

La Justicia Penal Internacional y la Protección de los Derechos Humanos: El Estado de Derecho o la Arrogancia del Derecho?

James Silk*

El inicio del siglo XXI, tal vez digamos de nuestro tiempo, fué la época de los derechos humanos, la época del genocidio y la tortura, fué la era de la abundancia, fue la era del hambre, fue el amanecer de la justicia global y la de la larga noche del desposeimiento y el abuso.

A finales del siglo XX, mientras el mundo celebraba el quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tanto los activistas como sus críticos identificaban a los derechos humanos como “la narrativa moral dominante para pensar en los asuntos del mundo”¹ y como “el mayor artículo de fé de una cultura secular que teme que no cree en nada mas[,]... la *lingua franca* del pensamiento moral global.”² Y justo cuando el lenguaje de los derechos

¹ Director Ejecutivo del Centro Orville H. Schell, Jr. para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Yale.

David Rieff, *The Precarious Triumph of Human Rights*, N.Y. TIMES MAGAZINE, Ag. 8, 1999, p. 37 (“La era de los derechos humanos está sobre nosotros.”).

² Michael Ignatieff, *Whose Universal Values? The Crisis in Human Rights*, Ensayo Praemium Erasmianum 1999, p. 12. Ignatieff anota que la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido llamada una “religión secular mundial” por Elie Wiesel, el “estándar a través del cual medimos el progreso humano” por el Secretario General de la ONU Kofi Anan y “el documento esencial, la piedra angular, el credo de la humanidad por la premio Nobel Nadine Gordimer. *Id.*; Véase también, por ejemplo, Costas Douzinas, *Human Rights and Postmodern Utopia*, 11 L. & CRITIQUE 219 (2000). Costas indica

Un nuevo ideal ha triunfado en el escenario del mundo global: los derechos humanos. Este ideal une a la izquierda y a la derecha, al púlpito y al estado, al ministro y al rebelde, al mundo en vías de desarrollo y a los liberales de Hampstead y Manhattan. Los derechos humanos se han convertido en el principio de liberación de la opresión y la dominación, en el grito de los desamparados y a los desposeídos, el programa político de los revolucionarios y disidentes... Los derechos humanos son el destino de la post- modernidad, la energía de nuestras sociedades, la satisfacción de la promesa de la Ilustración de la emancipación y la auto-realización... Los derechos humanos son anunciados como la creación mas noble de nuestra filosofía y nuestra teoría legal y como la mejor prueba de las aspiraciones universales de nuestra modernidad, que tuvo que esperar a nuestra cultura post-moderna global para su jústamente merecido reconocimiento.

humanos domina el discurso moral internacional, el paradigma de la justicia penal internacional recientemente ha venido a dominar el discurso los derechos humanos. Michael Ignatieff ha llamado al desarrollo de instituciones para hacer penalmente responsables a los violadores de los derechos humanos “la revolución de la aplicación en los derechos humanos.”³ *Human Rights Watch*, que ha estado a la vanguardia de los esfuerzos por establecer y utilizar mecanismos como la corte internacional de justicia, llama a estos desarrollos “el inicio de una nueva era para el movimiento de los derechos humanos,” y describe esta era como una “en donde la defensa de los derechos humanos puede moverse del paradigma de la presión basado en el derecho internacional de los derechos humanos al paradigma de la aplicación del derecho.”⁴ Ciértamente, hasta hace muy poco, discutir sobre el progreso de los derechos humanos significaba fundamentalmente reconocer el establecimiento y proliferación de normas convencionales o consuetudinarias mientras al mismo tiempo se lamentaba la debilidad de los mecanismos internacionales para su aplicación. Los defensores de los derechos humanos anhelaban hacer funcionar el ámpliamente consolidado derecho internacional de los derechos humanos como un sistema jurídico estatal efectivo al apoyar las cortes que pudieran procesar y castigar a los violadores de estos derechos. Mientras la comunidad internacional saluda con entusiasmo la naciente materialización de este objetivo, el establecimiento de un modelo judicial para la protección de los derechos humanos, es apropiado preguntarse si obtener lo que deseabamos es tal vez un motivo de preocupación tanto como de optimismo.

Id. pp. 219–220.

³ Ignatieff, nota 2 *supra*, p.11.

⁴ HUMAN RIGHTS WATCH, WORLD REPORT 2000, pp. xiii-xiv (2000).

Los elementos clave de esta “revolución en la aplicación” son bien conocidos: la creación por parte del Consejo de Seguridad de la ONU de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, su récord de acusaciones, arrestos, juicios y sentencias así como su doctrina; la adopción del Tratado de Roma para establecer la Corte Penal Internacional; el arresto del General Pinochet y los procesos que le siguieron en Gran Bretaña y Chile; y los esfuerzos “post-Pinochet” para procesar a los violadores de los derechos humanos de un estado, llevándolos a las cortes de otro, con base en la jurisdicción universal. Todas estas instituciones y procesos reflejan una sola aproximación frente a la aplicación de los derechos humanos, el procesamiento penal retrospectivo de individuos supuestamente responsables de violaciones particularmente egregias de los derechos humanos. Los defensores de este modelo de justicia penal internacional, o modelo judicial, generalmente asumen que este logro permitirá el avance de los derechos humanos, no solo porque enjuiciar a grandes violadores de estos derechos es bueno en sí mismo, sino también porque será una gran ayuda para la protección de los derechos humanos. Parece justo asumir que enjuiciar a los causantes de serias violaciones de los derechos humanos es un bien y que los procesos internacionales son importantes porque pueden lograr que se haga justicia en casos en donde sería imposible hacerlo en cada nación y porque ayuda a solidificar las normas internacionales que prohíben estas violaciones. Mas la relación entre todo esto y la protección de los derechos humanos no puede ser asumida tan fácilmente.⁵ De hecho, el actual dominio del discurso de los

⁵ Este escrito parte de la base que la justicia penal internacional es buena en tanto que lograr que se haga justicia con serios violadores de derechos humanos es algo positivo en sí mismo y un interés universal. Este escrito no toca los complejos problemas de si los juicios penales internacionales o nacionales son benéficos para los estados que estan emergiendo de periodos de conflicto o periodos en donde se cometieron atrocidades, el impacto de las demandas de justicia para las posibilidades de paz y reconciliación en estos estados o la legitimidad y consecuencias de las amnistías, temas que han sido analizados por participantes del SELA y en la creciente literatura sobre la justicia transnacional. Mas bien, este escrito intenta evaluar una serie de preocupaciones relacionadas con la protección de los derechos humanos que se generan por el dominio que

derechos humanos por parte de la justicia penal internacional puede tener implicaciones problemáticas en cuanto a la protección de los derechos humanos.

Atribuir el ascenso del modelo judicial a la predominancia de abogados en el área de los derechos humanos es solo una modesta sobre-simplificación. La primera víctima de este predominio parece ser la comprensión de sentido común del significado de la palabra protección. De acuerdo con el diccionario *Random House College*, edición revisada (1975), proteger es “defenderse o guardarse de un ataque, pérdida, insulto, etc.; cubrirse o escudarse de cualquier daño o peligro.” Si por el contrario, en vez de “proteger” se usa la palabra mas jurídica “[hacer] cumplir,”* la definición del diccionario es “poner o mantener en vigor; exigir obediencia a.” En el contexto de los derechos humanos, protección significa en última instancia defender o guardar a los individuos o pueblos de cualquier violación de estos derechos; [hacer] cumplir significa hacer que los actores relevantes obedezcan las normas de derechos humanos. La protección de estos derechos significa detener o prevenir los abusos. El modelo judicial retrospectivo responde a las violaciones luego de que han ocurrido, imponiendo sanciones penales a los responsables. Para evaluar los efectos que el modelo de justicia penal internacional tiene para la protección de los derechos humanos es necesario evaluar el grado en el que su aplicación es probable que genere un mayor respeto por estas normas jurídicas.

parece tener el modelo de justicia criminal sobre el discurso de los derechos humanos.

* Nota del Traductor. La palabra usada en el original es *enforce*.

La esencia de la expectativa de que la justicia penal internacional ampliará la protección de los derechos humanos es el efecto disuasor general que ésta podría tener. Entre los activistas abundan los defensores del efecto disuasor de los tribunales *ad hoc*, la Corte Penal Internacional y la aplicación de la jurisdicción universal.

El juez Richard Goldstone, ex-fiscal principal de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda y un respetado defensor de la justicia penal internacional, concluye sus recientes memorias con una serie de declaraciones optimistas sobre el futuro de la justicia internacional. “El Consejo de Seguridad ha dado un fuerte golpe en contra de la impunidad al establecer los tribunales. Ha mandado el mensaje a los posibles criminales de guerra de que la comunidad internacional no permitirá más la comisión de crímenes de guerra serios sin la amenaza de retribución”⁶ Goldstone agrega que:

Si [la tendencia del siglo XX hacia las guerras, los crímenes de guerra, la miseria y las privaciones] ha de detenerse en el siglo XXI, la comunidad internacional tendrá entonces que tomar medidas positivas para ponerle freno. Una medida disuasora efectiva sería un sistema de justicia penal internacional con los suficientes poderes para hacer que los posibles criminales de guerra reconsideren sus ambiciones, al saber que de otro modo pueden ser cazados por el resto de sus días y eventualmente ser llevados a juicio⁷

⁶ RICHARD J. GOLDSTONE, FOR HUMANITY: REFLECTIONS OF A WAR CRIMES INVESTIGATOR 126 (2000).

⁷ *Id.* p. 135.

Luego de citar algunos ejemplos de tiranos y violadores de derechos humanos que recientemente fueron arrestados o que para evitar ser procesados huyeron de una jurisdicción amenazadora, el juez Goldstone concluye con lo que se ha convertido en el supuesto remedio generado por el argumento del efecto disuasor general: “Otros dictadores o ex-dictadores tendrán que revisar cuidadosamente sus planes de viaje al exterior.”⁸

Human Rights Watch reitera el nexo entre los juicios internacionales y el que se evite la comisión de violaciones de los derechos humanos en el futuro. En su más reciente reporte anual, *Human Rights Watch* discute cuatro recientes esfuerzos transnacionales, en África y las Américas, para condenar a violadores de derechos humanos y concluye que estos casos reflejan una tendencia global para tratar de “llevar a juicio a funcionarios que violen tales derechos.” Esta tendencia todavía está en un estado rudimentario aunque claramente ha venido funcionando en contra de la impunidad de la que gozaban tantos dirigentes despiadados. El mundo más pequeño en el que nos encontramos puede hacer que los dictadores del mañana piensen dos veces antes de tomar el camino de la muerte que sus antecesores tomaron.”⁹

⁸ *Id.* p. 136; Véase también, por ejemplo, Norimitsu Onishi, *He Bore Up Under Torture. Now He Bears Witness*, N.Y. TIMES, Mar. 31, 2001, p. A3 (Onishi describe los esfuerzos en Chad para ayudar a llevar a juicio al ex-dictador Hissene Habre por violaciones a los derechos humanos, describe en detalle la nueva estrategia que busca la extradición y juzgamiento de Habre en Bélgica bajo el precedente del caso Pinochet y argumenta que “si tienen éxito, todavía hay grandes interrogantes sobre esta posibilidad, otros déspotas africanos tal vez piensen dos veces antes de violentar a sus ciudadanos en casa y luego salir de viaje de compras a París y Nueva York.)

⁹ *Introduction to Human Rights Watch, World Report 2001: Events of 2000* (visitada en mayo 3, 2001) <<http://www.hrw.org/wr2k1/intro/intro16.html>>. Las explicaciones de los activistas sobre el potencial de la justicia penal internacional raramente mencionan el más limitado efecto de disuasión específico –eliminar la posibilidad de que particulares violadores de derechos humanos cometan futuros abusos– excepto como una condición esencial para la herramienta paradigmática que permite la protección de estos derechos, el efecto disuasor general.

Los anteriores puntos de vista descansan en una ecuación simple, y que casi no ha sido analizada, compuesta por los juicios internacionales, el final de una cultura omnipresente de impunidad en la que los tiranos violan los derechos humanos y el efecto disuasor general que se genera sobre futuros violadores de tales derechos. La discusión académica sobre la justicia en sociedades en transición pone algo de atención a la tenue conexión entre los juicios y el efecto disuasor al interior de estas sociedades. Los defensores del modelo judicial no hacen referencia a la desvaída teoría de la disuasión general que es fundamental para su entusiasmo.¹⁰ Generalmente los defensores de este modelo han ignorado los complejos debates sobre el efecto disuasor general que tienen los sistemas nacionales de justicia penal. El efecto disuasor en el nivel local se basa en una red de factores en donde la aplicación efectiva del derecho depende de una red de elementos dentro de los que se incluyen las normas culturales, el sentido de comunidad, un servicio de policía consolidado, cortes y otras instituciones. Aún en estas situaciones, el argumento de que el efecto disuasor es eficaz han sido controversial y no adecuadamente sustentado en la evidencia

¹⁰ *Mas véase* International Council on Human Rights Policy, *Thinking Ahead on Universal Jurisdiction, Report of a Meeting Hosted by the International Council on Human Rights Policy*, p. 15 (Mayo 6-8, 1999, Ginebra) (el reporte analiza el argumento fundamental que está tras los juicios que se basan en la jurisdicción universal y reconoce “que la evidencia que existe puede que tal vez demuestre el fracaso de estos juicios para disuadir la comisión de crímenes en el futuro”, pero igualmente afirma que “el argumento mas convincente para los juicios basados en la jurisdicción universal es la firme creencia que estos juicios previenen la comisión de nuevos crímenes.”); *cf.* Payam Akhavan, *Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?*, 95 AM. J. INT’L L. 7 (2001). Akhavan argumenta que los juicios internacionales han tenido como consecuencia la “extensión de la responsabilidad” *id.* p. 9, que ha transformado las reglas internacionales sobre la legitimidad, *Véase id.* p. 30, y han “generado inhibiciones de largo plazo en contra de crímenes internacionales en la comunidad global,” *id.* p. 27, que con el paso del tiempo, podrían permitir que “una nueva realidad de cumplimiento habitual de la ley eche raíces y se desarrolle” *id.* p. 13. Sin embargo, Akhavan es realista sobre las dificultades para prevenir las atrocidades a través del efecto de disuasión de la justicia penal internacional, al reconocer que “los juicios penales internacionales pueden ‘fortalecer los baluartes internacionales que ayudan a los individuos a obedecer las reglas de la guerra, pero que el efecto disuasor general de estos juicios es probable que sea modesto e incremental antes que dramático y transformativo.’” *Id.* p. 31 (citando a David Wippman, *Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice*, 23 FORDHAM INT’L L.J. 473, 488 (1999)).

disponible. Nada de esto ha limitado los argumentos más ambiciosos que señalan la existencia de un efecto disuasor en el ámbito internacional, aún con la ausencia (en este ámbito) de normas, una comunidad y unas instituciones que sean comparativamente efectivas. El argumento de que los juicios internacionales tendrán un efecto disuasor sobre potenciales violadores de los derechos humanos es especulativo. Depende no de la evidencia, sino de la fé en la lógica del efecto disuasor. La especulación de que es poco probable que los procesos internacionales tengan un efecto disuasor general significativo se basa en una lógica que es por lo menos igualmente convincente.¹¹ Esta no es una razón para oponerse a los juicios internacionales; luego de evaluar todas las cosas en juego, es probable que valga la pena adelantarlos si estos logran que se haga justicia.¹² La evidente falta de habilidad o voluntad para llevar a los responsables a juicio puede servir para alentar a los tiranos a que violen los derechos humanos como una forma de control social y político. En la medida en que estos juicios internacionales combatan patrones de impunidad, puede que por lo menos sirvan para disminuir este tipo de incentivo.¹³ Pero es

¹¹ Véase, por ejemplo, GARY BASS, *STAY THE HAND OF VENGEANCE: THE POLITICS OF WAR CRIMES TRIBUNALS* 291 (2000) (Bass señala que “no es nada claro que los tribunales de crímenes de guerra generen un efecto disuasor a corto o a largo plazo”); Mark A. Drumbl, *Punishment, Postgenocide: >From Guilt to Shame to Civis in Rwanda*, 75 N.Y.U. L. REV. 1221, 1253-54 (2000) (Drumbl resume la irrelevancia de la teoría de la elección racional de la que depende el valor disuasor del castigo para “los actos motivados por impulsos no racionales,” particularmente en el contexto de violencia masiva en la órbita internacional) (citando a Dianne L. Martin, *Retribution Revisited: A Reconsideration of Feminist Criminal Law Reform Strategies*, 36 OSGOODE HALL L.J. 151, 162 (1998)).

¹² Véase, por ejemplo, International Council on Human Rights Policy, nota 10 *supra*, p. 16 (el reporte señala que dada la imposibilidad de probar que el efecto disuasor de los juicios puede dar lugar a la excusa de no procesar a los violadores de derechos humanos, el efecto disuasor tiene que no ser visto como “el único argumento para adelantar juicios basados en la jurisdicción universal,” sino como uno más de muchos los objetivos importantes existentes).

¹³ Véase, por ejemplo, BASS, nota 11 *supra*, p. 295 (Bass argumenta que amenazar con juicios y aún con acciones militares para que se apliquen los derechos humanos es una necesidad moral, pero advierte que las expectativas sobre la posibilidad de generar un impacto disuasor deben mantenerse controladas y que no hay muchas bases para ser optimista sobre la posibilidad de lograr generar un efecto disuasor global sobre los criminales de guerra en el largo plazo al establecer normas internacionales).

importante ser realista sobre el potencial del efecto disuasor que la justicia penal internacional puede generar y considerar el contexto mas amplio en el que los juicios operarán. Las ilusiones son peligrosas y los riesgos para la protección internacional de los derechos humanos son altos. La fé injustificada en la fuerza del efecto disuasor en el ámbito internacional genera el riesgo de que los actores internacionales, los estados y las organizaciones no gubernamentales, dependan excesivamente de la justicia penal internacional como el medio primario para la protección de los derechos humanos.

La justicia internacional corre el riesgo de convertirse en una especie de panacéa, en un sustituto para las acciones efectivas que permiten la protección de los derecho humanos. El peligro no es méramente la autocomplacencia internacional que se basa en la confianza falsa en el efecto disuasor que el modelo judicial puede generar; se trata de un panorama mas insidioso en donde los estados e instituciones internacionales, particularmente aquellas con el poder y los recursos para implementar las políticas que tienen como propósito la protección de los derechos humanos, evitarán cursos de acción mas difíciles y costosos invocando como justificación su compromiso con la justicia penal internacional. La ilusión del efecto disuasor le permite a la comunidad internacional ser testigo de atrocidades, declarar que los responsables deben saber que enfrentan la amenaza de un juicio futuro y creer que esto constituye una respuesta que sirve para proteger a los derechos humanos.

La situación hasta ahora no es alentadora. Luego de no hacer nada para proteger al pueblo de Bosnia de las limpiezas étnicas y a la gente de Ruanda del genocidio, la comunidad internacional

estableció dos tribunales *ad hoc* para mitigar la culpa de Occidente y restaurar su autoridad. Aún los esfuerzos para juzgar a Pinochet y a Habre surgieron de la ausencia de medidas para proteger a los pueblos de Chile y de Chad de años de asesinato, desapariciones y tortura oficial. Los que celebran la creación de los tribunales *ad hoc* y los nacientes juicios basados en la jurisdicción universal seguramente reconocen las fallas en la protección de los derechos humanos que dieron lugar a estas iniciativas. Pero aparentemente estas personas no consideran que las motivaciones históricas que subyacen a estas violaciones pueden tener implicaciones negativas para la suficiencia de estos mecanismos como respuesta a tales abusos. Gary Bass expresa cierto pesimismo sobre los dos tribunales *ad hoc* que necesaria y convincentemente genera dudas sobre el rol de la justicia penal internacional.

En el análisis anterior, los dos tribunales internacionales para crímenes de guerra en La Haya y Arusha representan el fracaso de los Estados Unidos y de Occidente. Si Occidente hubiera logrado reunir la voluntad política para detener las masacres de Bosnia y Ruanda, no habría necesidad de estos frágiles experimentos en justicia internacional. Si no hay crímenes de guerra, no es necesario que haya tribunales penales. Pero habiendo abdicado la responsabilidad de detener los crímenes de guerra, Occidente ha puesto ahora su fé en instituciones internacionales débiles para restaurar el buen nombre de la comunidad mundial. No importa que tan exitosos alcancen a ser los dos tribunales con el paso del tiempo...[,] estos no serán capaces de completar la tarea. El rigor

del derecho nunca podrá compensar las vidas perdidas; mas el rigor del derecho es lo único que nos queda.¹⁴

Cuando las atrocidades que ocurran en el futuro no afecten ningún interés importante del Norte, cuando la comunidad internacional y sus estados miembros perciban como muy altos los costos de las acciones de protección de los derechos humanos, será que el aparato de justicia penal internacional no ofrecerá una alternativa tentadora, un bálsamo para la culpa que genera la inacción? El modelo de justicia penal retrospectiva, a pesar de sus virtudes, corre el riesgo de convertirse en una justificación inapropiada y nada sabia para la abdicación de la responsabilidad de proteger el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁵ Antes que promover el cambio hacia un mayor respeto por los derechos humanos, el ascenso de la justicia criminal internacional puede convertirse en una fuente de protección del *status quo*.

La ventaja del modelo judicial, la habilidad de hacer penalmente responsables a los violadores de los derechos humanos, es probable que desaliente las acciones de protección internacional de los

¹⁴ *Id.* p. 283 (nota de pie de página omitida)

¹⁵ Véase *id.* p. 282. Bass señala que para los Estados Unidos, “el lenguaje legal formal usualmente ha sustituido las acciones políticas reales en Bosnia y en Ruanda..” *Id.* Bass cita a Judith Shklar:

La idea de que todos los problemas internacionales se disolverán con el establecimiento de una corte internacional con jurisdicción obligatoria es una invitación a la desidia política. Esta idea le permite a uno no hacer ninguna transformación en la acción política nacional, no cambiar actitudes, no tratar nuevas aproximaciones y de todos modos aparecer como si se estuviera trabajando por la paz.

Id. (citando a JUDITH SHKLAR, *LEGALISM* 134 (1964)); Véase también Akhavan, nota 10 *supra*, p. 30 (“Sin embargo, el atractivo espectáculo del drama en la corte, que presenta a las fuerzas de la oscuridad en contra de las fuerzas del bien y reduce el mundo a una narrativa manejable, podría llevar a que la justicia penal internacional se convierta en un ejercicio de auto-afirmación moral y un sustituto para una solución y un compromiso genuinos.”).

derechos humanos al hacer girar el foco de atención lejos de los estados y otras instituciones de poder. El foco de las acciones de protección de los derechos humanos tiene que ser el estado, que es quien tiene el deber de respetarlos y protegerlos bajo la Carta de la ONU y bajo el derecho convencional y el consuetudinario. Mas importante que la obligación legal es el hecho de que un estado competente y fuerte puede ser un efectivo protector de derechos. La justicia penal internacional, con su énfasis exclusivo en la responsabilidad individual, pone en peligro esta concentración de la atención en el estado. Dada su dependencia, y por tanto su necesaria insistencia, en una teoría simplista de la responsabilidad individual, la justicia penal internacional mina los esfuerzos serios por entender las causas de las violaciones de los derechos humanos y el desarrollo de políticas efectivas para prevenirlas o detenerlas, esto es, para la protección de los derechos humanos.

La preocupación por la excesiva concentración en el individuo tiene también un componente temporal. Una vez las violaciones son cometidas, la justicia puede requerir el que se determine quienes son culpables, quien son menos culpables y quienens no los son. Pero en el momento en que ocurren las violaciones, cuando el objetivo de la protección todavía tiene significado, los actores internacionales tienen que resistir la tentación de convertir en su máxima prioridad la búsqueda de particulares violadores de derechos humanos, en anticipación a su arresto, procesamiento y castigo.

Para los crímenes para los que el emergente sistema penal internacional de justicia está diseñado – genocidio, crímenes en contra de la humanidad y crímenes de guerra - los juicios internacionales

retrospectivos de individuos son una débil e insatisfactoria respuesta. Si no fuera por el dominio de los abogados en la comunidad de activistas, esta respuesta parecería tan inadecuada para el problema que desmoralizaría profundamente a la totalidad del proyecto internacional de los derechos humanos. Los juicios son una respuesta jurídica estrecha para la maldad política radical, que exige, por el contrario, una respuesta política radical. Esta respuesta tiene que ser contemporánea con el mal -esperar a que un proyecto de muerte finalice puede alcanzar el nivel de complicidad con éste- y tiene que enfrentar directamente las estructuras de poder que son sus motores.¹⁶ Si el objetivo es la protección de los derechos humanos, el estado u otras instituciones de poder con el potencial para causar abusos tienen que ser declarados responsables, no con el objetivo de materializar posibles sanciones retrospectivas, sino para desarrollar medidas de protección efectivas antes o cuando las violaciones empiecen. El énfasis del modelo judicial en la responsabilidad individual es una barrera, institucional, temporal y táctica, para la efectividad de las acciones internacionales diseñadas para prevenir o detener genocidios, crímenes en contra de la humanidad y crímenes de guerra.

Aún mas, la justicia penal internacional no pretende, ni es adecuada para generar los cambios necesarios para la protección del amplio conjunto de los otros derechos humanos. La desconexión entre las pocas violaciones especialmente aborrecibles que están en el campo de visión de la justicia penal internacional y el resto del cuerpo de los derechos humanos ha empezado a crear *de*

¹⁶ Véase, por ejemplo, Drumbl, nota 11 *supra*, pp. 1324-25 (Drumbl indica que al dividir a las sociedades post-genocidio entre los “culpables” y los “inocentes”, los juicios “corren[]el riesgo de simplificar excesivamente la historia al negar la importancia de las violaciones colectivas, la aquiescencia complice de algunos y la encarnación del “mal radical” por parte de otros).

facto una jerarquía de derechos. Esta jerarquización de derechos ha sido anatema para el movimiento de los derechos humanos; cualquier jerarquía necesariamente hace que algunos derechos sean menos importantes y sugiere a quienes están en el poder que pueden violar estos “derechos menores” con relativa poca preocupación de que este hecho les importará suficientemente a los actores internacionales como para condenarlos, o como para imponer sobre ellos consecuencia alguna. Aunque la naturaleza del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes en contra de la humanidad obligan a una respuesta específica y decisiva, la concentración exclusiva de la justicia penal criminal en estos pocos crímenes y en la responsabilidad individual de quienes los cometen constituye un potencial impedimento para una mas general y efectiva protección de los derechos humanos.

Aún si el modelo judicial logra algún progreso en la eliminación de los brutales crímenes de los que se preocupa, para la mayoría de las personas en el mundo las cosas permanecerán iguales a como siempre han sido. Estas continuarán sufriendo lo que Tom Farer llamó recientemente las “violaciones cotidianas,”¹⁷ aquellas que afectan ámpliamente a las personas pobres y marginadas del mundo. *Human Rights Watch*, a la vez que exalta la promesa de una justicia penal criminal, reconoce que cuando los gobiernos no protegen a su gente de las “violaciones de los derechos humanos menos severas,” “el movimiento de los derechos humanos puede recurrir a sus usuales técnicas: el desenmascaramiento, la denuncia, el aislamiento, y los llamados para que se impongan sanciones.”¹⁸ Pero estas son las mismas técnicas frente a las cuales la justicia penal internacional

¹⁷ Tom Farer, Comentarios en el Simposio Anual de la Beca Robert L. Bernstein en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, La Política y los Derechos Humanos: Una Agenda Bipartidista para la Política Internacional de los Estados Unidos? (Mar. 31, 2001).

¹⁸ HUMAN RIGHTS WATCH, nota 4 *supra*, p. xiv.

ha sido presentada como una alternativa mas esperanzadora. Aún mas, al concentrar usuálmnte el discurso de los derechos humanos en las violaciones mas graves y en la responsabilidad individual, el modelo de la justicia penal internacional perpetúa el fracaso que se ha tenido en la confrontación de las causas sistémicas de la violación de los derechos humanos. Este modelo no toca las desigualdades de poder causadas, en particular, por la pobreza arraigada y extrema. No toca los radicalmente desiguales beneficios y costos de la globalización.

La justicia penal internacional asumirá únicamente los crímenes mas egregios y en el futuro próximo, lo hará solamente en un número limitado de sitios. Para la gran mayoría de las violaciones de los derechos humanos, y para la gran mayoría de personas en el mundo, los juicios en la Corte Penal Internacional o aquellos bajo la jurisdicción universal serán irrelevantes. El peligro de establecer una jerarquía de derechos es que ésta refuerce la tendencia a que en la órbita internacional se descuiden los derechos “ordinarios” que afectan a la mayoría de personas en el mundo.¹⁹ Las preocupaciones sobre los derechos humanos de la gran mayoría de personas en el mundo serán asumidos, en el mejor de los casos indirectamente, a través de la promoción de la democracia y el libre mercado. Mas no hay evidencia de que al promover alguno de estos dos se puedan confrontar los problemas de pobreza que subyacen a tales preocupaciones.

¹⁹ Véase, por ejemplo, Theodore Meron, *On a Hierarchy of International Human Rights*, 80 AM. J. INT'L L. 1, 21 (1986), extracto en HENRY J. STEINER & PHILIP ALSTON, *INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT: LAW, POLITICS, MORALS* 155-56 (2d ed. 2000).

Esta concentración estrecha, este establecimiento *de facto* de una pequeña categoría de derechos fundamentales, mina finalmente la posibilidad de prevenir aún las atrocidades de las cuales la justicia penal internacional se preocupa. Es probable que disminuya la importancia de la amplia red de servicios que ya existe y de la cultura de derechos que implica la idea de una “red.” Los regímenes violadores de los derechos humanos raramente empiezan con genocidios o crímenes en contra de la humanidad. Las violaciones van creciendo gradualmente, y las primeras, en los márgenes de la red, son usualmente precursoras de violaciones mucho más graves. Pero si el modelo judicial continúa ganando predominancia al interior de los derechos humanos - especialmente en tanto que va alcanzando un récord que pueda empezar a reforzar la sensación de que el modelo hace algo para proteger estos derechos- éste entrará en tensión con la necesidad de acciones internacionales tempranas y efectivas para proteger la vasta mayoría de los derechos.

La ilusión del efecto disuasor, y su redireccionamiento de las preocupaciones nacionales e internacionales, puede parecer que no constituye un riesgo significativo para la protección de los derechos humanos, particularmente a la luz de la ineficacia de la comunidad internacional con anterioridad a este reciente giro hacia los tribunales. Pero para apreciar la importancia de este giro, considérense los extremadamente limitados recursos que están disponibles para las actividades relacionadas con los derechos humanos. La justicia internacional es costosa. Para el año 2000, el presupuesto de la Corte Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (CPIY) fue de US\$ 95,942,600.²⁰ El presupuesto de la Corte Penal Internacional para Ruanda (CPIR) para

²⁰ Véase G.A. Res. 54/239, U.N. GAOR, ¶9, U.N. Doc. A/RES/54/239 (2000). Desde su inicio en 1993 hasta el año 2001, el presupuesto combinado de la CPIY alcanzó los US\$ 471,000,000. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY Key Figures (Modificada por última vez en abril 18, 2001)

el año 2000 fué de US\$ 78,170,200.²¹ En contraste con este presupuesto combinado de US\$174.000.000, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, con un amplio mandato para promover y proteger globalmente a los derechos humanos que incluye a la cooperación técnica, la asistencia a las víctimas de violaciones de derechos humanos, operaciones de campo, el apoyo a las actividades para mantener y construir la paz, y el apoyo a los órganos de la ONU encargados de la protección de los derechos humanos –aquellos creados por la Carta y por tratados-, tiene un presupuesto total, incluyendo los rubros del presupuesto ordinario de la ONU y contribuciones voluntarias, de aproximadamente US\$ 48 millones.²² Hasta abril del 2001, la CPIY tenía mas de 1100²³ empleados y la CPIR tenía 800.²⁴ La suma del número de trabajadores de los dos tribunales, cerca de 2000, ciertamente hace ver pequeño al número total de trabajadores de Amnistía Internacional, *Human Rights Watch*, el Grupo de Derecho Internacional para los Derechos Humanos, el Comité de Juristas para los Derechos Humanos, Doctores por los Derechos Humanos y otras organizaciones internacionales no gubernamentales que han sido instrumentales para cada uno de los avances en la órbita de los derechos humanos. La CPIY ha acusado a 100 individuos de los cuales 41 están actualmente siendo procesados ante

<<http://srch1.un.org/icty/glance/keyfig-e.htm>>.

²¹ Véase G.A. Res. 54/240, U.N. GAOR, ¶ 9, U.N. Doc. A/RES/54/240 (2000).

²² Véase Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Annual Appeal 2000: Overview of Activities and Financial Requirements, pp. 9-10 (visitada en mayo 4, 2001) <<http://www.unhcr.ch/pdf/annual.pdf>>. El presupuesto para el periodo del 2000-2001 es de US\$ 96,507,121

²³ Véase International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, nota 20 *supra*.

²⁴ Véase International Criminal Tribunal for Rwanda, General Information (visitada en mayo 4, 2001) <<http://www/icttr.org/ENGLISH/geninfo/ictrlaw.htm>>.

el tribunal; 20 han sido juzgados en 9 procesos que requirieron un total de 926 días.²⁵ Esto no pretende despreciar el trabajo del tribunal; estos son casos serios y graves, con complejos retos jurídicos y probatorios. Mas estos hechos si señalan las tremendas inversiones en recursos financieros y humanos que se requieren para mantener estos dos tribunales *ad hoc* que se establecieron para juzgar a quienes cometieron serios crímenes violatorios de los derechos humanos durante un periodo específico, en dos países relativamente pequeños.

La comunidad internacional hasta ahora no ha querido invertir grandes recursos en la protección de los derechos humanos. Encontrar los recursos adecuados para mantener los esfuerzos de protección, incluyendo las misiones para mantener la paz, han sido un reto persistente y difícil. En efecto, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos reportó en su informe sobre el año 2000: “Aunque la necesidad de proteger y promover estos derechos aumenta alrededor del mundo, los recursos económicos de la ONU para financiar estas actividades disminuyen.”²⁶ No hay seguridad de que la creciente demanda de recursos ocasionada por el desarrollo de instituciones y procesos en la justicia penal internacional será satisfecha por un incremento general en las contribuciones. Es mas probable, particularmente con la realidad política en los Estados Unidos gravitando alrededor de una reducción en el apoyo financiero para las Naciones Unidas y alrededor de no dar apoyo a la Corte Penal Internacional, que los recursos para la protección de los derechos humanos sufran aún mas.

²⁵ Véase International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, nota 20 *supra*. En el momento en que este texto fue escrito no había información similar disponible sobre la CPIR.

²⁶ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, nota 22 *supra*, p. 6.

Lograr la protección real de los derechos humanos requerirá un cambio social fundamental en los países en donde las violaciones persisten. El cambio social, a su turno, requiere del accionar político de los movimientos sociales en estos países. El derecho internacional de los derechos humanos, sus instituciones y procesos interactúan de variadas y complejas formas con los movimientos sociales locales, pero es improbable que la justicia criminal internacional contribuya significativamente a estos movimientos. El modelo judicial internacional puede además tener la tendencia a debilitar los movimientos sociales locales que son fundamentales para lograr un mayor respeto por los derechos humanos.

Los movimientos sociales, definidos útilmente por Doug McAdam como “intentos racionales de grupos excluidos por movilizar suficiente caudal político para avanzar intereses colectivos a través de medios no institucionalizados,”²⁷ son generalmente frágiles y propensos a ser sofocados, domesticados y manipulados por las élites políticas.²⁸ En el contexto local, las reformas generadas por las élites tienden en última instancia a sostener el *status quo*; estas reformas “dispersan el descontento al asegurarle al público que ‘algo se está haciendo’ en relación con el problema en cuestión,... [y] sirven para mantener los esfuerzos de cambio dentro de los canales institucionales, preservando por tanto el control del proceso para los miembros de la [élite].”²⁹ Esto tiende a “neutralizar al movimiento pues lo mantiene al interior de las formas de ‘participación sin poder’

²⁷ DOUG MCADAM, POLITICAL PROCESS AND THE DEVELOPMENT OF BLACK INSURGENCY 1930-1970, p. 37 (1982).

²⁸ Véase en general, por ejemplo, JOHN GAVENTA, POWER AND POWERLESSNESS: QUIESCENCE AND REBELLION IN AN APPALACHIAN VALLEY (1980); STEPHEN LUKES, POWER: A RADICAL VIEW (1974); MCADAM, *supra* nota 27; FRANCES FOX PIVEN & RICHARD A. CLOWARD, POOR PEOPLE’S MOVEMENTS: WHY THEY SUCCEED, HOW THEY FAIL (1979).

MCADAM, nota 27 *supra*, pp. 25-26.

que en primera instancia llevaron a quienes se sublevaron a abandonar los canales políticos ‘normales’.”³⁰ Mas “es al interior de estos canales ‘formales’ que la disparidad de poder entre los miembros de la [élite] y sus contradictores es mayor.”³¹ La cooptación a través del respaldo a las reformas por parte de la élite se complementa con la manera como “[el] poder funciona para desarrollar y mantener inmóviles a los que no tienen poder... Juntas, las dinámicas de poder y las de quienes que no lo tienen pueden evitar que los problemas surjan, que se expresen las quejas y que se reconozcan los intereses.”³² La inmovilidad se mantiene no solo a través de la directa aplicación del poder sino también a través de factores como la complejidad de las instituciones importantes,³³ el darle forma y manipular el lenguaje y los símbolos,³⁴ y el carácter remoto de los procesos de toma de decisiones. Para aquellos que no tienen poder estos elementos de las relaciones de poder pueden producir una “sensación [sicológica] de impotencia [que] se se manifiesta en un amplio fatalismo, en un menosprecio de sí mismo o en una apatía indebida hacia la situación en la que uno se encuentra.”³⁵

No es difícil imaginar como el ascenso de la justicia penal internacional, y el funcionamiento de sus instituciones, ayudarían a las fuerzas locales que debilitan o sofocan a los movimientos sociales.

Los tribunales penales internacionales son un ejemplo extremo de las impenetrables instituciones

³⁰

Id. p. 28 (cita omitida).

³¹ *Id.* p. 57.

³² GAVENTA, nota 28 *supra*, p. vii.

³³ Véase *id.* p. 254.

³⁴ Véase *id.* p. 15.

³⁵ *Id.* p. 17.

de élite. Son remotas geográfica e intelectualmente. El derecho, y particularmente el derecho penal internacional, es complejo y está en manos, para su desarrollo e implementación, de un pequeño grupo de iniciados. El trabajo de la justicia penal internacional es lento y su producto es incierto. Recurrir a los procesos legales puede actuar como un desincentivo para la acción social; aún cuando se usa el derecho para detener conductas deplorables o para ganar derechos, lo que algunas veces puede ser un instrumento de movilización, éste tiene la tendencia a congelar la acción política.³⁶ El compromiso intenso de los activistas del derecho internacional de los derechos humanos con el apoyo a los juicios en contra de violadores de derechos humanos de sociedades lejanas en cortes lejanas seguramente puede contribuir a crear un sentimiento de impotencia en los desposeídos.

Es probable que estos fenómenos hagan sentir cada vez más excluidos a quienes no tienen el poder para participar en las fuerzas que dan forma al mundo.³⁷ Un reciente artículo en el *New York Times* señala que en Latinoamérica, en donde los gobiernos militares y las prácticas de tierra

³⁶ Durante el Movimiento por la Libertad de Expresión en los años 60 en la Universidad de California en Berkeley, los activistas escogieron no llevar su causa a las cortes.

De acuerdo con un de los activistas, Brian Shannon:

Acudir a las Cortes tiende a detener todas las manifestaciones, la gente piensa “no tenemos que actuar, las cortes lo resolverán.” En sus inicios, ssto hubiera adormecido al MLE. Segundo, aunque estábamos seguros de que en materia constitucional estábamos en lo correcto, hubiera tomado dos o tres años para que el caso llegara hasta la Corte Suprema. (cita omitida).

DAVID LANCE GOINES, *THE FREE SPEECH MOVEMENT: COMING OF AGE IN THE 1960S* 227 (1993).

³⁷ Véase GAVENTA, *supra* nota 28, at 18. Gaventa argumenta que “aquellos a los que se les niega la participación, inhabilitados para comprometerse activamente con los otros en la determinación de sus propios asuntos, puede que tampoco desarrollen una conciencia política de su propia situación o de las desigualdades políticas más amplias.” *Id.* En circunstancias muy desiguales de poder, a los que no lo tienen “se les impide determinar sus propias acciones y reflexionar sobre las propias acciones” cuestión que crea “una cultura del silencio” y que puede “alentar la propensión que existe al interior de la sociedad dependiente a internalizar los valores de la sociedad dominante.” *Id.* (citando a PAULO FREIRE, *CULTURAL ACTION FOR FREEDOM* 52 (1972)).

arrasada han desaparecido en su mayor parte, las fuerzas militares todavía ayudan a mantener el poder de las élites y la creciente estabilidad de la región “preserva el viejo orden político y económico.” Echando un vistazo al inicio del conflicto en El Salvador veinte años atrás, el artículo recuerda la conversación de un reportero con José Napoleón Duarte sobre “el porque los guerrilleros estaban en las montañas... ‘...Por 50 años la misma gente tuvo todo el poder, todo el dinero, todos los trabajos, toda la educación y todas las oportunidades.’ En gran medida, todavía es así.”³⁸ Como parte de la estructura global del proceso de creación e implementación de reglas, la justicia penal internacional puede fácilmente convertirse en una fuerza para mantener el *status quo*, sumando sus efectos a las ya poderosas fuerzas locales.

En tanto que la justicia penal internacional se apropia crecientemente del lenguaje de los derechos humanos, éste se hace menos accesible como un lenguaje de cambio social para los miembros marginados de la sociedad. Lo que *Human Rights Watch* celebra como “el paso de un paradigma de presión basado en el derecho internacional de los derechos humanos a uno de la aplicación del derecho”³⁹ tiene un lado oscuro, la tendencia a olvidar la mitad de los orígenes del movimiento de los derechos humanos. El mito de creación del movimiento de los derechos humanos hace del Holocausto y de los juicios de los nazis en Nuremberg el punto de origen del concepto moderno de los derechos humanos. Es verdad que hay un claro camino desde Nuremberg hasta la Corte Penal Internacional. Pero las tradiciones del movimiento de los

³⁸

Tim Weiner, *Friendly Fire: In Latin America, Foes Aren't the Only Danger*, N.Y. TIMES, Abril. 29, 2001, pp. 1, 7.

³⁹ Véase HUMAN RIGHTS WATCH, nota 4 *supra*, pp. xiii-xiv.

derechos humanos también se basan en los movimientos de decolonización de la posguerra, el movimiento por los derechos civiles en los Estados Unidos y el movimiento global *anti-apartheid*. Estos movimientos se basaron en la resistencia no-violenta, o desobediencia civil, predicada por Gandhi y Martin Luther King. En esta parte de la tradición de los derechos humanos, las normas del derecho internacional de los derechos humanos son importantes como un conjunto de estándares sobre los cuales los movimientos sociales pueden fundamentar sus justas demandas. Al enfatizar excesivamente la concepción legalista de los derechos humanos y los orígenes de ésta, el entusiasmo contemporáneo por la justicia penal internacional disminuye el valor del componente de activismo que tiene el movimiento de los derechos humanos.

La protección de los derechos humanos es muy importante para dejársela a los abogados, particularmente a fiscales alejados geográfica, cultural, intelectual y socioeconómicamente de la gran mayoría de personas que sufren o es posible que sufran violaciones a sus derechos humanos. De hecho, los paradigmas no-legales que están emergiendo tienen en común el énfasis en el cambio de las circunstancias en las que las violaciones de los derechos humanos pueden florecer. El movimiento para proveer servicios de cuidado y rehabilitación a los sobrevivientes de torturas, que ha crecido enormemente en los últimos quince años, ha empezado a desarrollar una aproximación estratégica que se inicia con el “argumento de que el intento de torturar es realmente un intento por transformar a las culturas y crear sociedades que se basen en la apatía y el miedo.”⁴⁰ El tratamiento es visto como una forma de “ayuda a los sobrevivientes para que recuperen sus

⁴⁰ Douglas Johnson, *Healing Torture Survivors as a Strategic Advancement of Human Rights*, 8 TORTURE 128, 129 (1998).

capacidades de liderazgo y su capacidad para tomar riesgos,” y por tanto como una forma de dar poder a las comunidades para que tomen “medidas [que] empiezen a romper con la apatía, el miedo y la inacción que es usual en la mayoría de las comunidades reprimidas.”⁴¹ La perspectiva del desarrollo humano conecta la materialización de los derechos humanos, la erradicación de la pobreza, la democracia inclusiva, la medición y materialización de indicadores de desarrollo humano y el giro “de un *ethos* punitivo a uno positivo en la asistencia y presión internacional;” busca promover acciones internacionales prácticas para materializar estos objetivos.⁴²

Las limitaciones del modelo de justicia penal internacional como un medio para lograr la protección de los derechos humanos sugiere la necesidad de un modelo alternativo que esté conceptualmente posibilitado para acoger un amplio conjunto de medidas protectivas. Una alternativa apropiada sería un modelo progresista de cuidado de la salud, con un énfasis dual en la prevención y el tratamiento, apoyado por una investigación médica y epidemiológica. Cuando se ve bajo esta luz, el modelo judicial aparece como un sistema de salud dominado por unidades de cuidado intensivo o, más cínicamente, por patólogos forenses y médicos legistas. En un modelo de cuidado de la salud para la protección de los derechos humanos, la justicia penal internacional tendría un lugar junto al amplio conjunto de estrategias diseñadas para prevenir y detener la violación de estos derechos y para lograr cambios fundamentales en las condiciones sociales, políticas y económicas que subyacen a las violaciones de estos derechos. Un modelo de cuidado de la salud incluye el compromiso de asociarse con actores internacionales y personas oprimidas para lograr tanto la

⁴¹ *Id.* pp. 128, 129.

⁴² Véase UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, HUMAN DEVELOPMENT REPORT 2000, pp. iii-iv, 1-13 (2000).

protección a corto plazo de los derechos humanos como el cambio social necesario para la protección a largo plazo de estos derechos.

El progreso de la responsabilidad penal en el ámbito internacional ha sido un paso crucial para los derechos humanos y la justicia. Sin embargo, al mismo tiempo, este desarrollo ha generado riesgos para la protección significativa de los derechos humanos. Un nuevo, y mas apropiadamente amplio lenguaje pondría a la justicia penal internacional en perspectiva y podría vigorizar la protección de los derechos humanos. Este lenguaje también podría salvar al estado de derecho internacional de la arrogancia de los abogados.