienes de carácter civil debe aplicarse con los fines previstos por el Protocolo, es decir proteger a las personas civiles y a los bienes de carácter civil amenazados por las hostilidades. Por supuesto, esas medidas también deben tomar en consideración los efectos potencialmente traumáticos de

78 El Código de Lieber estableció una distinción entre hospitales, que tenían que colocar señales visibles (art. 115) y otros bienes protegidos, como edificios dedicados a la religión, el arte, la ciencia, o con fines de caridad, y monumentos históricos para los cuales sólo se recomendaba la colocación de señales (art. 118). Los textos posteriores abandonaron esa dicotomía, pues se consideraba que la señalización de todos esos bienes era un requisito jurídico; v., en particular, el art. 17 de la Declaración de Bruselas, el art. 34 del Manual de Oxford y, sobre todo, el art. 27 del Reglamento anexo a la Convención de La Haya de 1907.

79 No obstante, el art. 49 especifica que la prohibición de los traslados forzados y las deportaciones de ninguna manera afecta la posibilidad de evacuar total o parcialmente a la población de un área determinada de la zona ocupada, si así lo exigen razones de seguridad o necesidades militares imperiosas.

una evacuación⁸⁰. Por lo tanto, la norma se aplicará sólo cuando sea materialmente imposible garantizar la seguridad de la población por otros medios, y no sólo hasta que haya pasado el peligro.

El artículo 58 (b) exige que las partes en un conflicto eviten situar objetivos militares dentro o cerca de zonas densamente pobladas. Esta obligación se relaciona con la ubicación, tanto en tiempo de paz como de guerra, de objetivos militares fijos. Por ejemplo, instalar barracas militares o un depósito de municiones en medio de un complejo residencial podría tener consecuencias desastrosas para los civiles que habitan en la zona. La obligación que impone el artículo 58 (b) también abarca los objetivos militares móviles, como los abastecimientos de tropas o de armas. En todos sus movimientos, es preferible que las unidades militares eviten posicionarse cerca de zonas densamente pobladas. Si no pueden evitarlo, deben pasar a través de la zona habitada lo más rápidamente posible y desplegarse de tal modo que creen el menor riesgo posible para la población civil y los bienes de carácter civil.

Por último, el artículo 58 (c) establece una obligación abierta de tomar “las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control”. Esta disposición autoriza a los Estados a tomar otras medidas de precaución en función de las circunstancias como los medios disponibles del Estado y otras consideraciones relativas al conflicto. Tanto la práctica estatal como la doctrina ofrecen ejemplos útiles de los tipos de medidas que pueden tomarse en cumplimiento de esta obligación. Las precauciones más comunes incluyen la construcción de refugios, el establecimiento de organizaciones de defensa civil⁸¹ y la instalación de sistemas de alerta y evacuación de la población civil. Otras medidas son, por ejemplo, programas de socorro para los heridos, servicios de bomberos, descontaminación, e identificación y señalización de áreas de alto riesgo⁸².

Estas precauciones contra los efectos de las hostilidades son una extensión lógica del principio de distinción. Numerosos manuales militares han utilizado expresiones similares o incluso idénticas a las del artículo 58⁸³, que también

80 El Comentario del CICR del Protocolo adicional I (apdo. 2248, p. 968) observa: “La libertad de las potencias ocupantes en este ámbito es sólo restringida pues han de respetar las disposiciones del artículo 49 del IV Convenio: requisito de imperiosas razones militares o la seguridad de la población, adecuadas instalaciones de acogida, condiciones satisfactorias de desplazamiento (salubridad, higiene, seguridad, alimentación, no separación de las familias, información a la potencia protectora)”.

81 Hay una conexión obvia aquí con el Capítulo VI (titulado “Servicios de protección civil) de la Parte IV, Sección I del Protocolo adicional I. (Las medidas de precaución aparecen en el Título IV).

82 V. una lista de esas medidas en *Derecho al objetivo*, nota 33 *supra*, apdo. 1201.5 c), pág. 80. Tal como se afirma en el manual, las obligaciones establecidas en el art. 58 dependen tanto de las autoridades civiles como de las fuerzas armadas. Además, el art. 58 es un ejemplo clásico de disposición que requiere la asignación de recursos financieros y la adopción de medidas prácticas en tiempo de paz, sobre todo en lo relativo a la planificación y la ubicación de los objetivos militares. El hecho de que algunos objetivos militares puedan perder su calificación como tales debido a un cambio de los factores contextuales no impide que una parte tome medidas de precaución que, llegado el caso, facilitarán la protección de la población civil. Una de esas precauciones podría ser el establecimiento de zonas protegidas o no defendidas adonde podrían trasladarse las personas evacuadas.

83 V. ejemplos de práctica militar en Henckaerts y Doswald-Beck, nota 8 *supra*, vol. II (Practice), Parte 1, pp. 419-450).

constituye una norma de derecho internacional consuetudinario⁸⁴. Sin embargo, la idea de imponer esta obligación de tomar medidas de precaución rápidamente suscitó severas críticas antes, durante y después de la Conferencia Diplomática de 1974-1977, dado que algunos Estados consideraban que podría ser muy difícil cumplirla. La idea de tomar precauciones es más fácil de enunciar que de cumplir cuando, por ejemplo, un país densamente poblado está en un proceso rápido de urbanización⁸⁵. La oposición más vehemente a esta obligación fue expresada por la Confederación Helvética: en Suiza, por la topografía montañosa, la población está concentrada en los valles, que son zonas de vital importancia económica y militar donde inevitablemente tendrían lugar los enfrentamientos, a pesar de la alta densidad de población y de viviendas⁸⁶. Por ello, en ciertas ocasiones se ha considerado que el requisito de alejar a la población civil de las proximidades de los objetivos militares y de abstenerse de ubicar esos objetivos dentro o en las proximidades de zonas densamente pobladas es difícil de lograr a gran escala⁸⁷.

Sin embargo, la obligación de tomar medidas de precaución está redactada en términos relativos justamente para abordar esas realidades. El Protocolo adicional I exige que esas medidas de precaución se apliquen “hasta donde sea factible”. Ya hemos examinado esta expresión, en el contexto de las precauciones en el ataque. No puede interpretarse que los términos “hasta donde sea factible” se refieren a una mera recomendación, y no a una obligación jurídica⁸⁸.

Cabe señalar, además, que los estándares establecidos en el artículo 58 no se limitan a prohibir la dispersión deliberada de los elementos militares en un entorno

84 El TPIY sostuvo claramente la naturaleza consuetudinaria de la obligación de tomar precauciones en su fallo del 14 de enero de 2000 en el caso *Kupreskic* (párr. 524). Algunos autores también opinan que se puede considerar que esas obligaciones han sido consuetudinarias por largo tiempo. V., en particular, *Geoffrey Best, War and Law since 1945*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 330. El estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario también reconoce el carácter consuetudinario de esas obligaciones en los conflictos armados internacionales. Sin embargo, es de lamentar que el estudio sea excesivamente prudente en la consideración del carácter consuetudinario de esa norma en los conflictos armados no internacionales. Concluye que la única obligación consuetudinaria real en conflictos armados no internacionales es tomar todas las precauciones que sea factible para proteger a la población civil y a los bienes de carácter civil bajo su control contra los efectos de los ataques (Henckaerts y Doswald-Beck, nota 8 *supra*, vol. I (Normas), pp. 59-76).

85 “A veces, es casi imposible impedir que los civiles (y bienes de carácter civil) se entremezclen con los combatientes (y los objetivos militares). Por ejemplo, es muy poco probable que no haya objetivos militares en áreas metropolitanas cada vez más extendidas”, Dinstein, nota 13 *supra*, p. 129.

86 Se ha dicho que, debido a esta topografía especial, el ejército suizo ha tenido que instalar puestos de comando en los sótanos de viviendas de particulares... Esto explica por qué Suiza —y Austria, que está en una situación similar— presentó una declaración interpretativa en cuanto a la expresión “hasta donde sea factible” utilizada en el art. 58 en relación con los requisitos de defensa del territorio nacional. V., sobre esa reserva, Maurice Aubert, “Les réserves formulées par la Suisse”, en *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, CICR / Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra / La Haya, 1984, pp. 139-140, 144.

87 Sin duda, el sitio de una localidad como método de guerra es una de las situaciones más problemáticas en ese sentido. Por ejemplo, sería difícil hallar una violación del art. 58 en la práctica de la OLP de ubicar armamento pesado cerca de los bienes de carácter civil durante el sitio del oeste de Beirut por las fuerzas israelíes, dado que para la organización era prácticamente imposible defenderse de otra manera.

88 Cabe recordar esta cuestión, ya que, como observa Dinstein, nota 13 *supra*, “Sin duda, teniendo en cuenta que esas obligaciones incumben a los beligerantes “hasta donde sea factible”, muchos analistas las suelen interpretar como recomendaciones y no como obligaciones estrictas” (p. 129).

civil a fin de impedir las operaciones del enemigo⁸⁹. El artículo 58 tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio: exige que la parte atacada adopte, de buena fe, medidas preventivas destinadas a garantizar la inmunidad de la población civil y los bienes de carácter civil.

Conclusión

A diferencia de lo que a veces se sostiene, el Protocolo adicional I no introduce un desequilibrio fundamental entre las precauciones que se exigen al defensor y las que se exigen al atacante. La responsabilidad de aplicar el principio de distinción corresponde al defensor⁹⁰, que es el único que controla a la población y los bienes presentes en su territorio, tanto como al atacante, que es el único que decide sobre los bienes que serán atacados y los medios y métodos de ataque que se emplearán⁹¹. Por consiguiente, sólo una combinación de precauciones tomadas por todos los beligerantes permitirá garantizar la protección de la población civil y los bienes de carácter civil.

De todos modos, esto no significa que el respeto de esas obligaciones por una de las partes dependa de la conducta de la otra parte. Esa responsabilidad compartida en modo alguno implica que la negativa del atacante a cumplir sus obligaciones en

89 Esa conducta sería, sin lugar a dudas, una violación del art. 58, sobre todo porque, debido a la cuestión de la intención, esos actos también implicarían “utilizar” a la población civil o los bienes de carácter civil para “cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares” y, por lo tanto, caería dentro del ámbito del art. 51 (7).

90 En su artículo titulado “Air war and the law of war”, *Air Force Law Review*, vol. 32 (1) (1990), p. 112 (n. 351), W. Hays Parks afirma que, si bien la protección de las personas civiles y de los bienes de carácter civil tradicionalmente correspondió a los defensores, el Protocolo adicional I asignó esa responsabilidad al atacante. Aparte del hecho de que, en nuestra opinión, la protección de las personas civiles y de los bienes de carácter civil siempre ha sido una responsabilidad compartida, el fundamento de la posición de Parks no es admisible en el DIH. Según Parks, los Estados que por lo general actúan como defensores lo hacen en defensa propia, y esa percepción habría hecho que algunas delegaciones dudaran, durante las negociaciones del Protocolo adicional I, acerca de imponer más restricciones a sus operaciones militares contra el atacante. En otras palabras, el derecho natural a la defensa propia tuvo precedencia por sobre cualquier otra obligación, y autorizó a los Estados a poner en peligro a sus poblaciones respectivas si ello se consideraba necesario para proteger el territorio. Si bien no puede negarse que ese argumento indujo a que se formularan algunas declaraciones durante la Conferencia Diplomática (v., en particular, la declaración de Francia: CDDH/SR, 42, párrs. 54-55), ello no justifica que se cuestione la estructura básica del derecho de los conflictos armados que, en principio, excluye toda consideración del *ius ad bellum* dentro del ámbito del *ius in bello*.

91 Conforme al *US Air Force Pamphlet* de 1976 (pp. 5-8), “El requisito de distinguir entre combatientes y civiles, y entre objetivos militares y bienes de carácter civil, impone a todas las partes en el conflicto obligaciones tendientes a establecer y mantener las distinciones. Y esto es válido independientemente del estatuto jurídico del territorio en el que o por el que tienen lugar los enfrentamientos”. Puede hallarse una opinión contraria en Marco Sassòli, “Targeting: The scope and utility of the concept of military objectives for the protection of civilians in contemporary armed conflicts”, en David Wippman y Matthew Evangelista (eds.), *New Wars, New Laws? Applying the Laws of War in 21st-Century Conflicts*, Transnational Publishers, Ardsley, Nueva York, 2005, quien afirma: “Está claro que el derecho consuetudinario y los tratados no imponen obligaciones al defensor, comparables a las que imponen al beligerante que lanza el ataque. Simplemente se exige al defensor que no abuse de las obligaciones del atacante para poner a sus objetivos militares a cubierto de los ataques” (p. 209).

materia de precauciones eximiría al defensor de las obligaciones que le corresponden⁹². Análogamente, una parte defensora que no cumple sus obligaciones en materia de precauciones tendrá, por lo menos, algunas responsabilidades jurídicas por las bajas o los daños causados por un ataque contra un objetivo militar legítimo, incluso cuando la parte atacante haya tomado algunas medidas de precaución⁹³.

Estas observaciones cobran un significado especial en el contexto de los desarrollos estratégicos modernos, que tienen efectos considerables en la capacidad de las partes de cumplir las obligaciones establecidas en el artículo 58. El ejemplo más elocuente son los recientes avances tecnológicos, sobre todo en las áreas de comunicación e información, que han dado lugar a una red muy imbricada de medios civiles y militares⁹⁴. Análogamente, la rápida expansión de las estrategias asimétricas inevitablemente ha llevado a las partes con menor capacidad tecnológica a aumentar y ocultar a la vez sus recursos estratégicos, y los mejores lugares para ocultar los objetivos —con algunas excepciones— son las zonas urbanas densamente pobladas. Independientemente de si los beligerantes tienen o no la capacidad de actuar de otra manera, esas prácticas no pueden sino disminuir la eficacia del principio de distinción en el futuro.

92 Tras señalar que las sociedades tecnológicas modernas habían vuelto mucho más difícil la aplicación de las medidas exigidas por el art. 58 del Protocolo adicional I, el Comité designado por el Fiscal del TPIY para determinar si debería hacerse una investigación acerca del bombardeo de la OTAN contra la RFY (1999), afirmó: “Sin embargo, los civiles presentes en o cerca de los objetivos militares deben ser tomados en consideración en la ecuación de la proporcionalidad, aunque la parte en el conflicto no haya cumplido su obligación de alejarlos”. Análogamente, v. Bothe *et al.*, nota 19 *supra*, p. 307, párr. 2.5.3.1.

93 “Una parte en un conflicto que coloca a sus propios ciudadanos en situación de peligro al no separar las actividades militares de las actividades civiles necesariamente acepta, en virtud del derecho internacional, los resultados de los ataques lícitos contra objetivos militares válidos en su territorio” (*US Air Force Pamphlet*, 1976, pp. 5-13).

94 Según Mark Shulman, (“Discrimination in the laws of information warfare”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37 (1999), p. 963), “al estar comunicadas entre sí, a través de medios de comunicación militares, las fuerzas armadas ahora pueden intercambiar información con civiles de todo el mundo. En la guerra de la información, la segregación presenta numerosos desafíos nuevos”.

INTERNATIONAL
REVIEW
of the Red Cross

Artículos seleccionados sobre

**Derecho internacional
humanitario**

Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión

Xavier Philippe*

El autor es asesor jurídico del CICR para Europa oriental en Moscú y profesor de derecho público en las Universidades de Aix-Marseille y Western Cape.

Resumen

En este artículo, se examinan las relaciones entre los principios de jurisdicción universal y complementariedad, así como las dificultades para su aplicación. Aunque los dos principios son bien conocidos, persisten varios obstáculos jurídicos y de otra índole para una aplicación más adecuada y eficaz. Además, suelen aplicarse en contextos políticos difíciles, donde deben tomarse en consideración numerosas restricciones internacionales y nacionales. Son tantos los obstáculos que la aplicación puede ser muy problemática. En este artículo, se sostiene que la complementariedad es un aspecto del principio de universalidad y habría que basarse en la aceptación generalizada de éste último principio para mejorar la eficacia y la aplicación del principio de complementariedad. En conclusión, el artículo analiza algunas ideas que podrían adoptarse para alcanzar ese objetivo.

.....

* Este artículo refleja la opinión del autor y no necesariamente la del CICR.

¿Queda algo original o nuevo por decir o descubrir en relación con los principios de jurisdicción universal y complementariedad?¹ Se han escrito muchos artículos sobre estos temas ampliamente debatidos, y es difícil creer que pueda decirse algo nuevo al respecto. Sin embargo, la controversia en torno al principio de complementariedad que surge con la adopción, en 1988, del Estatuto de Roma por el que se establece la Corte Penal Internacional (CPI), y con los procedimientos judiciales contra ex jefes de Estado, como los emprendidos en el Reino Unido y en Senegal, respectivamente, contra Augusto Pinochet de Chile e Hissène Habré de Chad, ha demostrado que algo está cambiando, aunque la mayoría de esos intentos haya fracasado. Por lo demás, varios tribunales constitucionales han considerado recientemente diferentes aspectos de esa cuestión, desde la compatibilidad del Estatuto de la CPI con las disposiciones constitucionales hasta la inmunidad de los jefes de Estado y las leyes de amnistía.

Hay un punto de partida que no puede ignorarse cuando se aborda el tema de la jurisdicción universal y la complementariedad: si bien esos principios son objeto de amplios debates, diferentes crímenes internacionales siguen quedando, en la práctica, impunes, a pesar de la obligación internacional de enjuiciar a quienes los han cometido. En muchos casos, el principio de *aut dedere aut judicare* sigue siendo puramente teórico, y los Estados que, valientemente, han tratado de aplicar los principios de jurisdicción universal y complementariedad de una manera más sistemática y concreta, basándose en su legislación nacional, no han tardado mucho en darse cuenta de que las limitaciones de la *realpolitik* o la diplomacia contrastan con el concepto de jurisdicción universal. Lamentablemente, las razones políticas han prevalecido sobre el razonamiento jurídico en muchos casos. A veces, es inevitable preguntarse si los debates sobre esos principios no son más que un ejercicio académico sin resultados tangibles.

El interés de examinar en este artículo el significado y la aplicación de los principios de jurisdicción universal y de complementariedad, es analizar la relación entre ellos, sosteniendo que la complementariedad es un medio útil para lograr el objetivo que persigue la jurisdicción universal². Hasta ahora, sólo se podía contar con la buena voluntad de los Estados para garantizar su aplicación de buena fe, pues no

1 El propósito de este artículo no es examinar exhaustivamente los principios de jurisdicción universal y complementariedad, sino analizar sus relaciones e incidencias prácticas. Existen muchos documentos y publicaciones sobre esos dos principios.

2 Esta relación se recuerda en el preámbulo del Estatuto de la CPI: (principio de *aut dedere aut judicare*): “*Afirmando que* los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia” (párr. 4), (jurisdicción universal) “*Recordando que* es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” (párr. 6), (principio de complementariedad) “*Destacando que* la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales” (párr. 10).

se habían creado mecanismos de sanción para inducirlos, sin su consentimiento, a cumplir sus obligaciones. ¿Persistirá esta situación, considerando los cambios que han traído aparejados, en los últimos diez años, la CPI y la creación de tribunales mixtos o *ad hoc*? ¿Hay una nueva dinámica de apoyo al principio de jurisdicción universal? ¿Es el principio de complementariedad una solución que permite una aplicación más pragmática de la jurisdicción universal? Por ahora no hay, necesariamente, respuestas claras a todas estas preguntas. Las legislaciones nacionales no siempre abordan correctamente la jurisdicción universal debido a la falta de disposiciones de aplicación adecuadas. Además, la CPI aún no ha emitido fallo alguno, lo que deja lugar a un “contenido tácito” del principio de complementariedad.

Tras una definición preliminar de los términos de “jurisdicción universal” y “complementariedad”, en este artículo consideraremos la relación entre ellos. Luego, pasaremos revista a los obstáculos que se presentan a la aplicación de estos principios. Por último, propondremos algunas soluciones posibles para reducir al mínimo las potenciales amenazas a la aplicación práctica de la jurisdicción universal.

Definiciones de los principios de “jurisdicción universal” y “complementariedad”

Aunque se conoce el significado general de estos dos principios, su definición permite comprender mejor su complejidad y sus límites.

Jurisdicción universal

Significado general

El principio de jurisdicción universal suele definirse como “un principio jurídico que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima”³. Se dice que este principio menoscaba las normas ordinarias de jurisdicción penal que exigen una relación territorial o personal con

3 V., por ejemplo, Kenneth C. Randall, ‘Universal jurisdiction under international law’, *Texas Law Review*, N.º 66 (1988), pp. 785–8; International Law Association Committee on International Human Rights Law and Practice, ‘Final Report on the Exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences’, 2000, p. 2. Debe señalarse que el principio de jurisdicción universal no se limita *per se* a la jurisdicción penal y puede ampliarse, por ejemplo, a la responsabilidad civil. Ése es el caso, por ejemplo, de Estados Unidos con el Alien Tort Act (28 U.S.C. para. 1350) y el conocido fallo de *Filartiga v. Pena-Irala* 630F2d876 (2d Cir. 1980). Sin embargo, en el marco de este artículo, sólo se considerará la jurisdicción universal en relación con la responsabilidad penal individual.

el crimen, el perpetrador o la víctima⁴. Pero la lógica subyacente es más amplia: “se basa en la idea de que determinados crímenes son tan perjudiciales para los intereses internacionales que los Estados están autorizados, e incluso obligados, a entablar una acción judicial contra el perpetrador, con independencia del lugar donde se haya cometido el crimen y la nacionalidad del autor o de la víctima”⁵. La jurisdicción universal permite el enjuiciamiento de crímenes internacionales⁶ cometidos por cualquier persona, dondequiera que sea⁷. Dos ideas importantes suelen justificar esta excepción. En primer lugar, ciertos crímenes son tan graves que atentan contra toda la comunidad internacional. En segundo lugar, no deben existir tablas de salvación para quienes los han cometido. Si bien estas justificaciones pueden parecer poco realistas, explican claramente por qué la comunidad internacional, a través de todos sus integrantes –Estados u organizaciones internacionales– debe intervenir enjuiciando y castigando a los perpetradores de esos crímenes. La jurisdicción universal es un asunto de interés para todos.

Históricamente, la jurisdicción universal se remonta a los escritos de ilustres eruditos, como Grocio⁸, y al enjuiciamiento y al castigo del crimen de piratería⁹. Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, la idea fue arraigándose a través del establecimiento del Tribunal Militar Internacional¹⁰ y la adopción de nuevas

4 La relación territorial ha sido superada paulatinamente por dos criterios que permiten la jurisdicción extraterritorial, como la jurisdicción sobre crímenes cometidos fuera del territorio por nacionales del Estado (jurisdicción de personalidad activa) o crímenes cometidos contra los nacionales del Estado (jurisdicción de personalidad pasiva). Esta última posibilidad ha sido cuestionada por algunos Estados.

5 Mary Robinson, “Prefacio”, *Los principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal*, Anexo, Doc. A/ 56/677 de las Naciones Unidas, Nota verbal de fecha 27 de noviembre de 2001 dirigida al Secretario General por las Misiones Permanentes del Canadá y de los Países Bajos ante las Naciones Unidas, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Tema 164 del programa, Establecimiento de la Corte Penal Internacional, p. 8.

6 Los crímenes internacionales no están definidos con precisión. Son crímenes que, según reconoce el derecho internacional, pueden ser sancionados por cualquier país. Tradicionalmente, la piratería en alta mar se considera como uno de los primeros crímenes internacionales, en la medida en que es una violación del derecho internacional consuetudinario. Después de la Segunda Guerra Mundial, el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 por el que se establece el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg definió los crímenes internacionales sobre la base del derecho convencional y del derecho consuetudinario (crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad). Más tarde, los tratados y las convenciones internacionales especificaron varias formas de comportamientos prohibidos, reconocidos como crímenes internacionales. El Principio 2 de *Los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal* establece: “1. A los fines de los presentes Principios, los delitos graves de derecho internacional comprenderán: 1) la piratería; 2) la esclavitud; 3) los crímenes de guerra; 4) los crímenes contra la paz; 5) los crímenes de lesa humanidad; 6) el genocidio; y 7) la tortura. 2. La aplicación de la jurisdicción universal a los delitos que se enumeran en el párrafo 1 se hará sin perjuicio de la aplicación de la jurisdicción universal a otros delitos de derecho internacional”. V. nota 6.

7 Gérard de La Pradelle, “La compétence universelle”, en Hervé Ascencio, Emmanuel Decaux y Alain Pellet (eds.), *Droit international pénal*, Éd. Pédone, Paris, 2000, p. 974.

8 V. Grocio, *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, vol. II, Libro II, Cap. XXI, párr. 3, 1-2.

9 V., por ejemplo, *United States v. Smith*, 18 US (5 Weat.), 153, en 161-2 (1820).

10 En el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, el artículo 1 establece la jurisdicción del Tribunal sobre crímenes que no tienen una ubicación geográfica precisa y, el artículo 4, la jurisdicción de los tribunales nacionales sobre otros criminales de guerra. Como dice Éric David, esto tiene más que ver con la cooperación judicial entre Estados que con la jurisdicción universal (*Le droit des conflits armés*, tercera edición, Bruylant, Bruselas, 2002, p. 722). Sin embargo, en estas disposiciones ya estaba presente el espíritu de la jurisdicción universal (ninguna tabla de salvación para los perpetradores de crímenes internacionales).

convenciones que contienen cláusulas explícitas o implícitas sobre jurisdicción universal. Los Convenios de Ginebra de 1949 son de suma importancia al respecto, pues disponen en términos inequívocos la jurisdicción universal en relación con las infracciones graves contra esos Convenios¹¹. Los crímenes internacionales ya no quedarían sin castigo. Se aceptó como principio general la idea de que, en ciertas circunstancias, podía limitarse la soberanía cuando se trataba de esos crímenes abominables¹². Más tarde, otras convenciones internacionales y, en cierta medida, las normas de derecho consuetudinario ampliaron el ámbito de aplicación del principio. Esto fue confirmado por algunos casos, como los casos de *Eichmann* en 1961¹³, *Demanjuk* en 1985¹⁴, y, recientemente, los casos de *Pinochet* en 1999¹⁵ y *Butare Tour* en 2001¹⁶, donde se subraya que la jurisdicción universal podía dar cabida al enjuiciamiento de los perpetradores de crímenes internacionales. El derecho internacional habilitó y, en ciertos casos, obligó a los Estados a enjuiciar crímenes que eran considerados un atentado contra toda la comunidad internacional.

No obstante, la aplicación del principio general siguió siendo difícil, ya que el principio de jurisdicción universal no incumbe únicamente al derecho internacional, sino también al derecho nacional. Los Estados están habilitados a conferir jurisdicción universal a sus propios tribunales sobre ciertos crímenes, como resultado de una decisión nacional, y no sólo de una norma o principio de derecho internacional. Por consiguiente, el principio de jurisdicción universal no se aplica de manera uniforme en todos lados. Si bien existe un fundamento sólido, el ámbito preciso de la jurisdicción universal varía de un país a otro, y la noción no se presta a una presentación homogénea. Por esta razón, la jurisdicción universal no es un concepto único, sino que podría describirse a partir de múltiples aspectos de derecho internacional y nacional que pueden crear una obligación o una capacidad de enjuiciar. Por consiguiente, es difícil dar un panorama claro de la situación general.

Medios de aplicación

No es suficiente que un Estado reconozca la jurisdicción universal como un principio para que ésta se convierta en una norma jurídica vigente. Se deben cumplir tres condiciones básicas para que el principio de jurisdicción universal se aplique: la existencia de una razón específica para la jurisdicción universal, una definición suficientemente clara del crimen y de sus elementos constitutivos, y medios

11 Llamadas también, a veces, infracciones graves contra el derecho internacional humanitario. V. art. 49 del Convenio de Ginebra I; art. 50 del Convenio de Ginebra II; art. 129 del Convenio de Ginebra III; art. 146 del Convenio de Ginebra IV. V. también la ampliación que establece el art. 85 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, en relación con los crímenes enumerados.

12 V. Corte Suprema de Israel, Caso *Eichmann*, 298-300; Suprema Corte de Canadá, *Finta*, 24 de marzo de 1994, ILR, 104, 305.

13 Caso *Eichmann*, nota 12.

14 *Demanjuk v. Petrovsky*, Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos, 6º Circ., 31-10-1985, ILR 79, 546.

15 House of Lords, 24 de marzo de 1999, [1999], 2 WLR 827 (HL).

16 Cour d'Assises de Bruxelles, 8 de junio de 2001, disponible en http://www.asf.be/AssisesRwanda'/fr/fr_VE. (visitado en marzo de 2006).

nacionales de aplicación que permitan a las instancias judiciales nacionales ejercer su jurisdicción sobre esos crímenes. Si una no se cumple, es muy probable que el principio no llegue a ser más que una loable expresión de deseo. Se han realizado muchos esfuerzos para determinar el contenido y el significado concreto de la jurisdicción universal, en varias reuniones de expertos¹⁷. En la práctica, la brecha entre la existencia del principio y su aplicación sigue siendo bastante amplia.

Con una perspectiva de derecho comparado, los Estados aplican el principio de universalidad sea de manera restringida sea amplia¹⁸. Según el concepto restringido, una persona acusada de crímenes internacionales puede ser procesada sólo si puede comparecer en el juicio, mientras que el concepto amplio incluye la posibilidad de iniciar un proceso en ausencia de la persona buscada o acusada (juicio *in absentia*)¹⁹. Esto afecta considerablemente el modo en que se aplica el principio en la realidad. Las fuentes de derecho internacional suelen referirse al concepto restringido²⁰, pero la decisión de remitirse al concepto amplio es, las más de las veces, una elección nacional²¹. Sin embargo, a pesar de que algunos Estados, como Bélgica o España, han hecho esfuerzos, enmendando su código penal, para que el principio de jurisdicción universal tenga efectos concretos, en la mayoría de los casos el principio no se ha aplicado, por lo que es más teórico que práctico.

17 V., por ejemplo, "Final report", nota 3. Por lo general, los siguientes catorce principios se aceptan como principios rectores en jurisdicción universal. Están inspirados en los Principios de Princeton, nota 5, y también han sido adoptados por organizaciones no gubernamentales que promueven el principio de jurisdicción universal. V. Amnistía Internacional, "LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL: Catorce principios fundamentales sobre el ejercicio eficaz de la jurisdicción universal", mayo de 1999, AI Index, IOR 53/01/99: 1) Los Estados deben garantizar que sus tribunales nacionales pueden ejercer la jurisdicción universal y otras formas de jurisdicción extraterritorial sobre las violaciones y los abusos graves contra los derechos humanos y contra el derecho humanitario internacional. 2) El cargo oficial no exime de responsabilidad. 3) Ausencia de inmunidad por delitos cometidos en el pasado. 4) Imprescriptibilidad. 5) Las ordenes de superiores, la coacción y la necesidad no deben ser circunstancias eximentes permisibles. 6) Las leyes y decisiones internas adoptadas con objeto de impedir el procesamiento de una persona no pueden ser vinculantes para los tribunales de otros países. 7) Ausencia de intromisiones políticas. 8) En los casos de delitos graves comprendidos en el derecho internacional, se deben emprender investigaciones y procesamientos sin esperar a que se presenten denuncias de las víctimas o de otras personas con interés suficiente en el caso. 9) Respeto de las garantías de juicio justo internacionalmente reconocidas. 10) Juicios públicos y con la asistencia de observadores internacionales. 11) Se deben tener en cuenta los intereses de las víctimas, de los testigos y de sus familias. 12) Prohibición de la pena de muerte y de otras penas crueles, inhumanas o degradantes. 13) Cooperación internacional en las investigaciones y procesamientos. 14) Formación eficaz de los jueces, fiscales, investigadores y abogados defensores.

18 V. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 285.

19 Sobre el tema de los juicios *in absentia*, v. CIJ, caso *Democratic Republic of Congo v. Belgium*, Warrant Arrest, 11 de abril de 2000, 14-02-02, CIJ Rep. 2002.

20 V., por ejemplo, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I de 1977, en relación con las infracciones graves contra esos Convenios (es decir, contra el derecho internacional humanitario) o el artículo 7 de la Convención contra la tortura. Muchos tratados internacionales parecen dar preferencia al concepto restringido, por considerarlo más realista.

21 Hay algunas excepciones, como el Reglamento 2000/15 de la Administración de Transición de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET) (v. arts. 2.1 y 2.2), pero ese reglamento, referido más bien a una situación específica, se asemeja más a un reglamento municipal que a un instrumento internacional.

Principio de complementariedad

Significado general

El principio de complementariedad puede definirse como un principio funcional destinado a otorgar jurisdicción a un órgano subsidiario cuando el órgano principal no puede ejercer su primacía de jurisdicción.

Esto no es más que un principio de prelación entre varios órganos capaces de ejercer jurisdicción²². En el marco de la jurisdicción universal, el principio de complementariedad —si bien no es nuevo— recobró cierto interés con la adopción, en 1998, del Estatuto de Roma, en el cual el principio de primacía de jurisdicción reconocido en los Estatutos de los dos tribunales *ad hoc* establecidos anteriormente, los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y para ex Yugoslavia (TPIR y TPIR, respectivamente), fue reformulado en un principio de complementariedad para beneficio de los Estados miembros²³. Como observó M. El Zeidy²⁴, el principio de complementariedad en el derecho penal internacional implica que ambos sistemas de justicia penal, nacional e internacional, funcionen de manera subsidiaria para sancionar los crímenes de derecho internacional: cuando el primero no puede hacerlo, interviene el segundo y garantiza que los perpetradores no queden sin castigo.

El principio de complementariedad se basa en un término medio entre el respeto del principio de la soberanía estatal y el respeto del principio de jurisdicción universal; para decirlo de otro modo, es la aceptación por los Estados de que quienes hayan cometido crímenes internacionales pueden ser sancionados a través de la creación y el reconocimiento de órganos penales internacionales. El Estatuto de la CPI es, por supuesto, una ilustración apropiada de esta idea y, probablemente, la más elaborada. La historia de su adopción nos recuerda cómo los Estados querían mantener el control de la situación y actuar como protagonistas, no como espectadores, lo que puso en evidencia su preocupación por el respeto del principio de soberanía²⁵. Sin embargo, los promotores de la justicia internacional consideraron el principio de complementariedad como un medio de dar la última palabra a la Corte Penal Internacional, cuando el Estado no cumple sus obligaciones de buena fe. Allí reside, probablemente, el equilibrio que el principio de complementariedad procura establecer entre los Estados y la Corte.

22 Bartram S. Brown, "Primacy or complementarity: Reconciling the jurisdiction of national courts and international criminal tribunals", *Yale Journal of International Law*, vol. 23, p. 386, 1998.

23 Sin embargo, v., sobre el impacto limitado de este cambio, Michael A. Newton, "Comparative complementarity: Domestic jurisdiction consistent with the Rome Statute of the ICC", *Military Law Review*, vol. 167 (marzo de 2001), p. 20.

24 Mohamed M. El Zeidy, "The principle of complementarity: A new machinery to implement international criminal law", *Michigan Journal of International Law*, vol. 23 (verano de 2002), p. 870.

25 V., por ejemplo, Cassese, nota 18, p. 351.

A pesar de que el principio de complementariedad puede hallarse en otros documentos²⁶, el Estatuto de Roma simboliza su aplicación. Mediante el principio de complementariedad se atribuye, ante todo, primacía de jurisdicción a los tribunales nacionales, pero incluye una “red de seguridad” que permite a la CPI revisar el ejercicio de jurisdicción si se reúnen las condiciones especificadas por el Estatuto. En segundo lugar, el principio de complementariedad en el Estatuto de la CPI no es sólo un principio general, como se dispone en el preámbulo²⁷ y en el artículo 1, sino que también incluye medios concretos de aplicación, ya que en el Estatuto se establecen condiciones para el ejercicio de la jurisdicción²⁸. Dan a la Corte cierto margen para posibles interpretaciones y podría llegar a ser vista como un árbitro²⁹. No cabe duda de que el principio de complementariedad da a los Estados Partes libertad para iniciar procesos, pero también deja a la CPI decidir si el proceso ha sido satisfactorio o no: “Deberá aplicarse un método imparcial, fiable y despolitizado para identificar los casos más importantes de interés internacional, evaluar las medidas tomadas por los sistemas de justicia nacional con respecto a esos casos y activar la competencia de la CPI cuando sea verdaderamente necesario”³⁰. Así pues, la responsabilidad recae tanto sobre los Estados como sobre la CPI. La dificultad será dar con el equilibrio debido.

El régimen jurídico del principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

Como dice J. T. Holmes, “la aplicación del principio de complementariedad plantea dos cuestiones prácticas: 1) ¿cómo comprueba la Corte que hay conflictos entre el ejercicio de su competencia sobre una situación o un caso y la afirmación y la asunción de la jurisdicción por un Estado? 2) ¿qué debe hacer la Corte cuando afronta ese conflicto?”³¹. El principio de complementariedad en el Estatuto de la CPI no es una mera declaración. Implica un régimen jurídico preciso que requiere la evaluación de la cuestión de competencia, aplicando condiciones tanto de sustancia como de admisibilidad. En primer lugar, la cuestión de complementariedad puede plantearse sólo si el crimen cabe dentro de las condiciones definidas en los artículos

26 En los Estatutos del TPIY (art. 9) y del TPIR (art. 8), se adoptó otra versión del principio de complementariedad. Se otorgó a los tribunales tanto nacionales como internacionales jurisdicción concurrente para juzgar los crímenes internacionales incluidos en los Estatutos, pero, en caso de litigio, los Estatutos dieron primacía a los tribunales internacionales.

27 V. párr. 10 del preámbulo: “...la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.

28 Como se describe en el art. 17.

29 John T. Holmes, “Complementarity: National courts versus the ICC”, en A. Cassese, P. Gaeta, J. R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, cap. 18.1, p. 672.

30 Brown, nota 22, p. 389.

31 Holmes, nota 29, cap. 18.1, p. 671.

5 a 8 del Estatuto³², según los cuales la CPI debe examinar los aspectos sustantivos del crimen, a fin de afirmar la competencia sobre un caso específico. En segundo lugar, el Estatuto exige el cumplimiento y el análisis de varias condiciones relativas a la admisibilidad: “investigación o enjuiciamiento real”³³, “no disposición” o “incapacidad” para incoar una acción penal.

La falta de una investigación y un enjuiciamiento reales por el Estado debería considerarse como el criterio fundamental para el ejercicio de la jurisdicción por la CPI. Si un crimen internacional ha sido debidamente investigado y enjuiciado, la CPI no debería tener jurisdicción sobre él. Sin embargo, subsiste la cuestión de saber qué es un “enjuiciamiento real”. Puede pensarse que se trata de un enjuiciamiento verdadero, no falseado. Sin embargo, esto podría ser subjetivo, si no se enmarca más claramente. Por ejemplo, ¿puede decirse que el enjuiciamiento a nivel nacional no es “real” si toma más tiempo que el que le llevaría a la CPI? La idea de los promotores del principio de complementariedad fue, en realidad, asegurarse de que los crímenes internacionales serían en verdad investigados y sancionados por los Estados, pero la palabra “realmente” pareció más neutral que “efectivamente” o “debidamente”³⁴. Será responsabilidad del acusado demostrar la falta de una investigación y un enjuiciamiento reales. Debe reconocerse que esa apreciación podría quedar abierta a discusión y ha de considerarse junto con las otras condiciones de falta de disposición y de capacidad.

La falta de disposición es bastante simple de comprender, pero es más complicada de evaluar. El significado de “no estar dispuesto a actuar” está enunciado en el artículo 17.2 del Estatuto de la CPI³⁵. Esta disposición enumera tres criterios para

- 32 Esto limita la aplicación del principio de complementariedad a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión” (art. 5.1). El crimen de agresión debe excluirse de la jurisdicción de la Corte por el momento, ya que aún no ha sido definido (art. 5.2).
- 33 El artículo 17.1 del Estatuto de la CPI establece el criterio de admisibilidad en relación con el principio de complementariedad. “La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”.
- 34 V., por ejemplo, el análisis de J. T. Holmes, donde compara el Estatuto de la CPI con el proyecto de Estatuto de la CDI, nota 29, pp. 673-674.
- 35 El artículo 17.2 reza así: “2. A fin de determinar *si hay o no disposición* a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” (El subrayado es nuestro).

determinar si hay falta de disposición: 1) sustraer a la persona de su responsabilidad penal; 2) demora injustificada en el juicio, lo que es incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona ante la justicia; 3) juicio no sustanciado de manera imparcial e independiente, o sustanciado de forma incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona ante la justicia. Estos criterios podrían dar una mejor idea de lo que significa falta de disposición, pero son bastante subjetivos por lo que respecta a la apreciación. Por consiguiente, la aplicación práctica también definirá su verdadero significado. Sin embargo, “falta de disposición” implica la falta de una actitud positiva por parte del Estado en pos de investigar y enjuiciar a los perpetradores de crímenes internacionales. En algunos casos, no cabrá duda alguna, pues hay Estados que ni siquiera quieren ocultar su falta de intención de hacer comparecer a los criminales ante la justicia. Sin embargo, en otros casos, será inevitable establecer un umbral. La responsabilidad de la Corte será debatir todos los elementos, a fin de determinar si existe “falta de disposición” o no. Por ejemplo, la existencia de algunas formas de inmunidad o amnistía podría indicar la falta de disposición para investigar y enjuiciar a las personas a que se refieran esas cláusulas. Si puede verificarse una “presunta falta de disposición” a fin de enjuiciar a los perpetradores de esos crímenes, las situaciones habrán de evaluarse caso por caso, pues existen muchas situaciones intermedias en que esas inmunidades o perdones no se conceden de forma automática ni para cualquier tipo de crímenes.

El concepto de incapacidad está definido en el artículo 17.3 del Estatuto de la CPI³⁶ de manera más simple que el de falta de disposición. Incluye, en primer lugar, el no funcionamiento del sistema judicial a un punto tal que es imposible emprender una investigación, incoar una acción y entablar un juicio contra los perpetradores. Como han observado varios especialistas en la materia³⁷, ésta es una situación ocasionada por los hechos, dado que la incapacidad puede ser el resultado de un colapso físico del sistema de justicia (ya no hay estructuras) o el colapso intelectual resultante (ya no hay jueces ni personal judicial o, si los hay, no son neutrales). La incapacidad también abarca situaciones en que la realización de los juicios es imposible, es decir que el sistema judicial puede funcionar, pero no puede afrontar las circunstancias excepcionales que por lo general resultan de una crisis. En este caso también será difícil determinar el umbral, pero probablemente se lo alcance cuando el número de casos que han de tratarse exceda manifiestamente el número que el sistema judicial por lo general puede tratar en situación de paz.

El artículo 17.2 del Estatuto de Roma también establece otros dos criterios de admisibilidad³⁸. Uno es bastante clásico: el principio de *non bis in idem*, según

36 El artículo 17.3 reza así: “3. A fin de determinar la *incapacidad* para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio” (El subrayado es nuestro).

37 Holmes, nota 29, p. 677.

38 El artículo 17.1 reza así: “c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”.

el cual una persona no puede ser enjuiciada dos veces por el mismo crimen. Esto no suscita ningún comentario en particular, salvo que, conforme al criterio de falta de disposición, el primer juicio no debería ser utilizado por el Estado como medio para proteger al perpetrador de un crimen internacional. El segundo criterio es la gravedad o la seriedad del crimen, según el cual sólo los crímenes más graves deberían ser tratados por la CPI. Estas dos condiciones parecen lógicas y fáciles de comprender. Sin embargo, ofrecen otra fuente de poder discrecional para aplicar el principio de complementariedad y definir la estrategia penal de la CPI³⁹.

Si bien persisten numerosas incertidumbres con respecto a la aplicación de estos criterios, es posible darse una idea de la aplicación concreta del principio de complementariedad. Y, lo que es más importante, estos criterios ilustran cómo la CPI estará obligada a hacer ciertas pruebas para relacionar la cuestión de la jurisdicción con las de la admisibilidad y el derecho sustantivo. Aunque la jurisdicción es independiente de las demás condiciones, debe evaluarse en combinación con ellas cuando se trata de interpretarla y aplicarla.

El principio de complementariedad en el sistema penal nacional

Sin embargo, el principio de complementariedad no debería analizarse sólo a la luz de las disposiciones del Estatuto de la CPI. Debe tomarse en consideración cada contexto nacional, ya que éste determina la capacidad del Estado de afirmar su competencia sobre crímenes internacionales. Esto conlleva un análisis de los sistemas de justicia penal nacionales a fin de evaluar su capacidad de ejercer competencia. Han de examinarse tres elementos: 1) los medios técnicos ofrecidos por el Estado para enjuiciar ese tipo de crímenes; 2) los métodos de trabajo del sistema de justicia penal; 3) las reglas de procedimiento y prueba aplicables en los procesos penales. Sin entrar en detalle, puede suponerse que las diferencias inherentes entre sistemas judiciales determinarán la manera en que se aplicará el principio de complementariedad. Por consiguiente, éste no se aplicará de manera uniforme, lo cual debe reconocerse, y tomarse en consideración, como una interacción normal entre los sistemas judiciales internacional y nacionales.

Si bien es fácil comprender su definición, el principio de complementariedad revela su complejidad cuando se lo confronta con los sistemas nacionales. El principio de complementariedad, concebido como un medio de mejorar la aplicación del principio de jurisdicción universal, está plasmado en el Estatuto de la CPI para hacer realidad el enjuiciamiento de los crímenes internacionales que, con demasiada frecuencia, han sido desestimados por falta de esos medios. Pero esto no debe hacer olvidar los desafíos y las dificultades que aún persisten.

39 El poder discrecional es compartido entre la Fiscalía, la Sala de Cuestiones Preliminares y, posiblemente, el Consejo de Seguridad de la ONU. El papel de los Estados miembros en este debate probablemente se limite a los casos de desacuerdo.

Los desafíos que afrontan los principios de jurisdicción universal y complementariedad

A pesar de que la relación entre el principio de jurisdicción universal y el principio de complementariedad puede comprenderse a partir de sus definiciones, es necesario analizar detenidamente su interacción, tanto teórica como práctica. Esto debería llevar a una evaluación más precisa de la situación actual y, por consiguiente, del papel exacto que el principio de complementariedad deberá cumplir en un futuro cercano.

Aceptación general del principio de jurisdicción universal

A pesar de sus dificultades inherentes, el principio de jurisdicción universal sigue teniendo amplia aceptación entre los Estados debido a la naturaleza específica de los crímenes internacionales. Ningún Estado puede apoyar oficialmente estos crímenes ni el hecho de que queden sin castigo. Sin embargo, se plantean dificultades cuando se trata de su aplicación concreta. Su significado es, en cierta medida, vago, y sus repercusiones jurídicas reales siguen siendo objeto de debate. ¿Se lo puede considerar como el equivalente de un principio general de derecho que conlleva simplemente el cumplimiento de la “obligación de proporcionar medios”? ¿O también incluye algunas directrices operacionales que deben ser respetadas por la comunidad internacional en su conjunto? ¿Las referencias generales a este principio fuera del ámbito jurídico, sobre todo en los medios de comunicación o a través de su inclusión en las políticas, han socavado su eficacia?

Cuando se plantean estas cuestiones, se pone en evidencia la necesidad de colocar este principio dentro de un marco más jurídico a fin de determinar su valor normativo. Para determinar el origen de la jurisdicción universal, pueden considerarse tres fuentes: los acuerdos internacionales, el derecho internacional consuetudinario y las legislaciones nacionales.

Los convenios internacionales a veces imponen la obligación de enjuiciar y castigar a quienes han cometido crímenes internacionales⁴⁰. Es lo que establecen los Convenios de Ginebra a través de la noción de violaciones graves del derecho

40 V., por ejemplo, Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 4 de septiembre de 1956, 266 UNTS 3; Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, adoptada el 30 de noviembre de 1973, 1015 UNTS 244; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, abierto a la firma el 16 de diciembre de 1970, 10 ILM 133; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, abierto a la firma el 23 de septiembre de 1971, 10 ILM 1151; Convención internacional contra la toma de rehenes, adoptada el 12 de diciembre de 1979, Res. AG 34/146, UN GAOR, 34º período de sesiones, Sup. N.º 99, UN Doc. A/34/819, 18 ILM 1456 (1979); Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada el 10 de diciembre de 1984, S. Treaty Doc. N. 100-20, 1465 UNTS 85. Para más información, v. H. Osofsky, “Foreign sovereign immunity for severe human rights violations: New directions for common law based approaches”, *New York International Law Review*, vol. 11 (1998), p. 35.

internacional humanitario⁴¹. La obligación está claramente enunciada en los convenios e impone a los Estados Partes la obligación de actuar (obligación de resultado), pero deja al Estado la tarea de determinar el medio para hacerlo. Esto puede plantear algunas dificultades, ya que cada sistema nacional es responsable de cumplir esta obligación doble de buscar a los criminales de que se trate y hacerlos comparecer ante la justicia. La inclusión de la jurisdicción universal en los convenios internacionales —siempre que no se puedan formular reservas— implica que el Estado tiene la obligación y la responsabilidad de aplicarla, pero no ofrece garantía alguna de que realmente habrá un enjuiciamiento y se impondrá un castigo, dado que los sistemas judiciales nacionales aplican diferentes reglas de procedimiento y prueba.

El derecho internacional consuetudinario también puede ser una fuente de reconocimiento de la jurisdicción universal cuando se trata de crímenes internacionales⁴². Sin embargo, sólo establece el principio y no necesariamente contiene directrices u orientaciones precisas acerca de la aplicación de la jurisdicción universal. Por consiguiente, la obligación normativa que, en la práctica, se impone al Estado es más débil, aunque, en teoría, no debería hacerse ninguna distinción de valor entre las disposiciones consuetudinarias y las convencionales; entre ambas, hay sólo una diferencia de grado de precisión en términos normativos. El derecho

41 Art. 49, CG I; art. 50, CG II; art. 129 CG III; art. 146 CG IV: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. *Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes.* Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio”. (El subrayado es nuestro.)

42 “Norma 157: Los Estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra”, Jean-Marie Henckaerts, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”, Separata de la *International Review of the Red Cross*, disponible en www.icrc.org/spa/rev. V., para un análisis más general, el capítulo 44 de Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law. Vol. I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 568-621, en relación con los crímenes de guerra. A continuación, enumeramos las normas que pueden relacionarse con el ejercicio de la jurisdicción universal: Norma 156: las violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra; Norma 158: los Estados deberán investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados; Norma 159: cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello; Norma 160: las leyes de prescripción no se aplican a los crímenes de guerra; Norma 161: los Estados se esforzarán en cooperar todo lo posible entre ellos a fin de facilitar la investigación de los crímenes de guerra y el enjuiciamiento de los imputados.

internacional consuetudinario puede verse de dos maneras. Puede interpretarse como una obligación general a la que las convenciones luego dan efecto concreto, a través de obligaciones más precisas. También puede verse como una extrapolación de normas convencionales que gozan de tanta aceptación, que los Estados no Partes aceptan obligarse por el principio, como si fuera equivalente a una norma general. Con respecto a la jurisdicción universal, ésta podría ser la situación de los Estados que no aceptan ser Partes en un instrumento específico por razones políticas, pero aceptan la sustancia de ese principio. Las normas combinadas de derecho internacional consuetudinario dan apoyo para la aplicación tanto de la jurisdicción universal como del principio de complementariedad, pero no ofrecen al Estado orientaciones precisas o un curso de acción ya preparado.

La jurisdicción universal también puede ser aceptada por los Estados como un compromiso voluntario, dentro del marco nacional, de sancionar algunos crímenes respecto de los cuales no existe una obligación internacional general de hacerlo. Así, la jurisdicción universal deriva de un compromiso nacional con respecto a la comunidad internacional contraído por un Estado que, por ejemplo, no es Parte en ciertas convenciones. Reconocer la jurisdicción universal de esta manera puede crear una obligación asimétrica para algunos Estados. Ése sería el caso de los Estados que no son Partes en el Estatuto de la CPI, a pesar de que no tienen una obligación internacional de hacerlo.

El análisis de las fuentes de la jurisdicción universal deja suponer que el principio en sí no es suficiente para garantizar su aplicación. Necesita reconocimiento general y medidas de aplicación o, cuando menos, obligaciones claras para identificar los deberes de los Estados. Al respecto, sería más acertado considerar que el principio de jurisdicción universal debería completarse con normas jurídicas que establezcan fundamentos precisos y definan las condiciones o la naturaleza exacta de las obligaciones. Esto daría lugar a múltiples fundamentos para la jurisdicción universal, o las “jurisdicciones universales”. Cada una sería un medio en sí. La escisión del principio de jurisdicción universal es necesaria para crear obligaciones estatales más claras. Esta afirmación tal vez no sea revolucionaria, pero podría explicar por qué el principio suele decepcionar tanto en la práctica. Sin embargo, si el derecho internacional avanzara en la formulación de una definición concreta de esas obligaciones, el poder discrecional consustancial con la soberanía estatal aún dejaría un margen de apreciación incompresible, cuando se trata de la aplicación final de las disposiciones.

Otro aspecto que suele dejarse de lado cuando se analiza el concepto de jurisdicción universal es su pertenencia doble, tanto al derecho internacional como al nacional. La obligación universal conlleva una primera obligación para el Estado de organizar —y si fuera necesario, enmendar— su propio sistema jurídico para hacer posible el ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales nacionales. No debe olvidarse que la jurisdicción universal es bastante anormal para los tribunales penales nacionales, y que podría ser difícil, para los jueces, aplicarla sin disposiciones nacionales precisas que enmarquen u organicen esa facultad. En realidad, este aspecto de la jurisdicción universal puede obstaculizar el funcionamiento o la eficiencia

de todo el sistema, si no se adopta legislación nacional, en la mayoría de los casos disposiciones estatutarias. La jurisdicción universal puede llegar a ser —y, a veces, lo es— un principio falso, debido a una falta total o parcial de promulgación. Puede ser incluso problemático, cuando el texto constitucional nacional entra en conflicto con las obligaciones de jurisdicción universal, como podría ser, por ejemplo, respecto de las inmunidades o del derecho a conceder amnistías; por lo general, éstas se incluyen de manera general y, a veces, quedan a discreción de los jefes de Estado o de Gobierno, a pesar de que normalmente debería haber excepciones cuando se trata de crímenes internacionales. Sin embargo, con frecuencia el choque entre las obligaciones internacionales y las constitucionales no se produce, debido a la superposición limitada del ámbito respectivo. ¡Lo cual no significa que el conflicto no pueda existir!

Relación entre el principio de jurisdicción universal y el principio de complementariedad

Dentro de este marco general, el principio de complementariedad —tal como fue consagrado en el Estatuto de la CPI— debería ser considerado como una válvula de seguridad que permite la racionalización y una mejor eficacia del principio de jurisdicción universal. El principio de complementariedad respeta, ante todo, dos principios vigentes del derecho internacional, el principio de soberanía estatal y el principio de primacía de acción en relación con los procesos penales⁴³. En segundo lugar, el principio de complementariedad ofrece al Estado el derecho a ejercer jurisdicción universal y a decidir qué hacer con el perpetrador conforme a sus propias normas penales. Como dijo el presidente de la Conferencia de Roma en relación con las penas que podrían imponerse a quienes cometen crímenes internacionales, “...de conformidad con el principio de complementariedad entre la Corte (la CPI) y las jurisdicciones nacionales, los sistemas de justicia nacional tienen la responsabilidad principal de investigar, enjuiciar y castigar a las personas, conforme a sus leyes nacionales relativas a los crímenes que caen bajo la jurisdicción de la CPI⁴⁴.” El principio de complementariedad no ha de subestimarse ni sobreestimarse. No suplente la carencia de esfuerzos de la comunidad internacional o de un Estado por enjuiciar a los perpetradores de crímenes internacionales. Su finalidad es ayudar a los Estados y a la comunidad internacional, a través del Estatuto de Roma, a aplicar mejor el principio de jurisdicción universal. El principio de complementariedad

43 Esto es parte integrante del Estatuto de la CPI. Como sostienen algunos autores (v., por ejemplo, Kriangsag, Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 25 y ss.), no ocurrió lo mismo con el TPIY y el TPIR, dado que sus estatutos disponen la primacía del tribunal internacional *ad hoc* y la complementariedad o, al menos, la jurisdicción concurrente para los tribunales nacionales. En el Estatuto de la CPI, el sistema se invierte.

44 V. comunicado de prensa de la Conferencia de Roma L/ROM/22, 17 de julio de 1998. La declaración se hizo en relación con la posibilidad de que los Estados impusieran la pena de muerte por ese tipo de crímenes. Conforme al artículo 80 del Estatuto, esta cuestión queda bajo el propio sistema judicial del Estado y no está afectada por el Estatuto de la CPI; no está directamente relacionada con la jurisdicción, pero muestra cómo los aspectos procesales y el sistema de justicia penal están vinculados a la cuestión de la jurisdicción.

puede verse como una herramienta de procedimiento que permite a la comunidad internacional tomar la iniciativa, si los Estados no pueden u omiten ejercer su jurisdicción. Procura ofrecer a los Estados y la comunidad internacional una salida posible, cuando la ausencia de juicio o castigo por crímenes internacionales sería inaceptable. Esa posibilidad podría tener un efecto disuasivo en los perpetradores que, de otro modo, se sentirían seguros porque sabrían que no se haría juicio alguno en su contra. No es seguro que llegue a entablarse una acción en su contra, pero tendrán que vivir permanentemente con la espada de Damocles sobre su cabeza... A pesar de que, probablemente, no sea suficiente para disuadir por completo a quienes cometen crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio o algún otro crimen internacional, al menos el mecanismo existe, y debería ser respaldado como medio de avanzar hacia una mejor aplicación del derecho internacional humanitario y del derecho de los derechos humanos.

El principio de complementariedad también podría ayudar a resolver algunos dilemas que no son necesariamente el resultado de fallas jurídicas, sino que están relacionados con problemas políticos o diplomáticos.

El principio de complementariedad también ofrece una solución alternativa a dilemas jurídicos internos. Aunque la jurisdicción universal es responsabilidad del Estado, el sistema jurídico o político interno puede hacer imposible la afirmación de la jurisdicción por razones ajenas a la voluntad del Estado. Si el Estado considera que es imposible ejercer la jurisdicción, el principio de complementariedad ofrece una posibilidad de transmitirla. Se puede considerar que la jurisdicción universal es iniciada por los Estados a través del empleo activo de ese principio⁴⁵. Por ejemplo, de los asuntos presentados ante la CPI hacia fines de 2005⁴⁶, tres revelaron la incapacidad de los Estados de enjuiciar a presuntos responsables de crímenes internacionales. En esos casos (República Democrática del Congo, Uganda y República Centroafricana), el asunto fue referido directamente a la CPI por los Estados, que consideraron que los juicios de esos criminales ante sus propios tribunales serían imposibles; el último caso, el de Sudán, fue referido a la Corte por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En todos esos casos, el Fiscal no inició los procesos, lo que demostró que el principio de complementariedad no puede verse como un principio unidireccional, sino más bien como un mecanismo que ofrece posibilidades de cooperación entre las autoridades estatales y la CPI.

Por lo que respecta a la situación general, el principio de complementariedad representa un avance hacia el enjuiciamiento de crímenes internacionales, y las personas que los cometen no deberían abrigar esperanza alguna de hallar una tabla de salvación. No obstante, sería errado, sin duda, considerar el principio de complementariedad como una solución definitiva a las inadecuaciones de la jurisdicción universal. En cambio, debería verse como una etapa intermedia en el

45 En comparación con el “empleo pasivo del principio de complementariedad”, según el cual el Estado no tomará ninguna iniciativa si no puede o no quiere enjuiciar a los perpetradores de crímenes internacionales. Una actitud positiva mostraría la preocupación de los Estados por enjuiciar a esos criminales, buscando en la CPI la estructura y los medios de los que no disponen.

46 Sobre estos casos, v. www.icc-cpi.int/cases.html (visitado en marzo de 2006).

camino hacia mejorar la situación, y no como un logro total. ¡Es un medio, no un fin! Como cualquier otro medio, necesita de la voluntad política para ser efectivo y eficaz. Además, el principio mismo tiene algunos puntos débiles.

Las limitaciones inherentes al principio de complementariedad

Hay razones tanto subjetivas como objetivas para limitar la eficacia del principio de complementariedad respecto de la aplicación de la jurisdicción universal y no pueden ignorarse.

Razones objetivas

Las razones objetivas derivan tanto del sistema nacional como internacional. Dentro del sistema jurídico internacional, pueden identificarse dos problemas: la falta de definiciones precisas de los crímenes internacionales, y las condiciones de aplicación del principio de complementariedad tal como las define el Estatuto de la CPI.

Puede sorprender que se considere un problema la falta de definiciones precisas y la enumeración de los elementos de los crímenes internacionales, dado que la lista de crímenes en el Estatuto de la CPI, en los artículos 6 a 8, es bastante extensa y detallada. Sin embargo, a la luz de la definición de los crímenes, un juez nacional puede tropezar con dificultades para calificar un crimen de internacional, ya que los elementos específicos que califican el crimen pueden ser relativamente inadecuados en comparación con el sistema nacional. La difusión por la Corte de su propia práctica y jurisprudencia podría ayudar a saldar la brecha, pero ese punto débil no puede desconocerse, sobre todo que la labor de la Corte se encuentra actualmente en la fase inicial⁴⁷. Se necesitará establecer un sistema de comunicación, pues los magistrados nacionales no están acostumbrados a “definiciones abiertas” o a “elementos de los crímenes”. Si bien no debe exagerarse, existe un riesgo de disparidad en la aplicación y la apreciación que den los Estados a las definiciones y los elementos de los crímenes, y esto podría llevar a una aplicación desigual de la jurisdicción universal.

Como se define en los artículos 1, 15, y 17 a 19 del Estatuto de la CPI, el principio de complementariedad está delimitado con exactitud mediante varias condiciones de aplicación, las cuales deberían permitir una mejor aplicación. Sin embargo, podría ser difícil evaluar esas condiciones, como hemos dicho antes: ¿qué significa exactamente “falta de disposición” o “incapacidad” de enjuiciar? Estas expresiones abiertas dejan a la autoridad judicial el poder discrecional de decidir acerca de su contenido y marco de aplicación. Son suficientemente amplias como para dejar espacio para una selección de casos por presentar ante la Corte

47 La jurisprudencia del TPIY y del TPIR obviamente puede ayudar como referencia. Sin embargo, desde un punto de vista meramente jurídico, ha de recordarse que la CPI tendrá la libertad de adoptar o rechazar los razonamientos de los tribunales *ad hoc*. Esa jurisprudencia tiene un valor interpretativo, pero no normativo.

y considerar el principio de complementariedad como una herramienta para definir una “política penal”. Esto no es anormal *per se*, dado que la definición de una política penal es consustancial con toda autoridad judicial, pero significa que el principio de complementariedad será inevitablemente selectivo⁴⁸. Además, el poder discrecional del Fiscal será revisado por la Sala de Cuestiones Preliminares, lo que deja espacio para el ejercicio de otro poder discrecional. A ello debería añadirse el hecho de que el Consejo de Seguridad también puede iniciar procesos que lleven a acusaciones⁴⁹, es decir que es posible introducir otra consideración acerca del principio de complementariedad. Esto podría producir una fragmentación del significado del principio de complementariedad, en virtud de los diferentes tipos de consideraciones.

Dentro de los sistemas jurídicos nacionales, también hay dificultades objetivas que no pueden ignorarse: la definición de los crímenes internacionales en la legislación nacional debería estar en consonancia con su definición a nivel internacional. Este requisito es obvio y, si bien siempre se necesita cierto tiempo, la adaptación debería hacerse lo más rápidamente posible. Pero esto no siempre ocurre, y algunos crímenes internacionales aún están definidos de forma diferente en los dos sistemas jurídicos. Por ejemplo, algunos crímenes de guerra están calificados, a nivel nacional, como crímenes de lesa humanidad, o el genocidio es considerado, a veces, como crimen de lesa humanidad. Esta cuestión debe abordarse, y la tarea de comunicación de la CPI será importante por lo que se refiere a presentar propuestas para resolver el dilema. Queda claro, una vez más, que el principio de complementariedad está relacionado con la sustancia del derecho. Podría haber graves contradicciones en la aplicación del principio de complementariedad, aunque los Estados deseen respetarlo, dado que pueden estar en desacuerdo en cuanto a las condiciones de aplicación, sosteniendo que algunos crímenes no están cubiertos por el Estatuto.

Otro riesgo objetivo de desacuerdo sobre el principio de complementariedad reside en las diferencias inherentes entre los sistemas jurídicos nacionales. Aunque los crímenes internacionales estén definidos de la misma manera a nivel nacional e internacional, ciertas diferencias en cuanto a los procesos penales y la admisibilidad de las pruebas pueden generar divergencias de apreciación. Por ejemplo, si una persona está acusada de un crimen internacional, pero no se han reunido pruebas suficientes o no se cumplen las reglas necesarias para un juicio equitativo, los jueces nacionales pueden ser reticentes o negarse a enjuiciar al acusado. Se atenderían al marco de su sistema judicial nacional, pero no necesariamente al requisito internacional. ¿La CPI aceptaría tal situación, o iniciaría un proceso con el argumento de la falta de disposición o de capacidad para enjuiciar a criminales de guerra? Sea cual fuere la situación, este riesgo no debe subestimarse y, actualmente, no existe una solución para ese conflicto potencial. Tal vez sería adecuado elaborar reglas de procedimiento y/o prueba comunes definidas especialmente para esos crímenes internacionales, a

48 Por ejemplo, los casos podrían seleccionarse en relación no con los crímenes, sino con la facilidad de reunir pruebas o la capacidad de efectuar procesos efectivos.

49 V. art. 13 (b) del Estatuto de la CPI.

fin de contar con un enfoque armonizado. Pero ello aún no se ha logrado...

Las inmunidades y las amnistías concedidas a nivel nacional, si bien están prohibidas para los perpetradores de crímenes internacionales debido a la naturaleza misma de esos crímenes, siguen planteando cuestiones relativas al principio de complementariedad. Una amnistía general nunca puede ser un obstáculo para enjuiciar a perpetradores de crímenes internacionales ante la CPI, pero hay varias situaciones intermedias donde esas cuestiones debilitarán, en la práctica, el principio de complementariedad. A pesar de que las amnistías están prohibidas para ciertos crímenes internacionales, por ejemplo, la tortura, es posible concederlas en forma individual a nivel nacional en el marco de un proceso cuasijudicial. Con bastante frecuencia, esas inmunidades se conceden constitucionalmente a los jefes de Estado o a funcionarios estatales de alto nivel, de manera general y sin restricciones⁵⁰. ¿Cómo considerará estos casos la CPI? Difícil decirlo. Sin embargo, la CPI, a través de la Fiscalía, también puede considerar esas situaciones y decidir que el enjuiciamiento de ciertos perpetradores no redundaría en interés de la justicia⁵¹. Otro posible tema relacionado con el principio de complementariedad sería el caso de un perpetrador de crímenes internacionales que es enjuiciado por un tribunal nacional, acusado y luego amnistiado. En tal caso, sería difícil para la Corte demostrar que están reunidas las condiciones para la admisibilidad establecidas en el artículo 17 del Estatuto de la CPI⁵².

Estructuras estatales e influencia de los regímenes políticos en la posible acusación de perpetradores de crímenes internacionales

El sistema constitucional de un Estado puede dar independencia completa al poder judicial. Por consiguiente, hay un riesgo de desacuerdo entre las diversas autoridades sobre el enjuiciamiento de un crimen internacional. Aunque las autoridades ejecutivas o legislativas estén a favor de enjuiciar a un criminal internacional, las autoridades judiciales podrían estar en desacuerdo. Lo inverso también es cierto, como quedó ilustrado por la situación belga con respecto a la aplicación de la legislación sobre jurisdicción universal: si bien fue enmendada en 1999, la Ley correspondiente de 1993 resultó confusa para las autoridades⁵³.

50 V. el caso *Yerodia (DRC v. Belgium: The Warrant of Arrest from the 11th of April 2000 Case*, CIJ, 14 de febrero de 2002), donde se debatió el tema.

51 V. art. 53.2 del Estatuto de la CPI.

52 V. Holmes, nota 29, p. 678. El caso hipotético descrito por Holmes es bastante interesante. El autor sugiere que, si un perpetrador ha sido investigado, enjuiciado, castigado y luego perdonado, sería muy difícil, en ciertos casos, ofrecer pruebas de que no se reunían las condiciones del artículo 17 cuando se efectuó el proceso ante el tribunal nacional.

53 Aunque el principio de complementariedad no estaba en juego en el caso *DRC v. Belgium* (nota 50), quedaron en evidencia los límites de la *jurisdicción universal frente a las realidades de la diplomacia*. La CIJ no examinó expresamente la cuestión de la jurisdicción universal *in absentia*, y difícilmente podría decirse que la decisión la dejó de lado. Sin embargo, este caso, así como otras acusaciones contra políticos conocidos en todo el mundo, llevó a la enmienda, en 2003, de la *1993/1999 Act on Universal Jurisdiction (Ley sobre Jurisdicción Universal de 1993/1999)*. V. David, nota 10, p. 817; M. Hallberstam, "Belgium's universal jurisdiction law: Vindication of international justice or pursuit of politics?", 2003 *Cardozo Law Review*, vol. 25, p. 247.

Dado que debe iniciarse una investigación si hay denuncias de crímenes internacionales, la autoridad judicial está obligada a hacerlo. Esto favorecería el enjuiciamiento de crímenes internacionales, pero, por lo que respecta al principio de complementariedad, hay dos riesgos muy diferentes. El primero es un posible punto muerto entre las autoridades estatales, que provocaría una crisis entre el Estado y la CPI si el poder judicial nacional se apega a sus propias normas. El segundo es una posible reticencia del poder ejecutivo (Gobierno) a intervenir, lo que complicaría sus relaciones diplomáticas. En ambos casos, estos riesgos podrían aumentar las dificultades en la relación entre la Corte y el Estado.

Estructuras judiciales nacionales

El sistema judicial nacional también puede ser una fuente de complicaciones si la jurisdicción de los crímenes internacionales se asigna a tribunales específicos o, por el contrario, a tribunales comunes. Por lo general, los crímenes internacionales son, ante todo, crímenes *mala in se* (actos incorrectos o inmorales en sí mismos), lo que significa que con frecuencia pueden ser enjuiciados directamente bajo una acusación más general⁵⁴. En segundo lugar, si los crímenes internacionales se cometen en el marco de un conflicto armado, se podría otorgar jurisdicción exclusiva a los tribunales militares, que podrían verse tentados a moderar o mitigar la sanción de esos crímenes. La cuestión no será entonces “la investigación o el enjuiciamiento reales”, sino la diferencia de enfoque de los tribunales comunes y los tribunales militares. Esta cuestión fue central en el caso *Calley*⁵⁵, en el que la reducción de la pena por la Sala de Apelaciones plantea la cuestión de la falta de disposición para enjuiciar al acusado. Si se presentara ese caso hoy en día, ¿cómo se aplicaría el principio de complementariedad? ¿Significa que la posible severidad de la pena influiría en la cuestión de la jurisdicción? Es posible, si se tiene en cuenta que la apreciación efectuada por un tribunal militar podría interpretar con mayor indulgencia la situación del acusado.

Otro tipo de dificultad que afronta el principio de complementariedad es la diversidad de procedimientos para la extradición y la cooperación judicial entre Estados. Obviamente, la extradición y la cooperación judicial persiguen el objetivo de mejorar la aplicación de la jurisdicción universal. Sin embargo, aunque hay algunos ejemplos de cooperación regional, la extradición y la cooperación judicial siguen basándose en las relaciones bilaterales entre Estados. Por consiguiente, puede haber diferencias entre las condiciones establecidas en los textos respectivos. Normalmente, esto no debería tener efectos en los crímenes internacionales, pero

54 “¡Un asesinato es un asesinato!” Esto explica, a veces, la reticencia de algunos Estados a adaptar su legislación cuando deciden ser Partes en tratados relativos a crímenes internacionales. Sin embargo, debe reconocerse la naturaleza específica de los crímenes internacionales, pues podría influir en la gravedad del crimen. Por ello, es necesario establecer una categoría específica, separada, de delitos para esos crímenes a fin de evitar confundirlos con delitos comunes. Si surgiera esa confusión, sin duda tendría repercusiones en la jurisdicción universal y en el principio de complementariedad.

55 *United States v. William L. Calley, Jr.*, US Court of Military Appeals, 21 de diciembre de 1973, 22 USCMA 534 (1973).

en algunos casos el argumento podría utilizarse para evitar la extradición, y las diferencias de apreciación entre las autoridades pueden debilitar el proceso judicial. Otro tema secundario es el poder discrecional otorgado al poder ejecutivo para decidir si la extradición es apropiada. Esta cuestión está lejos de ser puramente teórica, como ha quedado demostrado en el caso *Pinochet*⁵⁶.

Razones subjetivas

Existen dificultades subjetivas vinculadas a los aspectos jurídicos de la relación entre la jurisdicción universal y el principio de complementariedad, que también influirán en la aplicación de esos principios y, por lo tanto, no pueden ser ignoradas. Al igual que las razones objetivas, las razones subjetivas son de índole internacional e interna.

Razones jurídicas internacionales

Una definición adecuada de crímenes internacionales y la adhesión al Estatuto de Roma no serán suficientes para garantizar el enjuiciamiento de esos crímenes. Una de las primeras condiciones para un enjuiciamiento eficaz de los crímenes internacionales es la existencia de un sistema judicial eficiente, es decir, tribunales que funcionen con jueces competentes. Pero esto no siempre es posible, sobre todo después de que un conflicto armado o una crisis ha colapsado al país. Debería hacerse una evaluación de esas condiciones, pero es muy probable que se confundan la jurisdicción universal y el principio de complementariedad, si no se cuenta con estructuras viables. El peligro se intensificará en la medida en que aumente el número de crímenes, lo cual no debería subestimarse, aunque siempre existe la posibilidad de establecer un sistema *ad hoc* (internacional o mixto). Pero esto dependerá de la voluntad de la comunidad internacional. Si se deja a la CPI con el principio de complementariedad únicamente, y siempre que el país de que se trate decida cooperar, su papel probablemente se limitará, en la práctica, a un número reducido de casos, sin garantías de que será posible realizar las investigaciones y reunir las pruebas suficientes. La CPI no puede compensar las deficiencias de los Estados o de la comunidad internacional.

Además, existe el riesgo de un trato desigual entre Estados, que podría llevar a negociaciones entre ellos, sobre todo los que no son Partes en el Estatuto de Roma. Considerando que los crímenes internacionales están sujetos, en teoría, a la jurisdicción universal pero no necesariamente pueden ser enjuiciados en la práctica⁵⁷, ¿cuán eficaz puede ser realmente el principio de complementariedad? La desigualdad puede ser el resultado de necesidades contradictorias para el Estado. Si, por ejemplo, se trata de un país en desarrollo, la adhesión al Estatuto de la CPI o la

56 Nota 15. A pesar de la aprobación de la extradición del ex jefe de Estado chileno por el poder judicial británico, el Gobierno no la ejecutó por razones médicas.

57 Debido a la presión de otros Estados que hacen depender su ayuda económica de la cooperación (o no) con las instituciones pertinentes.

concertación de un acuerdo con arreglo al artículo 98 de ese instrumento puede ser un medio de negociar un apoyo económico como contraparte. Este debate no puede ignorar las relaciones económicas y la política, pues sin duda cumplen un papel más allá de la adhesión de los Estados a los principios generales. El riesgo de crear “zonas impermeables a los enjuiciamientos” para los perpetradores de crímenes internacionales, con pocos medios para obligar al Estado a cumplir sus obligaciones de “jurisdicción universal”, es considerable. La fuerza de los Estados y las posiciones que adoptan tienen una influencia evidente en ese aspecto⁵⁸.

Otro aspecto subjetivo se relaciona con la situación política general de cada país. Debe recordarse que la naturaleza de los regímenes políticos, en función del tipo de separación de poderes y la existencia de mecanismos de equilibrio entre poderes (régimen autoritario o democrático) también afectará la aplicación de los dos principios. Históricamente, el principio de complementariedad es bastante nuevo, en comparación con las relaciones entre Estados, de larga data en general. Así pues, sería poco realista ignorar la situación particular y global de cada Estado y el efecto sobre ella de la aplicación del principio de complementariedad. Por ejemplo, la proximidad de dos países podría dificultar el enjuiciamiento de crímenes internacionales si esos procesos tuvieran un impacto demasiado fuerte y negativo en las relaciones entre ambos países, lo que daría lugar a una crisis que empeoraría los procesos mismos. Más allá de los discursos oficiales sobre enjuiciamiento y cooperación con los organismos internacionales, existe una dimensión geopolítica que no puede descuidarse y que podría generar un gran riesgo de inacción.

La actitud de la comunidad internacional tampoco puede sobreestimarse. Detrás del consenso oficial de que los criminales internacionales deberían ser llevados ante la justicia, emerge de nuevo la *realpolitik* y la situación se ve entonces de manera diferente. El poder otorgado al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para remitir un asunto a la Corte⁵⁹ sirve como ejemplo. Podría verse como otro aspecto positivo del principio de complementariedad, que se aplica para dar un mayor efecto concreto al principio de universalidad, y además se ha utilizado en el caso de la situación de Darfur, en Sudán. Sin embargo, este ejemplo no debe oscurecer el alto riesgo de selectividad que conlleva la visión de la comunidad internacional acerca de los crímenes internacionales. Si bien se ha hecho una evaluación general de los crímenes internacionales en el mundo, los métodos de trabajo y las reglas de procedimiento del Consejo de Seguridad podrían dar lugar a un enfoque selectivo por lo que respecta a los procesos que podría iniciar la CPI. Si esos procedimientos fueran en detrimento de los intereses de algunos Estados miembros, sería muy difícil obtener su consentimiento independientemente de la

58 V. Henry J. Steiner, “Three cheers for universal jurisdiction –or is it only two?”, *Theoretical inquiries in Law*, vol. 5 (2004), pp. 201 y ss. y 229 y ss.

59 V. art. 13 del Estatuto de la CPI sobre el ejercicio de la competencia: “La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: ... (b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes”.

naturaleza de los crímenes. Es suficiente para ellos ser miembros permanentes del Consejo de Seguridad, y la situación puede bloquearse. Además, debe alcanzarse un “umbral de preocupación” para que la comunidad internacional se sienta interesada y actúe al respecto. Lamentablemente, los crímenes internacionales se evalúan aquí en función de su número y su visibilidad. Si no tienen un perfil suficientemente alto o se cometen sólo esporádicamente, el riesgo de falta de interés y, por ende, de inacción, también será alto.

Las normas jurídicas que derivan del principio de complementariedad normalmente deberían conducir al enjuiciamiento de los perpetradores de crímenes internacionales. Sin embargo, la aplicación práctica de ese principio probablemente se verá obstaculizada por la necesidad de que la Corte defina su política penal. Lógicamente, y según las declaraciones que han hecho la Fiscalía y el presidente de la CPI⁶⁰, la Corte apuntará a los mayores responsables de crímenes internacionales, a los que a veces se hace referencia como los “pescados grandes”, es decir, principalmente, funcionarios y militares de alto rango, a menudo bastante inaccesibles para los tribunales nacionales, debido a sus posiciones y los estatutos nacionales de limitación o inmunidad, a pesar de que esos estatutos no son aplicables a los crímenes internacionales⁶¹. Sin embargo, esto no es suficiente para garantizar la supresión de esos crímenes. Si son cometidos por algunas personas en determinado país y se remite el asunto a la Corte, de alguna manera u otra, para enjuiciar a los perpetradores que tenían las mayores responsabilidades, los perpetradores que estaban en una escala inferior podrán eludir su enjuiciamiento, a pesar de haber cometido crímenes internacionales, si el sistema de justicia penal de ese país es, en la práctica, incapaz de entablar acciones contra ellos. Ésta es una de las limitaciones de la aplicación del principio de complementariedad. La cláusula de incapacidad establecida en el artículo 17 del Estatuto de la CPI podría resultar poco útil, si la CPI tampoco es capaz de enjuiciar a los responsables debido a su número (riesgo que está lejos de ser hipotético!). No puede preverse ninguna solución clásica para esa dificultad. No sólo estaría en juego la política penal de la CPI, sino los criterios generales arriba mencionados. Una combinación de éstos podría perjudicar gravemente la eficacia del principio de complementariedad, así como la aplicación de la jurisdicción universal en general⁶².

Razones subjetivas nacionales

Hay otras razones subjetivas, vinculadas a factores nacionales, que crean dificultades para la aplicación del principio de complementariedad. A continuación, examinamos algunas de ellas.

60 V. la presentación del primer informe a la Asamblea General de la ONU, por el presidente de la CPI, señor Kirsch (UN Doc A.60/177), disponible en www.icc-cpi.int/press/pressrelease/120.htm.

61 Cabe recordar que la jurisdicción universal sobre crímenes internacionales no debería conllevar la aplicación de las disposiciones nacionales sobre inmunidad y amnistía y, de manera general, ningún estatuto de limitación, sea de la índole que sea.

62 Acerca de los obstáculos al ejercicio de la jurisdicción universal, v. “Final Report”, nota 3, p. 10.

En primer lugar, deben tomarse en cuenta las características culturales específicas de cada Estado. El conocimiento de esa dimensión puede resultar crucial para poner freno a la comisión de crímenes internacionales. Las relaciones entre autoridades, la capacidad de los testigos de hablar, la poca disposición de la población a cooperar, la prioridad dada al proceso de reconciliación y reconstrucción... hay muchos factores que podían dificultar la aplicación del principio de complementariedad en la práctica⁶³. Por ejemplo, la situación en los Estados de los Balcanes o, más sintomáticamente, en Camboya, muestra una reticencia más temprana y que, tal vez, persiste, por decir lo menos, a iniciar procesos y cerrar las cuentas con el pasado. Nunca hay un rechazo oficial, pero sí una organización de las prioridades. Las prioridades inmediatas de los Estados no son necesariamente las de la comunidad internacional, ya que las víctimas no son necesariamente de ese Estado. Los derechos internacional y constitucional son claros en cuanto a esas prioridades, pero no necesariamente lo son los responsables de tomar decisiones a nivel internacional y nacional.

En segundo lugar, los medios para aplicar la jurisdicción universal y el principio de complementariedad pueden ser insuficientes. Aunque se haya tomado la decisión de enjuiciar a nivel nacional, hay dificultades previsibles. Por ejemplo, las investigaciones. Se necesitan investigaciones adecuadas para hacer un juicio, pero ¿cómo puede realizarlas un funcionario internacional? ¿Utilizará los servicios de un intérprete? ¿Qué tan confiables son la información, la traducción, etc.? Hay muchos aspectos preocupantes. Es imposible superar algunas de esas dificultades, pero el éxito de la CPI dependerá no sólo de la cooperación de los funcionarios oficiales, sino también del acceso real que tenga a la información necesaria. Ésta es una de las cuestiones que conlleva la relación entre la Corte y el Estado; es necesario que ambas partes muestren una actitud positiva y constructiva si se desea lograr resultados aceptables.

Conclusión

La relación entre la jurisdicción universal y el principio de complementariedad no es un tema revolucionario y los conceptos examinados en este artículo sólo apuntan a alimentar el debate. Si se determinan de manera más clara el papel y las responsabilidades de cada actor, es posible proponer algunas acciones para lograr mejores resultados. A continuación, esbozamos algunas ideas.

En primer lugar, parece necesario determinar claramente, de manera práctica, el papel que debería cumplir la CPI. Conforme a su Estatuto, el papel de los Estados y de la Corte parece evidente. Pero probablemente esto no sea suficiente para garantizar que el principio de complementariedad funcione en la práctica. La

63 V., al respecto, John Dugard, "Possible conflicts of jurisdiction with truth commissions", en Cassese *et al.*, nota 29, cap. 18.3, p. 693.

CPI es una institución internacional autónoma, establecida bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Los Estados miembros deben asumir la responsabilidad de colaborar para el futuro éxito de la Corte. Para ello, la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de la CPI podría usar su posición central y sus políticas para explorar los caminos por seguir. En primer lugar, podría proponer a los Estados cierta armonización de las definiciones y los procedimientos de trabajo a fin de mejorar su eficacia y lograr un mayor equilibrio entre sus enjuiciamientos y procesos. Por ejemplo, podría pensarse que, para el enjuiciamiento de crímenes internacionales, podrían hacerse algunas derogaciones a las leyes o al código de procedimientos penales nacionales para reducir las diferencias entre los sistemas jurídicos. Los órganos de la CPI deberían apuntar a ayudar a los Estados, no a combatirlos. Ésta no es sólo una presión. Debe preverse una aplicación del Estatuto y una política de comunicación fuerte tanto de los Estados miembros como de las instituciones de la Corte. Aunque la CPI aún no ha emitido veredictos, sus contactos y comunicaciones al respecto parecen indicar que está siguiendo esa idea. En segundo lugar, la Asamblea de Estados Partes, sin interferir en los asuntos internos de los Estados, también podría formular y proponer algunas directrices sobre los pasos prácticos para mejorar la aplicación del principio de universalidad. Esto debería hacerse en consulta con los Estados miembros, pero también con la comunidad internacional en su conjunto. En tercer lugar, la Asamblea de Estados Partes y la CPI, más adelante, a través de su jurisprudencia, también podrían tener un papel federativo entre Estados, no para imponer soluciones, sino para convencerlos de que la jurisdicción universal es un mecanismo necesario. Además, de este modo se podría lograr la participación de los Estados que no son miembros de la CPI y la continuación de un diálogo universal.

Una segunda idea sería dar mayores responsabilidades a las organizaciones internacionales regionales en lo relativo al inicio y al seguimiento de enjuiciamientos de crímenes internacionales. La situación actual suele ser la siguiente: se cometen crímenes internacionales; los Estados no pueden o no tienen la disposición política para enjuiciar a los criminales internacionales que han cometido crímenes fuera de su jurisdicción; la CPI no tiene suficientes argumentos para iniciar los procedimientos; y el crimen queda sin castigo. Esa situación es el resultado de la inexistencia de un organismo adecuado dotado de dos atributos: un conocimiento del contexto específico y un grado de independencia suficiente para hablar en nombre de varios Estados que comparten la carga de responsabilidad entre ellos. Las organizaciones políticas regionales podrían ser una solución, pues reúnen ambas condiciones. Debería comprenderse que no cumplirían ese papel por sí solas, sino que asumirían la responsabilidad de transmitir la iniciativa a un solo Estado miembro que organizaría la investigación y el juicio en nombre de la comunidad de Estados, o remitiría el asunto al Consejo de Seguridad. Obviamente, esta solución requeriría una reflexión más profunda, pero tendría la ventaja de utilizar las instituciones existentes para dar efecto concreto al principio de universalidad y, en última instancia, hacer aplicar el principio de complementariedad de manera más eficaz.

Por último, el papel de las sanciones en la aplicación del principio de complementariedad no ha de desestimarse. A pesar de que, por lo general, se las

considera en forma separada y sin relación, debería recordarse que la justicia se ejerce mediante sanciones y, más precisamente, sanciones penales. Sería necesario repensar el proceso judicial como una cadena en la que cada elemento es necesario para llevar el proceso a término. La interpretación del principio de complementariedad como una cláusula que atribuye competencia es incompleta. La afirmación de la jurisdicción no se comprende debidamente si las sanciones se consideran como una cuestión aparte. Lo que está en juego aquí es más la cuestión de la justicia en su conjunto que la de las sanciones. Repensar la jurisdicción universal y el principio de complementariedad sólo puede ser un proceso multidimensional sin una respuesta única. Debería examinarse y ponerse en práctica una combinación de soluciones, que abarquen desde procesos nacionales de verdad y reconciliación, pasando por enjuiciamientos a nivel nacional, hasta enjuiciamientos penales mixtos o internacionales de los perpetradores que hayan tenido las mayores responsabilidades. Obviamente, este es el punto de partida de otro debate, que continuaría el actual...

El principio de complementariedad es, sin duda, un avance hacia una mayor eficacia de la jurisdicción universal. En este artículo, hemos intentado examinar algunas consideraciones interrelacionadas que podrían abordarse si la comunidad internacional deseara resolver mejor la cuestión. Sin embargo, debe recordarse que, en definitiva y a pesar de la perfección de los instrumentos que se elaboren, sólo la voluntad de los Estados y de la comunidad internacional será decisiva. Hacer justicia y devolver la dignidad a las víctimas son los objetivos subyacentes de cada palabra de esta contribución, y no deberían ser desestimados por la idea de que la jurisdicción universal es un mero sueño de los académicos y los idealistas. El cambio de actitud sólo podrá lograrse mediante esfuerzos conjuntos. Debería enviarse un mensaje simple sobre la jurisdicción universal y el principio de complementariedad a todas las partes interesadas en su aplicación: "No se necesita pensar o hablar mucho al respecto. Hay que actuar".

El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones

Michael A. Newton*

Michael A. Newton es profesor de Derecho (Acting Associate Clinical Professor) en la Escuela de Derecho de la Universidad Vanderbilt, Nashville, Tennessee.

Resumen

El Alto Tribunal Penal Iraquí, creado para enjuiciar a Sadam Husein y otros dirigentes baasistas, representa uno de los esfuerzos actuales más destacados destinados a establecer la responsabilidad penal por violaciones de las normas internacionales. Con respecto a los otros tribunales, el Alto Tribunal Penal ha suscitado un debate mundial sobre sus procesos y sus perspectivas de devolver a Irak una estabilidad social basada en el respeto de los derechos humanos y el Estado de derecho. Este artículo examina detalladamente los fundamentos jurídicos de la formación del Alto Tribunal Penal bajo el derecho de la ocupación. Aborda la relación entre el modelo iraquí de enjuiciamiento de los crímenes en fueros nacionales que incorporen el derecho internacional y el modelo alternativo de transferir la jurisdicción a una instancia internacional. Se analizan los aspectos controvertidos del modelo iraquí, como la legitimidad de su creación, la revocación de la inmunidad oficial, las garantías procesales del Estatuto a la luz de las normas internacionales, y la cobertura sustantiva de lo que algunos han llamado un proceso nacional internacionalizado. El autor concluye que la responsabilidad por crímenes internacionales es uno de los temas unificadores que deberían reunir a la humanidad en torno a un objetivo común con los juristas iraquíes que administran justicia de conformidad con las normas internacionales.

.....

* Anteriormente, el autor se desempeñó como Profesor Asociado de Derecho en la Academia Militar de Estados Unidos, y como Asesor Superior del Embajador itinerante de Estados Unidos para crímenes de guerra.

“Las injusticias que intentamos condenar y castigar han sido tan premeditadas, tan malignas y tan devastadoras, que la civilización no puede tolerar que se les ignore, porque no podría sobrevivir a su repetición. Que esas cuatro importantes naciones, eufóricas por la victoria y laceradas por la afrenta, refrenen su venganza y entreguen voluntariamente a sus enemigos capturados, para ser juzgados por la ley, es uno de los tributos más significativos que el Poder haya rendido jamás a la Razón.”

Magistrado Robert H. Jackson, 21 de noviembre de 1945¹

La creación del Alto Tribunal Penal Iraquí (ATPI), más conocido como el Alto Tribunal Iraquí, como componente independiente de la estructura nacional iraquí, no sólo se justifica en el marco del derecho internacional vigente, sino que satisface las aspiraciones más elevadas de quienes dicen creer en el Estado de derecho. En marcada analogía con los países respetuosos de la ley, que no podían tolerar la posibilidad del resurgimiento de la dominación nazi, el enjuiciamiento público de los crímenes cometidos por el régimen baasista podría constituir la piedra angular de una sociedad iraquí cimentada en principios democráticos, no en divisiones étnicas y religiosas. En privado, los jueces han manifestado reiteradas veces que consideran que la labor del Tribunal es el medio que extenderá la influencia y la aplicación del derecho internacional humanitario en todas las regiones de habla árabe en el mundo².

Los abogados iraquíes que procuraban elaborar un marco jurídico para enjuiciar a Sadam Husein, el ex líder iraquí, y a otros funcionarios baasistas, estaban persuadidos, desde el principio, de que realizar los juicios en Irak sería el punto de partida para la restauración del Estado de derecho, y de que esa medida sería mucho más eficaz que simplemente dejar el poder punitivo en manos de un tribunal extranjero³. El pueblo iraquí sufrió las injusticias y las indignidades

1 Declaración inaugural ante el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. II, 1947, p. 98.

2 Por ejemplo, el art. 17 (segundo párrafo) del Estatuto aclara que los jueces “podrán recurrir a las decisiones pertinentes de los tribunales penales internacionales”. Estatuto del Alto Tribunal Penal Iraquí (en adelante, Estatuto del ATPI), en http://www.law.case.edu/saddamtrial/documents/IST_statute_official_english.pdf. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los investigadores y los jueces que se preparaban para los primeros juicios en el marco de la estructura del Alto Tribunal Penal Iraquí no pudieron obtener copias en árabe de las decisiones pertinentes de los Tribunales *ad hoc*, del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg o de otros casos nacionales en los que se hubieran aplicado los principios pertinentes del derecho internacional humanitario. Esa deficiencia fue subsanada, en parte, gracias a un contrato facilitado por la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, que permitió traducir las decisiones principales para la biblioteca del Tribunal.

3 B. Crocker, “Iraq: Going it alone, gone wrong”, en R.C. Orr (ed.), *Winning the Peace: An American Strategy for Post-Conflict Reconstruction*, Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, 2004, p. 281. Para una descripción del estado de ánimo generalizado del pueblo iraquí, v. A. Barnard y M. Kranish, “Bagdad falls: Euphoric Iraqis topple symbols; US warns that war not over”, *Boston Globe*, 10 de abril de 2003, art. 1.

infligidas por el régimen baasista⁴ y tiene el máximo interés en la restauración de la justicia verdadera. Parafraseando la evaluación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg realizada por el Magistrado Jackson, “ninguna historia de la era de Irak bajo el régimen baasista ‘tendrá derecho a constituir una fuente autorizada’ si ignora las conclusiones fácticas y jurídicas que se presentarán, en juicio público, ante el ATPI”⁵. Un registro veraz y exhaustivo de la historia relacionada con los crímenes en cuestión es, después de todo, uno de los propósitos fundamentales de los mecanismos de la responsabilidad individual⁶.

Al igual que en otros entornos posteriores a un conflicto, donde los sistemas legislativo y judicial se han corrompido, han sido reemplazados o, sencillamente, se han derrumbado bajo el peso de la tiranía, la administración de justicia se transformó en una cuestión esencial para las fuerzas militares de la Coalición presentes en Irak tras la caída del régimen⁷. Asumiendo el papel apropiado en representación del pueblo iraquí, una de las primeras prioridades del Consejo de Gobierno Provisional de Irak fue crear un mecanismo de rendición de cuentas destinado a castigar a las personas responsables de las atrocidades del régimen baasista⁸. El Tribunal Especial Iraquí (rebautizado como “Alto Tribunal Penal Iraquí” conforme a una ley iraquí promulgada en agosto de 2005) no fue una medida ordenada por las autoridades de la ocupación; fue creado por iraquíes y revalidado en cada etapa de los procesos políticos internos.

Tras una extensa y auténtica labor conjunta que generó meses de debates, redacción y examen de las opiniones solicitadas a los expertos de la Autoridad Provisional de la Coalición, entre los que hubo tanto abogados británicos como estadounidenses, y a otros expertos fuera de Irak, el Consejo de Gobierno de Irak

- 4 Las organizaciones no gubernamentales y el Departamento de Estado de Estados Unidos identificaron un abanico de violaciones de los derechos humanos perpetradas durante el gobierno de Sadam en Irak, entre otras, las muertes de entre 50.000 y 100.000 kurdos, la destrucción de 2.000 aldeas kurdas, el desplazamiento interno de 900.000 civiles iraquíes, las ejecuciones sumarias de más de 10.000 opositores políticos, decapitaciones, violaciones, prostitución forzada y la privación intencional de alimentos a la población civil. “Past repression and atrocities by Saddam Hussein’s regime”, *White House Fact Sheet*, Washington D.C., 4 de abril de 2003, en <http://www.whitehouse.gov/infocus/iraq/news/20030404-1.html>.
- 5 Informe del Magistrado Jackson al Presidente (7 de octubre de 1946), en *American Journal of International Law*, N.º 49, 1955, pp. 44, 49; reeditado en *Report of RH Jackson United States Representative to the International Conference on Military Tribunals*, Publicación del Departamento de Estado 3080, 1949, pp. 432, 438. (El Magistrado Jackson también escribió: “Hemos documentado, de fuentes alemanas, las agresiones, persecuciones y atrocidades cometidas por los nazis con tal autenticidad y en tanto detalle, que estos crímenes no podrán negarse razonablemente en el futuro y no podrá surgir, entre personas informadas, ninguna tradición de martirio de los líderes nazis”).
- 6 M. P. Scharf y P. R. Williams, “The functions of justice and anti-justice in the peace-building process”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, N.º 35 (2003), pp. 161, 175.
- 7 V. M. A. Newton, “Harmony or hegemony? The American military role in the pursuit of justice”, *Connecticut Journal of International Law*, N.º 19 (2004), p. 231.
- 8 Entrevista a David Hodgkinson, Oficina de Derechos Humanos y de Justicia de Transición, Autoridad Provisional de la Coalición, Bagdad, 11 de diciembre de 2003.

publicó el Estatuto del Tribunal el 10 de diciembre de 2003⁹. La promulgación del Estatuto del Tribunal fue la culminación de un proceso evolutivo llevado a cabo bajo los auspicios del Subcomité de Asuntos Jurídicos del Consejo de Gobierno de Irak, encabezado por el Magistrado Dara y que, por pura coincidencia, precedió en sólo cuatro días a la captura de Sadam Husein. Tras la restauración de la soberanía plena, el Gobierno iraquí recién elegido volvió a promulgar el Estatuto y lo publicó en la Gaceta Oficial de la República de Irak el 18 de octubre de 2005 con el título de Ley sobre el Alto Tribunal Penal Iraquí¹⁰.

El ATPI se creó con el expreso objetivo de determinar la responsabilidad personal de los baasistas acusados de privar a los iraquíes de sus derechos humanos y de prácticamente eliminar el verdadero Estado de derecho durante más de treinta años. Sería realmente irónico que el mecanismo creado por los iraquíes para subsanar las violaciones de los derechos humanos del pasado se transformara en un vehículo para negar y suprimir los derechos humanos en el futuro. El propósito del presente artículo es examinar los aspectos controvertidos de la creación y puesta en práctica del ATPI y las contribuciones de este tribunal al progresivo desarrollo del derecho internacional humanitario. Tras un examen de las bases jurídicas del ATPI en el marco del derecho internacional y la descripción de las características principales de su estructura, en comparación con anteriores mecanismos de rendición de cuentas, en las conclusiones del artículo se destacará el potencial aporte del Tribunal a la evolución del derecho humanitario.

Irak: la primacía de la administración de justicia en el ámbito nacional

La verdadera justicia no puede alcanzarse por medio de la venganza o de la manipulación externa. El hecho histórico es que una de las primeras preocupaciones de los juristas que se reunieron en Bagdad, en diciembre de 2003, para estudiar la formación del ATPI fue determinar los aspectos prácticos para el establecimiento de un poder judicial libre del control político. Como grupo, estaban comprometidos con un proceso que respetase las normas de los derechos humanos y que demostrase la primacía de las normas y procesos jurídicos sobre la venganza sectaria, la animosidad entre tribus o el odio personal. Precisamente, la esencia de un juicio imparcial es que éste se base no en insinuaciones y emociones, sino en el peso de las pruebas presentadas en un juicio público. Un prestigioso académico ha acuñado la frase “justicia a la Potemkin” para describir las medidas de aplicación de la ley destinadas a lograr tan sólo una sombra de justicia por medio del menoscabo de los derechos humanos básicos de las personas acusadas bajo la autoridad de esa

9 Estatuto del Tribunal Especial Iraquí. El estatuto original puede consultarse en http://www.cpa-iraq.org/human_rights/Statute.htm.

10 Estatuto del ATPI, nota 2 *supra*. El Estatuto se publicó oficialmente en la Gaceta Oficial N.º 4006, 14 de Ramadán, 1426 de la Hégira, año 47.

justicia¹¹. Evitar esa situación es lo que se propone en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) al establecer que, en un juicio penal, toda persona “tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”¹². Este derecho fundamental deriva tanto de las normas de derechos humanos¹³ como del derecho de la ocupación (un subgrupo de las leyes y costumbres de la guerra)¹⁴. En el Protocolo I, se mejoraron las articulaciones anteriores de este principio fundamental, disponiendo la intervención obligatoria de “un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario”¹⁵.

Los mecanismos internacionales son una instancia necesaria cuando los tribunales nacionales no pueden o no quieren enjuiciar a las personas responsables de violaciones graves de las normas internacionales¹⁶. Dicho de otra forma, ninguno de los fueros internacionales recientemente instaurados se creó para aplicar las normas internacionales por el solo hecho de que los delitos estuvieran tipificados y prohibidos en las normas del derecho internacional moderno. La disciplina que hoy se denomina “derecho penal internacional” se ha descrito como “la transposición gradual, al plano internacional, de normas e interpretaciones jurídicas correspondientes al derecho penal nacional o a los procedimientos judiciales nacionales”¹⁷. Lógicamente, cuando las instituciones nacionales encaran la conducta criminal subyacente, la transferencia al plano internacional es innecesaria. Aunque los mecanismos judiciales internacionalizados han cambiado para siempre el rostro del derecho internacional¹⁸, los tribunales nacionales de los Estados soberanos son los tribunales de primera instancia. El prolongado debate sobre la frase “derecho penal internacional” durante las negociaciones de los Elementos de los crímenes

11 M.C. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, Nueva York, 2003, p. 703.

12 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, art. 14 (1), que entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

13 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II); PIDCP, art. 14 (1); Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo) (1953), art. 6 (1); y Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), del 22 de noviembre de 1969, art. 8 (1).

14 Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949) (IV Convenio de Ginebra), art. 147; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949) (III Convenio de Ginebra), art. 130.

15 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), art. 75 (4).

16 M. A. Newton, “Comparative complementarity: Domestic jurisdiction consistent with the Rome Statute / art. of the International Criminal Court”, *Military Law Review*, N.º 167 (marzo de 2001), p. 20.

17 A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 18.

18 V., en general, P. R. Williams y M. Scharf, *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2002.

para la Corte Penal Internacional¹⁹ reflejó la permanente tensión entre el respeto internacional de los sistemas de justicia soberanos y la trascendente importancia de la verdad y la responsabilidad. Aunque los Estados cooperen en la tipificación y la prohibición de crímenes en el ámbito del derecho internacional, los tribunales nacionales del mundo conservan la función primaria de castigar las violaciones y garantizar el Estado de derecho en sus estructuras sociales²⁰.

Sin embargo, la notable evolución del derecho penal internacional desde la Segunda Guerra Mundial ha opacado la preferencia histórica por administrar justicia a través de los tribunales nacionales de los países donde se cometieron los crímenes²¹. Las comisiones militares establecidas en el Lejano Oriente incorporaron el principio de que el fuero internacional no sustituía a los mecanismos nacionales²². Del mismo modo, el Secretario General de las Naciones Unidas ha concluido que “ninguna reforma del Estado de derecho, reconstrucción de la justicia o iniciativa de justicia de transición puede culminar con éxito y ser duradera si viene impuesta desde el exterior”²³. El pueblo iraquí será quien determine, en última instancia, la legitimidad y la eficacia de los juicios.

- 19 Los Elementos de los crímenes fueron adoptados por consenso e incluían una formulación de compromiso en la introducción al art. 7, especificando que las disposiciones relativas a los crímenes de lesa humanidad son normas del “derecho penal internacional” y, como tales, “deben interpretarse en forma estricta”; documento de las Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (2000).
- 20 *A-G of Israel v. Eichmann-Supreme Court Opinion*, reeditado en 36 ILR 18, 26 (Tribunal Israelí del Distrito de Jerusalén, 1961), *aff'd* 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel, 1962). (“En ausencia de un tribunal internacional, el derecho internacional necesita los órganos judiciales y legislativos de todos los países a fin de hacer efectivas sus interdicciones penales y enjuiciar a los criminales”).
- 21 En la Declaración de Moscú, firmada en 1943 por Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética durante la Conferencia de Moscú, se indicaba específicamente que los criminales alemanes debían ser “devueltos a los países donde cometieron hechos abominables para que se los pueda juzgar y castigar según las leyes de esos países liberados y de los Gobiernos libres que se instaurarán en ellos”. Ese fuero internacional se limitó sólo a los crímenes respecto de los cuales un solo país no tenía mayores motivos que otro para reclamar jurisdicción. Boletín del Departamento de Estado IX, N.º 228, p. 310, reeditado en *Report of RH Jackson United States Representative to the International Conference on Military Tribunals*, Publicación del Departamento de Estado, 1945, p. 11. La Declaración de Moscú se dio a conocer a los medios de comunicación el 1 de noviembre de 1943. Para un relato de las maniobras políticas y jurídicas realizadas para llevar a la práctica este objetivo declarado de la guerra, v. P. Maguire, *Law and War: An American Story*, Columbia University Press, Nueva York, 2000, pp. 85–110. El Magistrado Jackson aceptó que el Tribunal Militar Internacional era, meramente, una alternativa necesaria a los tribunales nacionales para enjuiciar los “símbolos del nacionalismo salvaje y del militarismo”, y declaró que los acusados que “escapen a la condena de este Tribunal... serán entregados a nuestros aliados continentales”. Declaración inaugural ante el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg, nota 1 *supra*, pp. 99–100.
- 22 V. Reglamento sobre el enjuiciamiento de criminales de guerra, Cuartel General, Ejército del Pacífico de Estados Unidos, AG 000.5 (24 de septiembre de 1945) [5 (b)] (“Las personas que hayan cometido delitos en una ubicación geográfica particular fuera de Japón podrán ser devueltas al lugar de los crímenes para que las enjuicie un tribunal militar o civil competente de la jurisdicción local”) (copia en poder del autor).
- 23 Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, 23 de agosto de 2004, documento de las Naciones Unidas S/2004/616 [17]. Puede consultarse en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>.

El Alto Tribunal Penal Iraquí se basa en una obviedad: que la responsabilidad primaria por el enjuiciamiento de violaciones o crímenes tipificados y proclamados como tales en el marco del derecho internacional, incumbe a los Estados soberanos²⁴. El proceso de elaboración del Estatuto, que tuvo lugar a fines de 2003, no fue visible para el mundo exterior, lo que llevó a los observadores a criticar al ATPI, suponiendo que, en la práctica, funcionaría como “un tribunal títere de la potencia ocupante”²⁵. Es verdad que su predecesor, el Tribunal Especial Iraquí, fue creado durante la ocupación por Estados Unidos, su financiación inicial provenía de Estados Unidos (hasta la fecha, un total de 128 millones de dólares EE.UU.)²⁶, sus jueces fueron seleccionados por el Gobierno provisional designado por Estados Unidos, y los jueces y fiscales recibirían asistencia de asesores de Estados Unidos. Si el Tribunal Especial Iraquí realmente hubiese sido una farsa creada exclusivamente para cumplir las órdenes de las autoridades de ocupación, se habría violado uno de los derechos humanos básicos de los funcionarios baasistas: el derecho a que sus crímenes fueran juzgados conforme a los principios más elevados de la justicia y según la conciencia profesional de jueces libres de sectarismos o prejuicios externos²⁷. Sin embargo, los funcionarios iraquíes sostuvieron categóricamente que el tribunal creado en Bagdad estaría más próximo al conflicto en cuanto al tiempo, a las pruebas disponibles y a las víctimas cuyos derechos había violado el régimen. Aunque sembró las semillas de posteriores controversias, la decisión iraquí de incorporar normas internacionales en el código penal nacional era coherente con la práctica establecida de la comunidad internacional, y dispuso la sensación generalizada de desesperanza y de renovada victimización que reinaba entre los ciudadanos comunes.

- 24 La necesidad de que los Estados utilicen fueros penales y la autoridad penal nacionales a fin de hacer cumplir las normas estipuladas en acuerdos internacionales vinculantes es, tal vez, una de las características más coherentes del cuerpo del derecho penal internacional. V., p. ej., la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, US Naval War College, Newport, Rhode Island, 1951 (en el art. 5, se obliga a las Partes Contratantes a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones penales de la Convención). Cabe destacar que, en el mundo posterior al 11 de septiembre de 2001, la imposición de responsabilidad penal por actos de terrorismo se reserva exclusivamente a los tribunales de Estados soberanos a través de los numerosos tratados creados por Estados soberanos. M. A. Newton, “International criminal law aspects of the war against terrorism”, en F. Borch y P. Wilson (eds.), *International Law and the War On Terror*, US Naval War College International Law Studies N.º 79, 2003, p. 323; M. C. Bassiouni, *International Terrorism: Multilateral Conventions (1937–2001)*, Transnational Publishers, Nueva York, 2001.
- 25 M. P. Scharf, “Is it international enough? A critique of the Iraqi Special Tribunal in light of the goals of international justice”, *Journal of International Criminal Justice*, N.º 2, 2004, pp. 330, 331; H. Weinstein “Law experts divided over legitimacy of tribunal”, *Los Angeles Times*, 10 de octubre de 2005.
- 26 *2207 Report on Iraq Relief and Reconstruction: Quarterly Update to Congress*, Oficina de Gestión de Recursos, enero de 2006, pp. 32–4, en <http://www.state.gov/documents/organization/58811.pdf>. Esos fondos financian, entre otras cosas, la labor de la Oficina de Coordinación sobre los Crímenes del Régimen, el apoyo de cuyo personal ha sido fundamental para las investigaciones y operaciones del Tribunal, la provisión de seguridad al personal del tribunal y a los abogados defensores, la exhumación de fosas comunes, el mejoramiento de las instalaciones de almacenamiento y manipulación de pruebas, la construcción de salas para los tribunales, la conducción de investigaciones, incluso interrogatorios, y la formación del personal del Tribunal Especial Iraquí.
- 27 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Findlay v. UK* (1997) ECHR Series A N.º 115–116; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bentham Case* (1985) ECHR Series A N.º 97, 615; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Piersack Case* (1981) ECHR Series N.º 53, 616.

La controversia en torno a la creación del Tribunal

En la historia, abundan los personajes convencidos de su propia superioridad e impunidad moral. Carlos I reclamó: “¿Por cuál autoridad —legal, quiero decir— os habéis constituido en tribunal para juzgarme?”²⁸ Cuando se le presentó una copia de su acusación ante el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg, Hermann Göring escribió en la tapa la siguiente frase: “El vencedor siempre será el juez, y el vencido el acusado”²⁹. Slobodan Milosevic mostró el más absoluto desprecio por el tribunal que, según dijo, representaba “un acto ilegal dictado por conveniencia política” que concibió una “terrible mentira” para “destruirlo y satanizarlo”³⁰. Del mismo modo, Sadam Husein exhibe un narcisismo patológico que demuestra su desprecio por el Estado de derecho. En el preciso momento en que un soldado estadounidense de la Cuarta División de Infantería lo sacó del agujero en la tierra donde se ocultaba, Husein dijo, en tono desafiante: “Soy Sadam Husein, el presidente de Irak”³¹.

Durante su primera comparecencia ante un juez de instrucción del Tribunal Especial Iraquí, se notificaron a Sadam sus derechos. Él dejó constancia de dicha notificación por escrito, y el juez de instrucción también firmó la constancia, de conformidad con la ley iraquí sobre el procedimiento penal. Cuestionando la autoridad jurídica del Tribunal Especial Iraquí, Sadam preguntó: “¿Cómo pueden acusarme sin proteger mis derechos constitucionales?”³² Discutió con el juez de instrucción y negó que éste tuviera competencia sobre él, diciendo: “Yo fui elegido por el pueblo de Irak. La ocupación no puede quitarme ese derecho”³³.

Para aquellos que siguieron el juicio de Milosevic, las declaraciones de Sadam sonaban estremecedoramente familiares. Durante su primera comparecencia ante el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), el 3 de julio de 2001, Milosevic impugnó la legalidad del establecimiento del Tribunal. En una moción preliminar, Milosevic declaró: “Impugno la legalidad de este tribunal, porque no ha sido establecido sobre la base de la ley”³⁴. Desde luego, es un principio aceptado del derecho internacional moderno que “las personas que cometen crímenes

28 G. Robertson, *The Tyrannicide Brief*, Chatto & Windus, Londres, 2005, p. 6.

29 J. E. Persico, *Infamy on Trial*, Penguin, Harmondsworth, 1994, p. 83.

30 Declaración de Slobodan Milosevic sobre la ilegitimidad del Tribunal de La Haya, 30 de agosto de 2001, en <http://www.slobodan-milosevic.org/spch-icty.htm>.

31 R. McCarthy, “I am Saddam Hussein, the President of Iraq”, *Guardian*, 2 de julio de 2004.

32 R. Cornwell, “Saddam in the dock: Listen to his victims, not Saddam, says White House”, *Independent*, 2 de julio de 2004 (según el periódico, en su primera audiencia preliminar, Husein declaró: “Todo esto es teatro”). Puede consultarse en <http://news.independent.co.uk/world/americas/story.jsp?story5537296>.

33 “Defiant Saddam rejects court, charges”, CNN.com, 1 de julio de 2004, en <http://www.cnn.com/2004/WORLD/meast/07/01iraq.saddam/> (consultado el 3 de marzo de 2006). Los abogados contratados por la esposa de Sadam Husein jugaron rápidamente la carta de la legitimidad, alegando que el Tribunal Especial Iraquí no podía imponer penas porque carecía de legitimidad o no fue instaurado legalmente, por lo cual su accionar violaba las normas básicas de derechos humanos. R. McCarthy y J. Steele, “Saddam on trial: Legitimacy and neutrality of court will be challenged”, *Guardian*, 2 de julio de 2004, en <http://www.guardian.co.uk/Iraq/Story/0,2763,1252096,00.html>.

34 “Milosevic challenges the legality of the UN tribunal”, *Online NewsHour*, 13 de febrero de 2002, en http://www.pbs.org/newshour/updates/february02/milosevic_2-13.html.

internacionales incurrir en responsabilidad internacional por esos crímenes”³⁵. La Sala de Primera Instancia que juzgaba a Milosevic reafirmó su competencia y opinó que la falta de inmunidad por delitos internacionales “en este momento, refleja una norma del derecho internacional consuetudinario”³⁶. Antes que recurrir a un fuero jurídico internacional para abolir la inmunidad otorgada por el ordenamiento nacional, los líderes iraquíes prefirieron, correctamente, utilizar la legislación interna para revocar la “inmunidad plena” que la Constitución de 1970 concedía a los funcionarios baasistas³⁷. El texto del Estatuto del ATPI es casi idéntico al del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³⁸:

“El cargo oficial de un acusado, sea el de jefe de Estado, presidente o miembro del Consejo del Comando Revolucionario, primer ministro, miembro del consejo de ministros o miembro del Comando del Partido Baasista, en ningún caso lo eximirá de [responsabilidad] penal criminal³⁹, ni mitigará la pena. Ninguna persona tiene derecho a inmunidad con respecto a los crímenes detallados en los artículos 11, 12, 13 y 14 de la presente ley⁴⁰”.

En un esfuerzo por ilustrar la transformación de la justicia, en el Estatuto se dispone que “ningún funcionario, fiscal, juez de instrucción, magistrado u otro miembro del personal del Tribunal deberá haber sido miembro del Partido Baasista”⁴¹. Esta disposición fue criticada tanto en Irak como en el exterior, porque no distingue entre los abogados que eran miembros activos del partido y que apoyaban las políticas baasistas, y los que eran sólo miembros simbólicos, en los hechos pero no en el espíritu. El efecto de esta disposición fue reducir marcadamente el número de juristas calificados, al tiempo que introdujo un proceso externo de evaluación política en la selección y calificación de los jueces.

Un tribunal internacional con jueces internacionales, que aplicara el derecho internacional, hubiese sido inmune a las preocupaciones generadas por la

35 A. Watts, “The legal position in international law of heads of state, heads of government and foreign ministers”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, N.º 3, 1994, p. 82.

36 *Prosecutor v. Milosevic*, Caso N.º IT-99-37-PT, Decisión sobre moción Preliminar, párr. 28 (8 de noviembre de 2001).

37 Constitución Provisional de Irak de 1970, art. 40, reproducida en *Iraqi Laws Referenced in the Statute of the Iraqi Special Tribunal*, US Institute of Peace, 2004.

38 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma), 17 de julio de 1998, documento de las Naciones Unidas A/Conf.183/9, art. 27, reeditado en 37 ILM 999 (1998).

39 La omisión de la palabra “responsabilidad” en la versión en inglés del Estatuto revisado parece ser un error de traducción. El texto del art. 15(c) del Estatuto original, de 2003, era el siguiente: el cargo oficial de un acusado, sea el de presidente, primer ministro, miembro del Gabinete, presidente o miembro del Consejo del Comando Revolucionario, miembro del Comando Regional del Partido Baasista Árabe Socialista o del Gobierno (o una entidad de éstos), funcionario responsable del Gobierno iraquí, o miembro del Partido Baasista en cualquier otra calidad, no eximirá a dicha persona de responsabilidad penal ni mitigará la pena. Ninguna persona tiene derecho a inmunidad con respecto a los crímenes detallados en los arts. 11 a 14.

40 Estatuto del ATPI, nota 2 *supra*, art. 15 (tercer párrafo).

41 *Ibid.*, art. 33.

política interna o la presión popular. Ese tribunal imparcial podría haber abolido la inmunidad de los funcionarios iraquíes sin causar mucho alboroto jurídico. No obstante, muchos observadores que siguen de cerca los acontecimientos han llegado a la conclusión de que la imposición de un tribunal internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o por directivas políticas de otros Estados, habría originado una crisis de legitimidad que hubiese condenado de antemano los esfuerzos por enjuiciar a los baasistas responsables de la opresión de la sociedad iraquí. Aunque hubiese podido funcionar en Irak, es probable que ese fuero no hubiera sido capaz de imponer castigos aceptables para la comunidad internacional, a causa de su apariencia de neocolonialismo disfrazado de justicia.

Si el derecho internacional realmente ha avanzado hasta el punto de que la ausencia de inmunidad oficial “refleja indudablemente el derecho internacional consuetudinario”⁴², la decisión iraquí de incorporar y hacer cumplir las normas internacionales ha de ser acogida como un ejemplo positivo de una práctica de Estado que contribuye a la progresiva abolición de la impunidad a nivel mundial. Dado que ningún tribunal internacional hubiera podido ejercer su competencia, podría decirse que los funcionarios iraquíes aceptaron la conclusión del Magistrado Jackson, de la época de la Segunda Guerra Mundial: “Podemos estar seguros de causar menos injusticia a través de los peores procedimientos judiciales, que la que causaría el mejor uso de la violencia. No podemos esperar la llegada de un tribunal internacional o de una legislatura perfectos antes de enjuiciar...”⁴³ Aunque la creación de un procedimiento nacional para castigar a los funcionarios del anterior régimen ha sido criticada por excluir la influencia internacional, representó una valiente posición basada en principios, destinada a imponer la ley en lugar de dejarse llevar por la venganza sumaria.

Ámbito sustantivo del Alto Tribunal Penal Iraquí

Fundado en el derecho de un Estado soberano de castigar a sus nacionales por la violación de normas internacionales, la competencia temporal del ATPI abarca a cualquier nacional iraquí o residente de Irak acusado de haber cometido alguno de los crímenes detallados en el Estatuto entre el 17 de julio de 1968 y el 1 de mayo de 2003 inclusive. Además, su jurisdicción geográfica se extiende a actos cometidos en territorio soberano de la República de Irak y en otros Estados, con inclusión de los crímenes perpetrados en relación con las guerras de Irak contra la República Islámica de Irán y el Estado de Kuwait.

Por primera vez en el derecho interno de Irak, los artículos 11 a 13 del Estatuto establecen la competencia del Tribunal para enjuiciar el crimen de genocidio (art. 11), los crímenes de lesa humanidad (art. 12) y los crímenes de guerra cometidos durante conflictos armados tanto internacionales como no internacionales (art. 13).

42 *Prosecutor v. Furundzija*, Caso N.º IT-95-17/1-T, Sentencia, párr. 140 (10 de diciembre de 1998).

43 A. Tusa y J. Tusa, *The Nuremberg Trial*, Atheneum Press, Nueva York, 1983, p. 69.

Estas disposiciones sustantivas son, tal vez, el aspecto más importante del Estatuto, porque siguen el modelo de las disposiciones del Estatuto de Roma y, de ese modo, incorporan en el derecho interno iraquí las normas más actuales del derecho internacional. Los abogados y jueces iraquíes están firmemente enraizados en la tradición positivista, por lo cual expresaron preocupación por el hecho de enjuiciar a personas por actos que no estaban prohibidos por el derecho interno en el momento del *actus reus*. Sin embargo, aceptaron el principio de que los crímenes subyacentes estaban categóricamente prohibidos por las normas internacionales cuando fueron cometidos. Básicamente, los funcionarios iraquíes armonizaron el código penal iraquí con el derecho internacional, al igual que los funcionarios de otros países que adoptan legislación tras haber firmado o ratificado el Estatuto de Roma⁴⁴.

Además, el artículo 14 del Estatuto del ATPI transfiere la competencia sobre un conjunto básico de delitos definidos en el código penal iraquí. El artículo 14 es una de las pruebas más convincentes de que la redacción del Estatuto fue un verdadero proceso de colaboración, en el cual el Consejo de Gobierno se expresó con firmeza en favor de los ciudadanos que representaba.

Los abogados iraquíes que participaron en la redacción del Estatuto exigieron la inclusión de ciertos crímenes de orden interno, porque los actos proscritos habían sido sumamente perjudiciales para el Estado de derecho en el Irak de Sadam. Así pues, en el artículo 14 del Estatuto del ATPI se dispone lo siguiente:

El tribunal tendrá autoridad para enjuiciar a las personas que hayan cometido los siguientes crímenes punibles por la ley iraquí:

- a) En el caso de personas que no pertenecen al poder judicial, el intento de manipular al poder judicial o de intervenir en sus funciones, en violación de la constitución provisional iraquí de 1970, con sus enmiendas, entre otras normas.
- b) El despilfarro de recursos nacionales y de los activos y dineros del Estado, conforme al artículo 2 g) de la Ley n.º 7 de 1958, con sus enmiendas, entre otras normas.
- c) El abuso de poder y la aplicación de políticas que pueden conducir a la amenaza de guerra o al uso de las fuerzas armadas de Irak contra un país árabe, conforme al artículo 1 de la Ley n.º 7 de 1958, con sus enmiendas.

Algunos observadores criticaron la inclusión de ciertos crímenes, preexistentes en el ordenamiento jurídico iraquí, en la misma categoría que el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Para los abogados cómodos, inclinados a rechazar al Tribunal como una muestra descarada del poder de la Coalición, el artículo 14 es una ventana al alma de la abogacía iraquí, porque revela los delitos considerados más atroces por los iraquíes amantes de la

44 Para un resumen de la práctica de los Estados en relación con la aplicación de las disposiciones penales comparables del Estatuto de Roma, v. M. C. Bassiouni, *The Legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis, and Integrated Text*, Transnational Publishers, Ardsley, Nueva York, 2005, vol. I, pp. 188–91.

paz, que luchan por lograr la reconstrucción de Irak sobre la base de la libertad. Básicamente, los funcionarios que cometieron los actos tipificados en el artículo 14 hacían la guerra al pueblo y a la sociedad iraquíes; los iraquíes consideraron que el enjuiciamiento de esos actos era una condición previa ineludible para restablecer el Estado de derecho en Irak. Desde la perspectiva iraquí, los crímenes detallados en el artículo 14 son comparables, en cuanto a gravedad, con las violaciones graves de las normas internacionales recogidas en los artículos 11 a 13. Por lo tanto, los iraquíes consideraban que el enjuiciamiento de los crímenes de orden nacional descritos en el artículo 14 sería un componente necesario del objetivo general del APTI, esto es, ayudar a sanar las heridas infligidas a la sociedad iraquí por los baasistas.

El ATPI, un tribunal “legítimamente constituido”

Cada entorno de conflicto y cada mecanismo de rendición de cuentas exigen un conjunto ligeramente diferente de procedimientos combinados. Por ejemplo, durante los procesamientos efectuados en Argentina a nivel nacional, en los juicios se utilizaron procedimientos especiales, a raíz del volumen de la información y del número de víctimas, en comparación con los crímenes ordinarios⁴⁵. En el caso del ATPI, los fundamentos de derecho civil del Código Penal Iraquí proporcionaron la base, que se modificó, posteriormente, cuando se consideró necesario, a efectos de cumplir las normas internacionales pertinentes. A diferencia del TPIY⁴⁶ y del Tribunal Especial para Sierra Leona⁴⁷, la autoridad punitiva del ATPI dimana de la autoridad soberana del pueblo iraquí, no de la autoridad derivativa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por lo tanto, el punto de partida para analizar el ATPI se encuentra en el derecho y en los procedimientos iraquíes preexistentes.

Por ejemplo, los tribunales que aplican el derecho internacional humanitario admiten las pruebas que sean “pertinentes” y “necesarias para determinar la veracidad de los hechos”⁴⁸. Este criterio, tomado del Estatuto de Roma, se compara

45 *Building the Iraqi Special Tribunal: Lessons from Experiences in International Criminal Justice*, US Institute of Peace, Special Report 122, p. 9, en <http://www.usip.org/pubs/specialreports/sr122.html>.

46 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, resolución 808 (22 de febrero de 1993).

47 El Tribunal Especial para Sierra Leona fue creado mediante un tratado concertado entre el Gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas, con el fin de enjuiciar a las personas que tuvieron la “máxima responsabilidad” por las violaciones del derecho internacional humanitario: Acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Sierra Leona sobre el Establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona, del 16 de enero de 2002. Puede consultarse en <http://www.sc-sl.org/scslagreement.html>. La Corte de Apelaciones articuló la base jurídica del Tribunal Especial para Sierra Leona en *Prosecutor v. Charles Taylor (Decision on Immunity from Jurisdiction)*, SCSL-2003-01-I, 31 de mayo de 2004, en <http://www.sc-sl.org/SCSL-03-01-I-059.pdf>. Según la Corte de Apelaciones: “Era evidente que el poder del Consejo de Seguridad para celebrar un acuerdo sobre el establecimiento del tribunal derivaba de la Carta de las Naciones Unidas, tanto desde el punto de vista de los objetivos generales de las Naciones Unidas, expresados en el artículo 1 de la Carta, como de los poderes específicos del Consejo de Seguridad, enunciados en los artículos 39 y 41. Dichos poderes son lo suficientemente amplios para permitir al Consejo de Seguridad impulsar el establecimiento del Tribunal Especial por medio del Acuerdo con Sierra Leona, como lo hizo mediante la resolución 1315”, *ibíd.*, p. 18.

48 Estatuto de Roma, nota 38 *supra*, art. 69 (3), reeditado en 37 ILM 999 (1998).

favorablemente con las Reglas de Procedimiento del ATPI, que permiten a la Sala de Primera Instancia admitir “toda prueba pertinente que, en su opinión, tenga valor probatorio”⁴⁹. Lógicamente, esas disposiciones sobre la práctica de las pruebas funcionan en el contexto de la práctica iraquí, que exige al fiscal presentar un volumen de pruebas suficiente para satisfacer al tribunal respecto de la culpabilidad del acusado⁵⁰. En lugar de fijar un conjunto rígido de normas para la presentación de pruebas, los fundamentos de derecho civil que rigen a la Sala de Primera Instancia del ATPI imponen el mandato más amplio de “aplicar las reglas de prueba que más favorezcan una resolución equitativa del caso que se ventila y que estén en consonancia con el espíritu del Estatuto y los principios generales de la ley”⁵¹.

Independientemente de las formas de los procedimientos que se adopten, en el derecho internacional se establece claramente que ningún acusado debe ser castigado a menos que sea condenado en un juicio imparcial con todas las garantías básicas consagradas en las prácticas más generalizadas de los Estados⁵². En el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 se dispone, en particular, que sólo “un tribunal legítimamente constituido” puede sentenciar a un acusado⁵³. Interpretando esta disposición a la luz de la práctica de los Estados, el CICR concluyó que un fuero judicial está “legítimamente constituido si se ha establecido y organizado de acuerdo con las leyes y los procedimientos ya vigentes en un país”⁵⁴.

Al aceptar este punto de referencia de la legitimidad, el ATPI satisface el criterio del artículo común 3 mejor que los otros tribunales existentes, porque desde el principio, fue creado para aplicar los principios generales y las normas específicas tomados del derecho penal iraquí existente, antes que meramente reemplazarlos por principios contenidos en mandatos provenientes del exterior. En el Estatuto del ATPI se establece que, para la redacción de las reglas de procedimiento y prueba, en relación con la admisión de pruebas y los demás aspectos de los juicios, el presidente del Tribunal “se guiará por la Ley iraquí de procedimiento penal”⁵⁵. Además, en

49 Reglas de procedimiento y prueba revisadas del Tribunal Especial Iraquí, Regla 79 (en adelante, Reglas revisadas del Tribunal Especial Iraquí), en http://www.law.case.edu/war-crimes-research-portal/pdf/IST_Rules_of_Procedure_and_Evidence.pdf. Esta disposición se relaciona con la advertencia, basada en el sentido común, de que la sala de primera instancia debe “excluir pruebas si el valor probatorio de éstas resulta sustancialmente contrarrestado por posibles prejuicios imparciales, consideraciones relativas a demoras indebidas, la pérdida de tiempo, o la presentación innecesaria de pruebas acumulativas”.

50 Ley N.º 23 sobre el procedimiento penal, enmendada, de 1971, Decreto N.º 230. Sancionada por el Consejo del Comando Revolucionario (en adelante, Ley iraquí N.º 23 sobre el procedimiento penal). 14 de febrero de 1971, párr. 203, reeditada en *Iraqi Laws Referenced in the Statute of the Iraqi Special Tribunal*, US Institute of Peace, 2004 [203].

51 Reglas Revisadas del Tribunal Especial Iraquí, nota 49 *supra*, Regla 59 (segundo párrafo).

52 Para un resumen de la práctica de los Estados y su aplicación en las normas de los tratados y los manuales militares en todo el mundo, v. J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (en adelante, “Estudio del CICR”), ICRC/Cambridge University Press, 2005, vol. I, pp. 352–75.

53 IV Convenio de Ginebra, art. 3.

54 Estudio del CICR, nota 52 *supra*, p. 355.

55 Estatuto del ATPI, nota 2 *supra*, art. 16.

el Estatuto se detallan, en forma específica, las disposiciones del derecho iraquí que contienen los principios generales del derecho penal que se han de aplicar en relación con el procesamiento y el juicio de “cualquier persona acusada” (se añade el subrayado para destacar la intención no discriminatoria de los redactores)⁵⁶. Toda laguna en las Reglas y procedimientos del ATPI se subsana automáticamente, recurriendo a los principios subyacentes en el derecho nacional iraquí; del mismo modo, se encomienda a los jueces interpretar los crímenes internacionales sustantivos “recurriendo a las decisiones pertinentes de las cortes o tribunales internacionales como autoridad persuasiva”⁵⁷. Esta solución representa una admirable armonización de las normas internacionales con las nacionales.

Estos asuntos representaban mucho más que una preocupación esotérica para los creadores del ATPI. Los redactores del Estatuto se mostraban inflexibles en cuanto a que la estructura y el funcionamiento del ATPI se distinguiesen claramente de los perniciosos esfuerzos baasistas por hacer de la justicia una farsa destinada a subvertir los derechos del pueblo. Al igual que el régimen nazi en el pasado⁵⁸, el régimen gobernante de Irak creó tribunales “especiales” o “revolucionarios” a fin de imponer castigos políticos por mano de secuaces obedientes en lugar de abogados profesionales⁵⁹. En la última sesión de edición del texto, en el texto autorizado en árabe se introdujo, como enmienda deliberada, un término diferente que traza una clara distinción con los tribunales “especiales” o “revolucionarios” que funcionaban bajo la autoridad baasista. Esta modificación causó una traducción al inglés ligeramente distorsionada. A pesar de la sustantiva cobertura de los crímenes de guerra, del genocidio y de los crímenes de lesa humanidad aportada por el artículo 1 del Estatuto original del Tribunal Especial Iraquí, en éste se manifestaba: “Por el presente, se establece un Tribunal que se conocerá como el “Tribunal Especial Iraquí para crímenes de lesa humanidad”⁶⁰. Este recordatorio, sutil y potente a la vez, muestra la fina sensibilidad de los abogados iraquíes responsables del Estatuto del ATPI, así como su compromiso con el restablecimiento duradero del Estado de derecho en Irak. Es notable que el primer juicio tramitado por el ATPI incluya a por lo menos un funcionario baasista implicado en la corrupción de los procedimientos jurídicos imparciales y ordenados, en violación del artículo 14 (a) del Estatuto del ATPI.

La estructura del ATPI y los procedimientos que lo rigen son igualmente válidos cuando se evalúan sobre la base de los principios de derechos humanos aplicables. En el PIDCP, el concepto indicado más arriba se expresa como la obligación de que el tribunal sea “establecido por la ley”⁶¹. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó una prueba funcional por la cual el tribunal debe “auténticamente ofrecer garantías plenas al acusado” en el marco

56 Ibid., art.17 (primer párrafo).

57 Ibid., art.17 (segundo párrafo).

58 I. Müller, *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, Harvard University Press, 1991, pp. 153-73.

59 R. Chandrasekaran, “Tribunal planners hope to start trials by spring”, *Washington Post*, 16 de diciembre de 2003, art 1.

60 Estatuto del Tribunal Especial Iraquí, nota 9 *supra*, art. 1 (a).

61 PIDCP, nota 12 *supra*, art. 14 (1).

de sus garantías procesales⁶². Al tramitar su primer caso, el TPIY se vio obligado a determinar si este derecho humano es violado *per se* cuando se juzga a un acusado ante un tribunal *post hoc*, creado después de cometidos los crímenes⁶³. Señalando que los redactores del PIDCP rechazaron el texto en el que se especificaba que sólo los fueros “preestablecidos” proporcionarían suficiente protección de los derechos humanos, la Cámara de Apelaciones del TPIY llegó a la siguiente conclusión:

“Al determinar si un tribunal ha sido “establecido por la ley”, la consideración importante no es si estaba preestablecido o si fue establecido para una finalidad o situación concretas; lo importante es que lo establezca un órgano competente con arreglo a los procedimientos jurídicos pertinentes, y que satisfaga las prescripciones en materia de garantías procesales⁶⁴.”

A los efectos del derecho de los derechos humanos, el ATPI ha sido “establecido por la ley” porque en su ámbito se protegen cabalmente todos los derechos humanos del acusado. Además, el Estatuto del ATPI establece la firme obligación del tribunal de “asegurar que el juicio sea imparcial y expeditivo, y que los procedimientos se realicen de conformidad con el presente Estatuto y las reglas de procedimiento y prueba, respetando plenamente los derechos del acusado y prestando la debida consideración a la protección de las víctimas y los testigos⁶⁵”. Por extensión, la Sala de Primera Instancia debe “cerciorarse de que se respeten los derechos del acusado⁶⁶”, y fundamentar públicamente sus decisiones con una “opinión razonada por escrito, a la cual podrán anexarse opiniones separadas o en disidencia⁶⁷”. En la Ley Judicial de Irak se dispone que el juez está obligado a “proteger la dignidad de la judicatura y evitar todo lo que pueda causar sospechas sobre su honestidad⁶⁸”. La conclusión *a priori* de que los jueces del ATPI ignorarán su *ethos* profesional y menoscabarán deliberadamente los derechos de los acusados reflejaría un paternalismo incorrecto por parte de la comunidad internacional.

62 Observación General sobre el art. 14, Comité de Derechos Humanos, 43º período de sesiones, Sup. N.º 40 [4], documento de las Naciones Unidas A/43/40; *Cariboni v. Uruguay*, Comité de Derechos Humanos 159/83 39º período de sesiones, Sup. N.º 40 (1988), documento de las Naciones Unidas A/39/40. La Comisión Interamericana ha adoptado un enfoque análogo. V., p.ej., Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1972), OEA/Ser. P, AG/doc. 305/73 rev. 1 (14 de marzo de 1973) 1; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual (1973), OEA/Ser. P, AG/doc 409/174 (5 de marzo de 1974), 2-4.

63 M. P. Scharf, *Balkan Justice: The Story behind the First International War Crimes Trial since Nuremberg*, Carolina Academic Press, 1997, pp. 104-6.

64 *Prosecutor v. Dusko Tadic (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction)*, 2 de octubre de 1995, 45 (caso *Dule*), en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>.

65 Estatuto del ATPI, nota 2 *supra*, art. 21 (segundo párrafo).

66 *Ibid.*, art. 21 (tercer párrafo).

67 *Ibid.*, art. 23 (segundo párrafo).

68 Ley sobre la Organización Judicial, N.º 160 de 1979, resolución N.º 1724 adoptada por el Consejo del Comando Revolucionario (12 de octubre de 1979), art. 7, publicada por el Ministerio de Justicia, Gaceta Oficial de la República de Irak, vol. 23, N.º 27, 2 (2 de julio de 1980), reeditada en *Iraqi Laws Referenced in the Statute of the Iraqi Special Tribunal*, US Institute of Peace, 2004.

De hecho, aunque durante el juicio de al Dujail se han suscitado ocasionalmente situaciones turbulentas y a menudo impredecibles en la sala, ha procedido sobre la base de las normas procesales especificadas en el Estatuto, sus reglas de aplicación y el derecho procesal penal iraquí subyacente.

Garantías procesales para los acusados⁶⁹

Las disposiciones relativas a los derechos de los acusados se cuentan entre las más criticadas, pero esenciales, del Estatuto del ATPI. En la Orden de la Autoridad Provisional de la Coalición por la que se delegó en los líderes iraquíes la autoridad para promulgar el Estatuto, se exigió que el tribunal satisficiera las “normas internacionales de justicia”⁷⁰. De conformidad con los códigos procesales iraquíes subyacentes, en las Reglas del ATPI se especifica que, cuando un sospechoso comparece por primera vez para ser interrogado, el juez de instrucción debe notificarle los siguientes derechos:

- i El derecho a ser asistido por un abogado defensor de su elección, así como el derecho a que se le asigne un abogado de la Defensoría Pública, si no posee suficientes medios para pagar por su defensa.
- ii. El derecho a los servicios de un intérprete, si no puede comprender o hablar el idioma utilizado durante el interrogatorio.
- iii. El derecho a guardar silencio. Al respecto, se advertirá al sospechoso o acusado que cualquier declaración que formule podrá ser utilizada como prueba⁷¹.

Conforme a las normas básicas de la representación, si un sospechoso expresa el deseo de ser representado por un abogado, el juez de instrucción debe dar por terminado el interrogatorio y no puede reanudarlo hasta que se encuentre presente el abogado del sospechoso⁷². Toda declaración del acusado al juez de

69 Los abogados iraquíes seleccionaron este término en lugar de la palabra “autor” utilizada en los Elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional. Durante la redacción de los Elementos de los crímenes para la CPI, hubo un amplio debate sobre los méritos relativos de los términos “autor” o “acusado”. Aunque a algunas delegaciones les preocupaba que el término “autor” perjudicase la presunción de inocencia, los delegados en la Comisión Preparatoria finalmente acordaron usarlo en los Elementos tras incluir, en el capítulo introductorio, la observación de que “el término ‘autor’ es neutral en cuanto a la culpabilidad o la inocencia”. V. documento de las Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (2000), en K. Dormann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 14.

70 Orden N.º 48 de la Autoridad Provisional de la Coalición: Delegation of Authority regarding an Iraqi Special Tribunal, en http://www.cpa-iraq.org/regulations/20031210_CPAORD_48_IST_and_Appendix_A.pdf.

71 Reglas Revisadas del Tribunal Especial Iraquí, nota 49 *supra*, Regla 27. Esta regla debe entenderse a la luz de la prescripción de que el juez de instrucción no puede interrogar al testigo o al sospechoso “en forma declaratoria o insinuante” ni hacer señas ni gestos “tendientes a intimidarlo, confundirlo o perturbarlo”. Ley iraquí N.º 23 sobre el procedimiento penal, nota 50 *supra*, párr. 64 A.

72 Ley iraquí N.º 23 sobre el procedimiento penal, nota 50 *supra*. Por ejemplo, Sadam Husein fue interrogado por el juez de instrucción en presencia del abogado defensor Khalil Abd Salih Al-Dulaimi, el 12 de junio de 2005, con respecto a la masacre de Dujail. Puede consultarse en <http://www.iraqispecialtribunal.org/en/press/releases/0017e.htm>.

instrucción es asentada por escrito y “firmada por el acusado y por el magistrado o investigador”, conforme a las prescripciones de la ley iraquí⁷³. Así pues, todos los sospechosos que han comparecido ante los jueces de instrucción del ATPI hasta la fecha han sido notificados de su derecho a contar con la ayuda de un abogado y han dejado constancia escrita de que comprendieron ese derecho. Esas disposiciones reflejan las prácticas de otros tribunales internacionales, aunque han sido tomadas del sistema nacional⁷⁴. Los críticos que suponen que el ATPI omitirá y subvertirá los derechos de los acusados en el futuro deben también suponer que los jueces de instrucción abandonarán esta práctica establecida, pero si lo hiciesen, dejarían de lado un aspecto fundacional de la práctica penal de Irak que, desde todo punto de vista, cumple las normas de derechos humanos.

En su disposición operativa fundamental, el Estatuto incorpora un abanico de derechos procesales que, en conjunto, son compatibles con las normas de derechos humanos aplicables. Haciéndose eco de las garantías fundamentales del PIDCP y de otros instrumentos de derechos humanos, en el artículo 19 del Estatuto se consagran las siguientes normas:

- a) Todas las personas son iguales ante el Tribunal.
- b) Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante el Tribunal de conformidad con la ley.
- c) En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto y de las normas de procedimiento estipuladas en el presente documento.
- d) En la determinación de cualquier cargo contra el acusado con arreglo al presente Estatuto, el acusado tendrá derecho a una audiencia pública justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas:
 1. A ser informado, sin demora y en forma detallada, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan;
 2. A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección. El acusado tendrá derecho a disponer de representación jurídica no iraquí, siempre que el abogado principal del acusado sea ciudadano iraquí;
 3. A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

73 *Ibid.*, párr. 128.

74 V., p. ej., la Regla 63 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, en <http://www.un.org/icty/legaldoc-e/index.htm>, cuyo texto es el siguiente: Interrogatorio del acusado (adoptado el 11 de febrero de 1994, modificado el 3 de diciembre de 1996): (A) El interrogatorio de un acusado por el fiscal, incluso después de la comparecencia inicial, no se realizará sin la presencia de un abogado, a menos que el acusado haya acordado, voluntaria y expresamente, proceder sin la presencia de un abogado. Si posteriormente, el acusado expresa el deseo de contar con un abogado, el interrogatorio cesará y se reanudará sólo cuando se encuentre presente el abogado del acusado. (B) El interrogatorio, con inclusión de la renuncia al derecho a la presencia de un abogado, será registrado en audio o en vídeo, de conformidad con el procedimiento previsto en la Regla 43. Al comenzar el interrogatorio, el fiscal formulará al acusado la advertencia establecida en la Regla 42(A)(iii).

4. A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo;
5. A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto y la ley iraquí; y
6. A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia⁷⁵.

Estos derechos afirmativos tenían por objeto revitalizar la esotérica obligación plasmada en el artículo 20 de la Constitución Provisional de Irak, de 1970, conforme a la cual el acusado es “inocente hasta que se demuestre su culpa en un juicio legal”⁷⁶. La constitución también proclama, en términos evocadores, que “el derecho a la defensa es sagrado en todas las etapas de la investigación y del juicio de acuerdo con las disposiciones de la Ley”⁷⁷.

Los abogados internacionales han señalado que proporcionar abogados defensores internacionales habría sido la forma más segura de realizar un proceso que todo el mundo percibiera como imparcial. La defensa puede recibir el apoyo de abogados internacionales, pero el defensor principal debe ser iraquí, y todo abogado contratado por un sospechoso o acusado está obligado a “presentar su poder ante el juez de la causa en la primera ocasión posible”⁷⁸. A su vez, el juez deberá considerar que el abogado está calificado de conformidad con *la ley iraquí sobre los abogados*⁷⁹. Más que un intento de minimizar la influencia internacional, esa pequeña frase es una salvaguardia importante, porque refleja la intención de los redactores iraquíes de garantizar que los abogados defensores siguieran obligados por los códigos de práctica que rigen su profesión y que estuviesen calificados de conformidad con las

75 Esta disposición del Estatuto del ATPI, que impide interpretar en forma adversa el silencio del acusado, es notable, porque es la primera vez que se incluye una protección de este tipo en una ley iraquí. La citada disposición modificó el párrafo 179 de la ley iraquí de 1923 sobre procedimientos penales, para hacerla conforme con las normas de derechos humanos pertinentes. La regla procesal anterior era la siguiente: “El tribunal podrá formular al acusado cualquier pregunta que considere apropiada para establecer la verdad, antes o después de la acusación formal. La negativa a responder se considerará una prueba contra el acusado”.

76 Constitución Provisional de Irak de 1970, nota 37 *supra*, art. 20. La ley iraquí sobre el procedimiento penal deja en claro que el juez debe liberar al acusado si “las pruebas son insuficientes para condenarlo”. Ley iraquí N.º 23 sobre el procedimiento penal, nota 50 *supra*, párr. 203.

77 Constitución Provisional de Irak de 1970, nota 37 *supra*, art. 20. Todos los jueces e investigadores con los que he tratado estaban muy conformes con la presunción de inocencia y la obligación del fiscal de presentar pruebas suficientes para justificar una condena.

78 Reglas Revisadas del Tribunal Especial Iraquí, nota 49 *supra*, Regla 48 (A).

79 *Ibid.* (el subrayado es nuestro).

rigurosas normas del derecho iraquí⁸⁰. A la luz de las graves acusaciones de mala conducta de los abogados en otros tribunales⁸¹, en las Reglas del ATPI se dispone que “los jueces o los tribunales penales podrán procesar a los abogados si, en su opinión, la conducta de éstos es ofensiva o abusiva, o si menoscaba la dignidad y el decoro del Tribunal Especial u obstaculiza los procedimientos”⁸². El hecho de que el abogado principal permanezca obligado por el código de conducta profesional iraquí refuerza, en cierta medida, el derecho subyacente del tribunal de “impedir que las partes y sus representantes hablen demasiado tiempo, hablen de cuestiones ajenas al caso, repitan declaraciones, violen las reglas o formulen acusaciones contra otra parte o contra una persona ajena al caso que no pueda defenderse”⁸³.

En general, todas estas condiciones ayudan a cumplir la obligación de las salas de primera instancia de “asegurar que el juicio sea imparcial y expeditivo, y que los procedimientos se realicen de conformidad con el presente Estatuto y las reglas de procedimiento y prueba, respetando plenamente los derechos del acusado y prestando la debida consideración a la protección de las víctimas y los testigos”⁸⁴.

Autoridad jurídica para la creación del Tribunal Especial Iraquí

El contexto jurídico de la ocupación

Todos los componentes procesales y sustantivos del Tribunal Especial Iraquí funcionan en el contexto de su instauración, ocurrida durante la ocupación por la Coalición. Las circunstancias que rodean la creación del Tribunal son el obstáculo jurídico y político más poderoso a su reputación en el largo plazo. Dado que las autoridades iraquíes revalidaron el Estatuto tras el restablecimiento de la soberanía plena, el análisis de la formación de este Tribunal, realizada bajo la égida de la Autoridad Provisional de la Coalición, se presta a controversia. Sin embargo, la evolución del ATPI ha servido para esclarecer el contenido normativo del derecho de la ocupación en relación con los principios de la justicia de transición. La relación de una población civil subyugada con la potencia extranjera que ejerce transitoriamente la soberanía *de facto* se rige por la amplia normativa del derecho de la ocupación⁸⁵. En lo que respecta a los derechos y las obligaciones de índole jurídica,

80 Ibid., Regla 48 (C).

81 Por ejemplo, a causa de los reiterados abusos de los abogados, el TPIY decidió que, en lugar de honorarios por hora de trabajo, se les pagase un honorario único total. Bassiouni, nota 44 *supra*, p. 6.

82 Reglas Revisadas del Tribunal Especial Iraquí, nota 49 *supra*, Regla 31 (primer párrafo) (el subrayado es nuestro).

83 Ley iraquí N.º 23 sobre el procedimiento penal, nota 50 *supra*, párr. 154.

84 Estatuto del ATPI, nota 2 *supra*, art. 21(b).

85 V., en general, los Reglamentos adjuntos al IV Convenio de La Haya, de 1907, sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (en adelante, el Reglamento de La Haya de 1907), que entró en vigor el 26 de enero de 1910, reeditado en A. Roberts y R. Guelff (eds.), *Documentation on the Laws of War*, 3ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 73; IV Convenio de Ginebra, arts. 47–78.

Irak se consideró como territorio ocupado cuando se encontró de hecho colocado bajo la autoridad del ejército enemigo⁸⁶. Este criterio jurídico se cumple cuando, en el país ocupado, concurren las siguientes circunstancias: primero, que las estructuras de Gobierno existentes hayan quedado incapacitadas para ejercer su autoridad normal; y segundo, que la potencia ocupante esté en posición de llevar a cabo las funciones de gobierno normales en la región afectada⁸⁷. A los efectos de la política estadounidense, la ocupación es el estado jurídico ocasionado por “una invasión, sumada a la toma de posesión firme del territorio enemigo con el propósito de retenerlo”⁸⁸. Aunque el estado de ocupación no “afecta el estatuto jurídico del territorio en cuestión”⁸⁹, la presunción de autoridad sobre el territorio ocupado significa, implícitamente, que las instituciones existentes de la sociedad han sido descartadas.

Dado que la potencia extranjera ha desplazado a las instituciones nacionales normales, la piedra angular del derecho de la ocupación es la obligación amplia de que la Potencia extranjera, esto es, el “ocupante”, adopte “todas las medidas que de él dependan para restablecer y asegurar, en cuanto sea posible, el orden y la seguridad pública”⁹⁰. Según la versión oficial, en idioma francés y español, el ocupante debe preservar “l'ordre et la vie publics” o “el orden y la vida pública”⁹¹. El establecimiento del Tribunal Especial Iraquí bajo la autoridad de ocupación inherente de la Coalición podría justificarse, por ese solo razonamiento jurídico, como parte integrante del plan estratégico para restablecer la calma pública y la estabilidad pacífica de la población civil en todo Irak. Desde esa perspectiva, el Tribunal Especial Iraquí es el gemelo intelectual del TPIY, porque el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estableció el TPIY en 1993, mediante una resolución muy innovadora⁹² basada en la

86 Reglamento de La Haya de 1907, *ibíd.*, art. 42. V. también *The Law of Land Warfare, Department of the Army Field Manual 27-10*, Washington, 1956, párr. 351 [FM 27-10]. Todo el capítulo 6 del *US Army Field Manual*, relacionado con el derecho de los conflictos armados, está dedicado a explicar el derecho de la ocupación y la política de ocupación de Estados Unidos.

87 *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Ministerio de Defensa de Reino Unido, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 275, párr. 11.3.

88 *US Army Field Manual 27-10*, nota 86 *supra*, párr. 352.

89 Protocolo I, nota 15 *supra*, art. 4. La política estadounidense sobre este tema establece claramente que la ocupación confiere sólo el “medio de ejercer control durante el período de ocupación. No transfiere la soberanía al ocupante, sino sólo la autoridad o el poder para ejercer algunos de los derechos de la soberanía”. *US Army Field Manual*, nota 86 *supra*, párr. 358.

90 Reglamento de La Haya de 1907, nota 85 *supra*, art. 43 (el subrayado es nuestro).

91 *Ibíd.* Las limitaciones conceptuales de la ocupación extranjera también motivaron la incorporación, en los Convenios de Ginebra de 1949, de una limitación temporal por la cual la aplicación general del derecho de la ocupación “terminará un año después del cese general de las operaciones militares” (IV Convenio de Ginebra, art. 6). Basándose en un punto de vista puramente pragmático, el art. 6 del IV Convenio de Ginebra permite la aplicación de una mayor variedad de disposiciones de tratados específicos “mientras dure la ocupación – si [la Potencia ocupante] ejerce las funciones de gobierno en el territorio de que se trata” (*ibíd.*). Los Protocolos de 1977 eliminaron el enfoque fragmentario de la protección de los tratados mediante la sencilla declaración de que “la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo cesará, en el territorio de las Partes en conflicto, al término general de las operaciones militares y, en el caso de territorios ocupados, al término de la ocupación”, Protocolo I, nota 15 *supra*, art. 3(b).

92 Consejo de Seguridad, resolución 827 (25 de mayo de 1993).

autoridad jurídica del Consejo de Seguridad para “mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”⁹³.

Como fueros penales concebidos y creados en consonancia con la mayor responsabilidad de las autoridades autorizadas a mantener o restablecer la paz y la seguridad, tanto el TPIY como el ATPI eran mecanismos no militares apropiados (aunque cada uno de ellos fue creativo en su tiempo y en diferentes formas). Tanto el ATPI como el TPIY se basaron en la evaluación de los funcionarios encargados de mantener la estabilidad y el Estado de derecho, de que el enjuiciamiento de determinadas personas responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario facilitaría el restablecimiento de la paz y la estabilidad (“l’ordre et la vie publics” (el orden y la vida pública)) según el texto del Reglamento de La Haya de 1907). Después de que el primer acusado, un serbio llamado Dusko Tadic, impugnó la legalidad del TPYI, la sala de primera instancia decretó que la autoridad del Consejo de Seguridad para crear el Tribunal era dispositiva⁹⁴.

Del mismo modo que el Consejo de Seguridad tiene la “responsabilidad primordial” de mantener la paz y la seguridad internacionales⁹⁵, la Autoridad Provisional de la Coalición tenía el deber jurídico concreto de facilitar el restablecimiento de la estabilidad y del orden en Irak tras la caída del régimen. En efecto, en la Declaración de la Misión de la Autoridad Provisional de la Coalición se establece lo siguiente:

“La Autoridad Provisional de la Coalición es el nombre del órgano provisional de gobierno designado por las Naciones Unidas como el legítimo Gobierno de Irak hasta el momento en que Irak goce de suficiente estabilidad política y social para asumir su soberanía. La Autoridad Provisional de la Coalición ha actuado como el Gobierno de Irak desde el derrocamiento, en abril de 2003, de la brutal dictadura de Sadam Husein y del profundamente corrupto régimen baasista.”

El principio minimalista

El marco jurídico de la ocupación se apoya en un equilibrio delicado, particularmente amenazado por los acontecimientos que suceden en Irak. Por un lado, las personas civiles no tienen el derecho legal de realizar actividades que

93 Art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas: “El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

94 “Este Tribunal Internacional no es un tribunal constitucional instaurado para examinar las acciones de los órganos de las Naciones Unidas. Por el contrario, es un tribunal penal con poderes claramente definidos y con una competencia penal muy específica y limitada. Si este Tribunal ha de restringir sus decisiones a esos límites específicos, no tendrá autoridad para investigar la legalidad de su creación por el Consejo de Seguridad”. *Prosecutor v. Tadic (Decision on the Defence Motion on Jurisdiction)*, IT-94-1, 10 de agosto de 1995, en <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/decision-e/100895.htm> (Traducción del CICR).

95 Carta de las Naciones Unidas, art. 24(1).

causen daños a personas o bienes de la fuerza ocupante, y pueden ser condenadas o internadas a raíz de esas actividades ilícitas⁹⁶. En el artículo 42 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949, más conocido como el IV Convenio de Ginebra, se permite específicamente la privación de libertad de personas si “la seguridad de la Potencia en cuyo poder estén lo hace absolutamente necesario”⁹⁷. Cuando hay razones serias y legítimas para creer que las personas detenidas amenazan la seguridad de la Potencia ocupante, incluso es permisible el internamiento en gran escala⁹⁸. Al mismo tiempo, la autoridad coercitiva de la Potencia ocupante es limitada por la prohibición específica de realizar cambios en la estructura del Gobierno o en las instituciones, si tales cambios tuviesen por efecto menoscabar los beneficios garantizados a las personas civiles con arreglo a los Convenios de Ginebra⁹⁹.

Así pues, el principio básico del derecho de la ocupación es que la población civil siga viviendo sus vidas tan normalmente como sea posible. Este concepto podría describirse como el principio minimalista, aunque algunos observadores lo han denominado el principio de la normalidad¹⁰⁰. Como prioridad de política, derivada de las disposiciones del IV Convenio de Ginebra, el derecho nacional debe ser aplicado por los funcionarios nacionales, en la medida posible, y los delitos que no sean de índole militar y que no afecten la seguridad del ocupante normalmente incumbirán a la jurisdicción de los tribunales locales¹⁰¹. El Estatuto del ATPI encaja precisamente en este modelo jurídico y político, ya que fue creado y posteriormente ratificado por las autoridades iraquíes como un estatuto nacional iraquí.

Sin embargo, el derecho de la ocupación no se obstina en elevar las disposiciones del derecho nacional y la estructura de las instituciones internas por encima de la búsqueda de justicia. A pesar del principio minimalista, el derecho internacional concede un margen razonable para que la Potencia ocupante modifique, suspenda o reemplace la estructura penal existente en interés de garantizar la justicia y la restauración del Estado de derecho. Al ejercer temporalmente la soberanía funcional sobre el territorio ocupado, y como necesidad pragmática, la autoridad de ocupación debe garantizar el correcto funcionamiento, entre otras cosas, de los procesos penales nacionales, y no puede renunciar a esa responsabilidad en favor de funcionarios nacionales de la población civil que podrían no desear o no poder desempeñar las funciones normales que les competen para restablecer el orden

96 IV Convenio de Ginebra, arts. 68 y 78 (en los que se permite la detención de civiles por razones imperiosas de seguridad). V. también Human Rights Watch, *A Face and a Name: Civilian Victims of Insurgent Groups in Iraq*, vol. 17, N.º 9 (E), octubre de 2005 (donde se determina que los insurgentes en Irak que atacan indiscriminadamente a civiles y a contratistas occidentales no tienen derecho, conforme a los Convenios de Ginebra, a emprender hostilidades, y por ende, sus acciones constituyen crímenes de guerra).

97 IV Convenio de Ginebra, art. 42.

98 *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic, and Landzo (Celebici) (Judgment)*, IT-96-21-T, 20 de febrero de 2001.

99 IV Convenio de Ginebra, art. 47.

100 J. S. Pictet, *The Principles of International Humanitarian Law*, CICR, Ginebra, 1967, p. 50.

101 US Army Field Manual, nota 86 *supra*, párr. 370.

público¹⁰². De conformidad con el principio fundamental de la normalidad, en el artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1907 se estipula que la Potencia ocupante deberá respetar, “salvo imposibilidad absoluta, las leyes vigentes en el país”¹⁰³.

La legitimidad del Alto Tribunal Penal Iraquí en el marco del derecho de la ocupación

La obligación de respetar las leyes vigentes en el país salvo “imposibilidad absoluta” (en francés, “empêchement absolu”), establecida en el artículo 43 del Reglamento de La Haya, impone un imperativo de índole aparentemente categórica. Sin embargo, más que entenderla literalmente, se ha interpretado que la frase “empêchement absolu” es equivalente a “nécessité”¹⁰⁴. Conforme a las obligaciones del moderno derecho de los derechos humanos, el ocupante puede modificar las leyes locales a fin de “eliminar del código penal los castigos que sean “arbitrarios, crueles o inhumanos” así como toda legislación que contenga disposiciones de discriminación racial¹⁰⁵. Por ejemplo, la decisión de Israel de conferir el voto, en las elecciones de alcalde, a mujeres que antes no habían gozado de este derecho, probablemente estaría en consonancia con la obligación que impone al ocupante el artículo 43¹⁰⁶. En el contexto posterior a la Segunda Guerra Mundial, esto significaba que los Aliados podían encaminar a las potencias derrotadas del Eje “por una vía más sana”¹⁰⁷ en lugar de aplicar ciegamente las restricciones institucionales y jurídicas que habían constituido los principales baluartes de la tiranía¹⁰⁸.

En el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra se aclaró el viejo artículo 43 del Reglamento de La Haya, explicando la excepción al principio minimalista en términos más concretos. Al examinar los efectos del artículo 64 con respecto a la ocupación en Irak, es importante comprender que sus redactores no extendieron el “alcance tradicional de la legislación sobre la ocupación”¹⁰⁹. Por ello, en el citado

102 IV Convenio de Ginebra, art. 54: “Está prohibido que la Potencia ocupante modifique el estatuto de los funcionarios o de los magistrados del territorio ocupado o que dicte contra ellos sanciones o cualesquiera medidas de coacción o de discriminación por abstenerse de desempeñar sus funciones basándose en consideraciones de conciencia”.

103 Reglamento de La Haya de 1907, nota 85 *supra*, art. 43.

104 Y. Dinstein, “Legislation under art. 43 of the Hague Regulations: Belligerent occupation and peacebuilding”, N.º 1, otoño boreal de 2004, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University Occasional Paper Series 8. V. también E. Schwenk, “Legislative powers of the military occupant under art. 43, Hague Regulations”, *Yale Law Journal*, N.º 54 (1945), p. 393.

105 L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Juris, Huntingdon, Nueva York, 1999, p. 259.

106 *Ibid.*

107 M. Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, University of California Press, Berkeley, 1959, pp. 223–7.

108 Por ejemplo, el juramento del partido nazi era el siguiente: “Debo fidelidad inviolable a Adolf Hitler; juro obediencia absoluta tanto a él como a los líderes que él me imponga”. D. A. Sprecher, *Inside the Nuremberg Trial: A Prosecutor’s Comprehensive Account*, University Press of America, Lanham, 1999, pp. 1037–8. Así pues, el poder residía en Hitler, de quien los subordinados derivaban autoridad absoluta, siguiendo un orden jerárquico. Esta obediencia absoluta e incondicional al superior en todos los ámbitos de la vida pública y privada llevó, como dijo el magistrado Jackson en su célebre descripción, “a un despotismo nacionalsocialista sólo igualado por las dinastías del antiguo Oriente”. Declaración inaugural ante el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. II, 1947, p. 100.

109 G. Schwarzenberger, *The Law of Armed Conflict*, Stevens, Londres, 1968, p. 194.

Convenio de Ginebra se amplió el concepto de la necesidad que, en ese momento, se consideraba consagrado en el viejo artículo 43 del Reglamento de La Haya. El artículo 64 incorpora el fundamento de la normalidad dentro de los límites de la protección de los derechos jurídicos de la población civil. Así pues, el artículo 64 contiene las siguientes disposiciones:

“Permanecerá en vigor la legislación penal del territorio ocupado, salvo en la medida en que pueda derogarla o suspenderla la Potencia ocupante, si tal legislación es una amenaza para su seguridad o un obstáculo para la aplicación del presente Convenio. A reserva de esta última consideración y de la necesidad de garantizar la administración efectiva de la justicia, los tribunales del territorio ocupado continuarán actuando con respecto a todas las infracciones previstas en tal legislación.

Sin embargo, la Potencia ocupante podrá imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia ocupante sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice.”

El claro texto del artículo 64 debe interpretarse de buena fe, a la luz del objetivo y el propósito del IV Convenio¹¹⁰, cuya finalidad era aliviar el sufrimiento de la población civil y mitigar las consecuencias potencialmente adversas de la ocupación tras una derrota militar. En el primer párrafo, se equilibra la intención minimalista de los redactores y el propósito esencial de tener debidamente en cuenta tanto los derechos de la población civil como el derecho concurrente del ocupante de mantener la seguridad de sus fuerzas y bienes. El segundo párrafo del artículo 64 transformó el significado implícito de “necesario”, tomado del viejo artículo 43 del Reglamento de La Haya, en una autoridad explícita para modificar las leyes nacionales a fin de concretar los objetivos fundamentales del Convenio. De este modo, el artículo 64 ha sido aceptado a la luz de una interpretación basada en el sentido común y en la obligación jurídica subyacente del ocupante de permitir modificaciones del derecho nacional en circunstancias limitadas¹¹¹.

110 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31(1), 27 de enero de 1980, 1155 UNTS 331, reeditado en 8 ILM (1969).

111 *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Ministerio de Defensa de Reino Unido, Oxford University Press, Oxford 2004, p. 275 [11.56]. Según la doctrina de Estados Unidos, el “ocupante puede modificar, derogar o suspender leyes de los siguientes tipos: a. Legislación que representa una amenaza a su seguridad, como leyes relativas al reclutamiento y al porte de armas. b. Legislación relativa a procesos políticos, como leyes sobre los derechos al sufragio y a las reuniones públicas. c. Legislación cuya aplicación sería incompatible con los deberes del ocupante, como leyes que establezcan la discriminación racial”. *US Army Field Manual 27-10*, nota 86 *supra*, párr. 371.

Autoridad jurídica para la creación del Tribunal Especial Iraquí

En su forma actual, el ATPI está envuelto en una legalidad sin fisuras, tanto en lo que respecta a su origen como a su existencia permanente, como una rama distinta de la burocracia iraquí. La fuente principal para el análisis de la promulgación del Estatuto del Tribunal, en diciembre de 2003, es reconocer que la declaración de misión de la Autoridad Provisional de la Coalición le confirió autoridad afirmativa como el “órgano provisional de gobierno designado por las Naciones Unidas como el legítimo Gobierno de Irak hasta el momento en que Irak goce de suficiente estabilidad política y social para asumir su soberanía”¹¹². La Autoridad Provisional de la Coalición planteó su poder como autoridad de ocupación en Irak en términos declarativos: “La Autoridad Provisional de la Coalición posee toda la autoridad, ejecutiva, legislativa y judicial necesaria para lograr sus objetivos, que será ejercida conforme a las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con inclusión de la resolución 1483 (2003) y las leyes y costumbres de la guerra”¹¹³.

El apelativo “Autoridad Provisional de la Coalición” era un título literal en todos los aspectos: i) representaba a los dos Estados que legalmente ocupaban Irak (los Estados Unidos y el Reino Unido), así como la coalición de los más de veinte otros Estados, que, conforme a la resolución 1483, actuaban “bajo la Autoridad”; ii) era considerada un poder de transición hasta que se produjera el restablecimiento completo de la autoridad soberana iraquí; y iii) (tal vez, el aspecto más importante) ejercía las obligaciones que incumbían a los Estados que ocupaban Irak en el sentido jurídico y, a la inversa, gozaba de la autoridad jurídica originada en las leyes y costumbres de la guerra. Este entendimiento del estatuto de la Autoridad Provisional de la Coalición está en consonancia con las declaraciones diplomáticas formuladas en el momento de su creación¹¹⁴. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas reconoció, en forma unánime, “la autoridad, la responsabilidad y las obligaciones específicas que, en virtud del derecho internacional aplicable, corresponden a esos Estados [los miembros de la Coalición] en su calidad de potencias ocupantes bajo un mando unificado (la ‘Autoridad’)”¹¹⁵.

Aunque su contenido es marcadamente similar a la declaración de los Aliados en Alemania ocupada, después de la Segunda Guerra Mundial¹¹⁶, el reglamento 1 de

112 Reseña sobre la Autoridad Provisional de la Coalición, en <http://www.iraqcoalition.org/bremerbio.html>.

113 Reglamento 1 de la Autoridad Provisional de la Coalición, en http://www.cpa-iraq.org/regulations/20030516_CPAREG_1_The_Coalition_Provisional_Authority_.pdf.

114 V. Carta de fecha 8 de mayo de 2003 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por los Representantes Permanentes de los Estados Unidos de América y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ante las Naciones Unidas, documento de las Naciones Unidas S/2003/538. Puede consultarse en <http://www.globalpolicy.org/security/issues/iraq/document/2003/0608usukletter.htm>.

115 Consejo de Seguridad, preámbulo de la resolución 1483 (22 de mayo de 2003).

116 El General Eisenhower decía en su proclama: “En mi carácter de Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas y Gobernador Militar, se me han conferido la autoridad y los poderes legislativos, judiciales y ejecutivos supremos dentro del territorio ocupado, y el Gobierno Militar se ha establecido con el fin de ejercer estos poderes”. Reeditado en *Military Government Gazette, Germany, United States Zone*, Oficina del Gobierno Militar para Alemania (US, 1 de junio de 1946), 1 Edición A (copia en poder del autor).

la Autoridad Provisional de la Coalición se fundó en los cimientos de la autoridad jurídica, que son los poderes conferidos al Consejo de Seguridad en el capítulo VII, complementados por el poder preexistente otorgado a la Autoridad Provisional de la Coalición conforme al derecho de la ocupación¹¹⁷. La resolución 1483 del Consejo de Seguridad fue adoptada por unanimidad el 22 de mayo de 2003. En ella, se instaba a los miembros de la Autoridad Provisional de la Coalición a “cumplir cabalmente las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y el Reglamento de La Haya de 1907”¹¹⁸. La resolución 1483 es un documento particularmente importante en relación con la instauración del ATPI, porque el Consejo de Seguridad destacó, en forma específica, la necesidad de contar con un mecanismo de rendición de cuentas para enjuiciar “los crímenes y atrocidades cometidos por el anterior régimen iraquí”¹¹⁹. Asimismo, en la citada resolución, el Consejo de Seguridad insta a la Autoridad Provisional de la Coalición a ejercer su poder transitorio de modo que, “de conformidad con la carta de las Naciones Unidas y otras normas pertinentes del derecho internacional, promueva el bienestar del pueblo iraquí mediante la administración efectiva del territorio”¹²⁰.

La resolución 1483 se aplicó en conjunción con las leyes y costumbres de guerra residuales a fin de establecer una autoridad jurídica positiva que permitió a la Autoridad Provisional de la Coalición y al Consejo de Gobierno crear el ATPI. La sutil vinculación entre el artículo 43 del Reglamento de La Haya y el artículo 64 confirió a la Autoridad Provisional de la Coalición amplias facultades que le permitían delegar al Consejo de Gobierno la autoridad para la creación del Tribunal, como una cuestión de necesidad. El núcleo del artículo 64 protege el derecho de los ciudadanos del territorio ocupado a contar con un sistema de justicia imparcial y eficaz. Como primer paso, citando su obligación de garantizar la “efectiva administración de la justicia”, la Autoridad Provisional de la Coalición adoptó una orden por la que suspendió la imposición de la pena capital en los tribunales penales de Irak y prohibió la tortura, así como los tratos crueles, inhumanos y degradantes en Irak ocupado¹²¹. En ejercicio de las facultades de la autoridad provisional durante

117 El IV Convenio de Ginebra reconoce la importancia de los derechos individuales de que goza la población civil y los deberes correlativos del ocupante respecto de esa población. La estructura del IV Convenio se centró en los deberes de la Potencia ocupante hacia las personas civiles y la estructura social general, más que en las relaciones entre el soberano victorioso y el Gobierno derrotado. Conforme al concepto de *debellatio*, posteriormente rechazado, el enemigo era derrotado por completo; el Estado derrotado perdía su personalidad jurídica y era absorbido en la soberanía del ocupante. Greenspan, nota 107 *supra*, pp. 600–1. La negociación exitosa de los Convenios de Ginebra en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial marcó el abandono definitivo del concepto de *debellatio*, en virtud del cual el ocupante asumía la soberanía plena sobre las personas civiles en el territorio ocupado. E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton, 1993, p. 92. La figura de *debellatio* “se refiere a una situación en la que una parte en un conflicto ha sido derrotada por completo en la guerra, sus instituciones nacionales se han desintegrado y ninguno de los aliados de esa parte sigue representando, en nombre de ésta, un desafío para el enemigo”. *Ibid.*, p. 59.

118 Consejo de Seguridad, párr. 5 de la resolución 1483 (22 de mayo de 2003).

119 *Ibid.*, preámbulo.

120 *Ibid.*, párr. 4.

121 Autoridad Provisional de la Coalición, Orden N.º 7 (9 de junio de 2003), Doc. N.º CPA/MEM/9 (3 de junio de 2003) [2] [3], en <http://www.cpa-iraq.org/regulations/index.html#Orders> (copia en poder del autor).

la ocupación, el embajador Bremer firmó la Orden N.º 7 de la Autoridad Provisional de la Coalición, por la que se introdujeron en el código penal iraquí otras importantes reformas destinadas a suspender o modificar leyes que “el ex régimen utilizaba (...) como herramienta de represión, en violación de derechos humanos reconocidos en el plano internacional”¹²².

Asimismo, la posterior promulgación, el 18 de junio de 2003, del Memorando de Política N.º 3 de la Autoridad Provisional de la Coalición, por el que se modificaron disposiciones clave del código penal iraquí con el fin de proteger los derechos de las personas civiles en Irak¹²³, se basó en la obligación, contenida en los tratados, de eliminar los obstáculos a la aplicación de los Convenios de Ginebra. En el IV Convenio de Ginebra, se establece una serie de derechos relativos a las garantías procesales para la población civil en los territorios ocupados, que presagiaban la evolución de las normas de derechos humanos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial¹²⁴. La puesta en práctica de estas medidas en Irak estaba en consonancia con el cuerpo establecido del derecho de la ocupación y, al mismo tiempo, cumplía las disposiciones de la resolución 1483 del Consejo de Seguridad, conforme a la obligación de todos los Estados de “aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad”¹²⁵. Aunque el citado Memorando de Política alineó con eficacia el procedimiento y el derecho nacionales de Irak con las prescripciones del derecho internacional, se trató, en el mejor de los casos, de una medida provisional que no estaba concebida para soportar todo el peso de enjuiciar todos los crímenes cometidos por el régimen, ni estaba destinada a hacerlo. De hecho, la sección 1 del Memorando de Política original, fechado 18 de junio de 2003, se centraba expresamente en la “necesidad de efectuar la transición” a una administración de la justicia nacional eficaz, liberada de la “dependencia del apoyo militar”¹²⁶.

El segundo párrafo del artículo 64 del IV Convenio de Ginebra es clave para comprender la creación del ATPI. En paralelo con la autoridad del artículo 64 para “imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitir [a la Potencia ocupante] cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio”, en el artículo 47 del Convenio se establece con claridad que dichas “disposiciones” pueden comprender importantes cambios en las estructuras nacionales de justicia y de gobierno. En el artículo 47 se concede implícitamente a la fuerza ocupante la potestad de cambiar “las instituciones o el Gobierno” del territorio ocupado, a condición de que ese cambio no prive a la población de los beneficios de dicho Convenio¹²⁷. El artículo 47 del IV Convenio también se tuvo muy presente en la negociación del ATPI, porque también impidió a

122 *Ibid.*

123 El Memorando N.º 3 de la Autoridad Provisional de la Coalición fue revisado el 27 de junio de 2004 y puede consultarse en http://www.cpa-iraq.org/regulations/20040627_CPAMEMO_3_Criminal_Procedures_Rev_.pdf

124 PIDCP, nota 12 *supra*, art. 14 (donde se describen disposiciones análogas derivadas del derecho internacional de los derechos humanos).

125 Carta de las Naciones Unidas, art. 25.

126 Copia en poder del autor.

127 V. también *US Army Field Manual 27-10*, nota 86 *supra*, párr. 365.

la Autoridad Provisional de la Coalición realizar cambios que socavasen los derechos de la población civil “por acuerdo concertado entre las autoridades del territorio ocupado y la Potencia ocupante”¹²⁸.

De este modo, la Autoridad Provisional de la Coalición no podría haberse ocultado legalmente detrás de la hoja de parra de la adopción de decisiones a nivel nacional; tampoco podría simplemente haberse apartado si las autoridades nacionales en Irak hubieran optado por crear un proceso que menoscabara los derechos humanos de los ciudadanos iraquíes acusados incluso de violaciones gravísimas de los derechos humanos durante el período del “régimen encubierto”. La doctrina del ejército de Estados Unidos refleja este entendimiento de la relación normativa mediante la afirmación de que “las restricciones a la autoridad de un Gobierno beligerante no podrán evitarse mediante el uso de un Gobierno títere central o local destinado a realizar actos que serían ilegales si los efectuase directamente el ocupante”¹²⁹.

El Comentario del IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles, también confirma que la potencia ocupante puede modificar las instituciones internas (entre las que se contarían el sistema judicial y las leyes aplicables) cuando el accionar de las instituciones existentes o del Gobierno del territorio ocupado priva a los seres humanos de los “derechos y salvaguardias que para ellos establece” el IV Convenio¹³⁰. Esas disposiciones del derecho de la ocupación son coherentes con las experiencias de los Aliados durante las ocupaciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, y tenían por objeto permitir que las futuras fuerzas de ocupación lograsen los saludables efectos inherentes a la reconstrucción o reestructuración de sistemas jurídicos nacionales cuando las exigencias de la justicia requiriesen tal reconstrucción. En ese contexto jurídico, la promulgación directa, por la Autoridad Provisional de la Coalición, del Estatuto y las reformas del sistema de justicia iraquí que acompañaron a esa medida podrían haberse justificado invocando cualquiera de las tres finalidades admisibles previstas en el artículo 64 del IV Convenio (cumplir las obligaciones derivadas de los tratados con respecto a la protección de las personas civiles, mantener un Gobierno ordenado sobre una población inquieta que exigía el castigo de los crímenes cometidos bajo el régimen de Sadam, o reforzar la seguridad de las fuerzas de la Coalición).

En otras palabras, tanto el artículo 47 como el 64 proporcionaban a la Autoridad Provisional de la Coalición el derecho positivo de imponer a los iraquíes una estructura destinada a enjuiciar los crímenes más graves del régimen baasista. En vista del estado actual del derecho de la ocupación, la realidad es que la delegación de autoridad al Consejo de Gobierno para establecer el ATPI significó que el Tribunal se cimentó en la soberanía iraquí y que no era susceptible de ser descrito como un vehículo para la dominación extranjera. Si la Autoridad

128 *Ibid.*

129 *US Army Field Manual 27-10*, nota 86 *supra*, párr. 366 (en donde también se especifica que “los actos inducidos o forzados por el ocupante son, no obstante, sus actos”).

130 J. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, vol. IV, *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, CICR, Ginebra, 1958, p. 274 (donde se explica la intención de la disposición recogida en el art. 47, en el sentido de que toda modificación introducida en las instituciones nacionales por la Potencia ocupante debe proteger los derechos de la población civil).

Provisional de la Coalición hubiera tenido el poder de crear, unilateralmente, una estructura para el enjuiciamiento de los principales baasistas, la decisión de delegar la responsabilidad de la creación del ATPI a los funcionarios iraquíes hubiese sido una consecuencia lógica. Sin embargo, un examen más detenido demuestra que la creación del Tribunal Especial Iraquí bajo la autoridad del Consejo de Gobierno de Irak reflejaba, en realidad, la práctica seguida en las ocupaciones de la Segunda Guerra Mundial, cuando los británicos y los estadounidenses elaboraron directrices para orientar a Alemania hacia la democracia, pero, en última instancia, dieron a los alemanes un amplio margen de acción en la reconstrucción de su país¹³¹.

Conclusión

Aunque la génesis del ATPI tuvo lugar durante un período de ocupación, el tribunal fue creado legalmente por los iraquíes con arreglo a normas internacionales. Por lo tanto, el ATPI debería merecer el respeto y la ayuda de los líderes y de los abogados de otros países que apoyan el restablecimiento del Estado de derecho. En cualquier caso, la elección de los castigos debe reservarse a los Gobiernos soberanos que son responsables ante una sociedad en la que viven y trabajan, no a actores externos. La inclusión de la pena de muerte como un castigo permisible para el ATPI derivó del derecho iraquí preexistente y ha generado controversias en el exterior. Sin embargo, permitir que los actores externos interfieran con el conjunto de castigos establecidos a nivel nacional sería una forma moderna de colonialismo jurídico que habría socavado las aspiraciones de los redactores de que el pueblo iraquí acepte los veredictos —tanto las condenas como los sobreseimientos— del ATPI, como autorizados y legítimos¹³².

En buena parte, la controversia se ha debido a las circunstancias políticas que rodearon la invasión de Irak y el fin de la tiranía baasista. Sin embargo, los juristas iraquíes son las personas mejor calificadas para determinar la secuencia de los juicios y la elección de los acusados que ayuden a crear las condiciones en que pueda prosperar la libertad democrática. El primer caso se inició el 19 de octubre de 2005. Se trataba de un intento de asesinato contra Sadam Husein perpetrado por civiles en la aldea de al Dujail, y los asesinatos que siguieron como represalia. Algunos observadores e iraquíes criticaron el caso Dujail alegando que los crímenes contra personas civiles no eran tan importantes como otras violaciones cometidas durante el régimen baasista¹³³. El 4 de abril de 2006, se remitió a juicio el segundo

131 W. M. Hudson, "The US military government and the establishment of democratic reform, federalism, and constitutionalism during the occupation of Bavaria 1945–47", 180 *Military Law Review* 115 (verano boreal de 2004), p. 123.

132 Para un relato detallado de la situación política durante la Guerra Fría y la disolución de la unidad que se había logrado durante la guerra, y el consecuente desbaratamiento de los esfuerzos por convocar un segundo Tribunal Militar Internacional tras la Segunda Guerra Mundial, v. D. Bloxham, *Genocide on Trial: War Crimes Trials and the Formation of Holocaust History and Memory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 28–37.

133 Para una justificación de las acusaciones formuladas en el caso al Dujail, en respuesta a algunos críticos de los medios de comunicación, v. http://www.law.case.edu/saddamtrial/entry.asp?entry_id515.

caso, en el que se acusaba a Sadam Husein y a seis coacusados de atrocidades cometidas contra la población kurda durante las campañas realizadas en Anfal, durante 1988¹³⁴. El juicio de Anfal pondrá a prueba la madurez del ATPI en cuanto a la aplicación del derecho internacional, ya que se trata de una serie de sucesos enormemente compleja, que refleja los padecimientos causados por el régimen baasista y que puede, sin duda, generar la primera jurisprudencia sobre genocidio con que se enfrenten los iraquíes.

La creación del ATPI como componente del sistema de justicia nacional responde a la realidad de que la esfera del derecho penal internacional ha surgido como un sistema interrelacionado, en el cual los fueros nacionales son responsables de aplicar normas internacionales. Recientemente, el Secretario General de las Naciones Unidas observó que, sin los derechos humanos y sin el Estado de derecho, “cualquier sociedad, por muy bien armada que esté, seguirá siendo insegura, y su desarrollo, por muy dinámico que sea, seguirá siendo precario”¹³⁵. Los tribunales creados por la acción internacional desempeñan un papel importante, pero de ningún modo se han elevado a una supremacía jerárquica *de facto*; han sido los tribunales de último recurso, no los que tenían la responsabilidad primordial de proporcionar una primera respuesta óptima. El deseo de enjuiciar a los responsables de crímenes internacionales es uno de los temas que deberían unificar a la humanidad en pos de un objetivo común con el pueblo de Irak y los juristas iraquíes que administran justicia en las salas del Alto Tribunal Penal Iraquí.

134 La información oficial sobre el caso Anfal, dada a conocer por el ATPI, puede consultarse en http://www.law.case.edu/saddamtrial/entry.asp?entry_id5106.

135 Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas, A new mindset for the United Nations, documento de las Naciones Unidas SG/SM/10325, en <http://www.un.org/News/Press/docs/2006/sgsm10325.doc.htm>

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

La *International Review of the Red Cross* se publica en inglés cuatro veces al año, en marzo, junio, septiembre y diciembre.

La *Selección de artículos de la Revista en español*, de publicación anual, recoge artículos seleccionados de la versión en inglés.

En la página Web del CICR, www.cicr.org, se publican todos los artículos en su versión original (principalmente en inglés), así como la traducción en español de los artículos seleccionados.

Presentación de manuscritos

La Redacción de la *International Review of the Red Cross (IRRC)* invita a los lectores a hacerle llegar artículos sobre temas relacionados con la acción, la política o el derecho humanitarios. En general, cada número de la *IRRC* se dedica a un tema en particular, que selecciona el Consejo Editorial. Esos temas se presentan en el documento "Temas de los próximos números de la *International Review of the Red Cross*", disponible en www.cicr.org/spa/revista. Se dará prioridad a los artículos que se relacionen con esos temas.

El texto puede redactarse en español, francés o inglés. Los originales en español serán traducidos al inglés para su publicación en la *International Review of the Red Cross*.

Los artículos no deben haber sido publicados previamente, ni presentados a otra publicación. Son revisados por un grupo de expertos, y la decisión definitiva sobre su publicación corresponde al Redactor jefe. La *IRRC* se reserva el derecho de modificar los textos. La decisión de aceptar, rechazar o revisar un artículo se comunicará al autor dentro de las cuatro semanas siguientes a la recepción del texto. En ningún caso se devolverán los manuscritos a los autores.

Los manuscritos pueden enviarse a csc.bue@icrc.org o a la delegación del CICR más cercana.

Formato del manuscrito

Los artículos pueden tener una extensión de entre 5.000 y 10.000 palabras. Se puede publicar contribuciones más cortas en la sección "Notas y comentarios".

Podrá encontrar más indicaciones sobre la presentación de artículos en www.cicr.org/spa/revista

Suscripciones

La *International Review of the Red Cross* se distribuye entre instituciones y organizaciones seleccionadas. Toda distribución adicional estará sujeta a la disponibilidad.

Las solicitudes de suscripción deben enviarse a:
Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)
Production, Marketing and Distribution
19, Avenue de la Paix
CH - 1202 - Ginebra - Suiza
Fax (+41 22) 730 27 68
Correo electrónico: shop.gva@icrc.org
www.icrc.org/eng/shop

© icrc

Para reimprimir un texto publicado en la *International Review of the Red Cross*, se debe solicitar autorización al Redactor jefe. La solicitud debe remitirse al Equipo de Redacción.

Equipo de Redacción

Redactor jefe: Toni Pfanner
Asistente de Redacción: Emmanuelle Saada
Asistente de Edición: Claire Franc Abbas

Edición en español

Traducción: Paula Krajnc, Margarita Polo
Revisión: Margarita Billon, Renée Cabrera Chi
Ángela Franco, José Chocomeli
Lecturas de prueba: Margarita Polo
Producción: Gabriela Melamedoff
Diagramación: Estudio DeNuñez

Impreso en noviembre de 2007
por Platt grupo impresor, Buenos Aires, Argentina

Comité Internacional de la Cruz Roja
19, Avenue de la Paix
CH - 1202 Ginebra, Suiza
Teléfono: (+41 22) 734 60 01
Fax: (+41 22) 733 20 57
Correo electrónico: review.gva@icrc.org

Foto de tapa
© Museo Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA
Selección de artículos 2006

Extraídos de los siguientes números de la
International Review of the Red Cross

Tribunales penales internacionales

N.º 861 - Marzo de 2006

Comisiones de la verdad y la reconciliación

N.º 862 - Junio de 2006

Empresas militares privadas

N.º 863 - Septiembre de 2006

Métodos de guerra

N.º 864 - Diciembre de 2006

INTERNATIONAL
REVIEW
of the Red Cross



CICR

ISSN: 0250-569X

www.cicr.org/spa/revista