

La legitimidad del Derecho Penal Internacional

David Luban[†]

Este trabajo se propone investigar la legitimidad de los juicios penales internacionales y expone una defensa en contra de las objeciones basadas en el principio de legalidad. El argumento comienza con la observación de que el centro de gravedad en los tribunales penales internacionales recae mayormente en los propios juicios antes que en el castigo. Los propósitos usualmente discutidos, como darles una voz a las víctimas o crear un registro histórico de atrocidades masivas, son objetivos del proceso penal, no del castigo. Este artículo sostiene que el objetivo de los juicios es la proyección de las normas: los juicios son actos expresivos que transmiten la noticia de que las atrocidades masivas son de hecho crímenes atroces, no sólo política por otros medios.

La segunda tesis principal del artículo es que la legitimidad de los tribunales proviene de la justicia en sus procesos y castigos, no de su pedigrí político. Los tribunales obtienen una legitimidad autosuficiente de la justicia que proporcionan; su legitimidad depende de su justicia.

Las últimas secciones del artículo abordan la preocupación sobre que los tribunales internacionales violan el principio de legalidad. El artículo

[†] David Luban es profesor de Derecho y Filosofía en la Universidad de Georgetown en los Estados Unidos. Ha sido co-director del Center for Transnational Legal Studies en Londres y director del Center on National Security and Law de la Universidad de Georgetown. Es autor de numerosos libros y de más de 180 artículos académicos sobre derecho penal internacional, guerra justa y la así llamada “guerra contra el terrorismo”, entre otros.

sostiene que los argumentos detrás del principio de legalidad son menos convincentes en el derecho penal internacional que en el derecho doméstico.

Palabras clave: Derecho penal internacional, tribunales internacionales, principio de legalidad, Corte Penal Internacional, legitimidad, competencia universal

I. ¿QUÉ ES EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL?

Como su nombre sugiere, el “derecho penal internacional” (de ahora en más abreviado DPI) se refiere a las aplicaciones del derecho penal a través de fronteras. El DPI abarca tres cuerpos jurídicos superpuestos:

(1) El derecho penal doméstico aplicado de forma transnacional. El cuerpo jurídico más antiguo y menos controvertido es la aplicación del derecho penal nacional de un Estado a conductas ocurridas fuera de las fronteras de ese Estado. El derecho penal representa los esfuerzos de los gobiernos de proteger intereses sociales importantes, y obviamente los ataques a esos intereses pueden provenir tanto de afuera como de adentro del Estado. Un pirata informático en Rusia roba identidades en Argentina; un traficante de drogas en Malasia conspira para vender heroína en California; un francotirador en Serbia asesina a un peatón en Bosnia. No hay nada conceptualmente problemático con que Argentina, Bosnia o los Estados Unidos reconozcan estos hechos como crímenes con arreglo a sus legislaciones nacionales y castiguen a los perpetradores si logran detenerlos. Las dificultades surgen solamente porque las conductas ocurridas fuera de un Estado casi siempre ocurren en el territorio de otro Estado con intereses soberanos propios. Esto genera preguntas sobre (1) cuáles intereses estatales justifican trasgredir las fronteras para legislar sobre una conducta ocurrida en el territorio de otro Estado, y (2) cómo deberían los Estados resolver conflictos en materia de competencia penal. Estas son preguntas profundas porque algunos asuntos aparentemente arcaicos sobre competencia reflejan cuestiones filosóficas sobre la soberanía estatal y sus límites.

La doctrina jurídica tradicional ofrece respuestas claras a la primera pregunta. La doctrina parte del reconocimiento de que un Estado consiste en un territorio, las personas que viven en este y un gobierno. Estos son, por supuesto, meramente los elementos materiales de un Estado –su

“causa material” aristotélica- y una teoría completa sobre los Estados también necesitaría especificar las relaciones estructurales entre estos elementos y los objetivos de la organización estatal: las causas formales y finales del Estado. Pero la doctrina jurídica tradicional deriva los intereses estatales solamente de sus elementos constitutivos, generando cuatro principios jurisdiccionales:

(1) El principio de territorialidad, que le otorga a los Estados competencia sobre los crímenes cometidos en sus territorios, así como sobre los crímenes cometidos en otros lugares que tengan efectos sobre sus territorios.

(2) El principio de nacionalidad, que le otorga a los Estados competencia sobre crímenes cometidos por sus propios nacionales.

(3) El principio de personalidad pasiva, que le otorga a los Estados competencia sobre crímenes cometidos en contra de sus nacionales.

(4) El principio protectorio, que le otorga a los Estados competencia sobre crímenes cometidos en contra de los intereses vitales de su gobierno –crímenes como espionaje, falsificación de moneda, tráfico de inmigrantes o contrabando a través de su frontera, por ejemplo–.

Estos conocidos principios se encuentran en cualquier manual de derecho internacional. Eso no significa que carezcan de desafíos o perplejidades; algunos Estados buscan extender los principios más allá de lo que otros Estados están dispuestos a aceptar. El hecho es, sin embargo, que todos los Estados aceptan el núcleo de estos cuatro principios.

Muchos Estados también aceptan –en teoría, al menos– la así llamada competencia penal universal (CPU), que le permite a cualquier Estado perseguir penalmente ciertos crímenes cometidos en cualquier lugar del mundo. Grocio afirmó que cualquier Estado tiene competencia sobre “graves violaciones del derecho natural o de las naciones, cometidas a otros Estados y sujetos”.¹ Sin embargo, por muchos años, la piratería fue el único crimen sobre el cual se reconocía CPU, no porque sea moralmente terrible sino porque se comete fuera de la jurisdicción territorial de todos los Estados. Más recientemente, legisladores y teóricos han vuelto al principio “moralizado” de Grocio, y han propuesto la CPU sobre el limitado conjunto de crímenes que están sujetos a los

¹ Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace, Including the Law of Nature and of Nations* [De Jure Belli ac Pacis], A.C. Campbell trad. (Washington y Londres: M. Walter Dunne, 1901) (Elibron Classics reprint), II.20.XL, pág. 247.

tribunales internacionales: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de agresión y tortura. Pero esta propuesta ha recibido respuestas mixtas de parte de los Estados y los teóricos, y en años recientes la CPU se ha topado con una oposición política significativa. La oposición surge del miedo de que la CPU pueda llevar a persecuciones penales politizadas. Durante su corto y fallido experimento con la competencia universal, Bélgica inició investigaciones, muchas basadas en denuncias de grupos activistas, contra numerosos líderes del mundo –hasta que las amenazas de los Estados Unidos forzaron a Bélgica a derogar su ley de CPU-.² Algunos críticos sostuvieron que los tribunales belgas se habían vuelto una herramienta de intereses políticos. Pero aquellos que apoyan la CPU pueden responder (correctamente, en mi opinión) que los verdaderos abusos politizados en esos casos son los crímenes que cometen los políticos bajo la apariencia de estar actuando en ejercicio de sus cargos, presumiendo despreocupadamente que sus poderes deberían otorgarles impunidad.

La cuestión teórica que se plantea es a qué intereses estatales sirve la CPU. La competencia universal no supone ninguna conexión tangible entre el crimen y el Estado. Pareciera, por lo tanto, que la CPU sólo puede ser justificada si los Estados tienen intereses morales distinguibles en reprimir crímenes (o al menos ciertos crímenes) donde sea que ocurran. Esa presunción es difícil de reconciliar con explicaciones liberales o minimalistas del poder estatal: los liberales generalmente suponen que los Estados no tienen intereses morales autónomos, y los minimalistas argumentan que los poderes estatales legítimos incluyen sólo al menor conjunto posible de poderes necesarios para proteger la seguridad y el bienestar de los ciudadanos del Estado. En mi opinión, el fundamento real de la CPU reposa en la idea de que los perpetradores de actos aberrantes no ofenden intereses estatales sino intereses humanos –los perpetradores son, de hecho, “enemigos de toda la humanidad”– y los Estados que persiguen estos actos con arreglo a la CPU actúan meramente como subrogantes. Esta presunción de que los crímenes internacionales más importantes son, de forma ciertamente literal,

² El procedimiento belga permite que las víctimas inicien persecuciones penales; y ninguno de los casos de alto perfil fueron iniciados por fiscales estatales. La legitimidad de la competencia universal con arreglo al derecho internacional fue debatida en Arrest Warrant Case (República Democrática de Congo c. Bélgica), Corte Internacional de Justicia, General List No. 121, 14 de febrero de 2002.

crímenes contra la humanidad es debatible.³ Pero la presunción no sólo apoya a la CPU, sino también a los tribunales internacionales que juzgan esos crímenes. Sin esta presunción, nos sería difícil justificar cualquier forma distinguible de derecho penal internacional.

(2) Derecho penal trasnacional basado en tratados (o “híbrido”). A partir de comienzos del siglo veinte, Estados comenzaron a reconocer que los crímenes cometidos por bandas criminales multinacionales sólo podían ser reprimidos a través de la cooperación internacional. Esto ha resultado en tratados multilaterales sobre asuntos que van desde la falsificación de moneda y el tráfico de drogas hasta los crímenes de guerra y el apartheid. Estos tratados comparten una estructura común: exigen que las partes adopten normas penales nacionales contra la conducta; exigen que las partes que tengan bajo custodia a un acusado o bien lo extraditen a un Estado con competencia sobre el crimen o bien lo persigan penalmente; y exigen que las partes establezcan un tipo de CPU que les permita perseguir penalmente los crímenes si la extradición falla. Los crímenes internacionales basados en tratados son un híbrido del derecho penal doméstico aplicado de forma trasnacional y de lo que más adelante llamaré derecho penal internacional “puro”. Desde el punto de vista doméstico, el objetivo de los tratados es lograr que los Estados utilicen sus sistemas jurídicos nacionales para reprimir crímenes como secuestros de aeronaves y narcotráfico. Desde el punto de vista internacional, sin embargo, estos tratados crean un tipo de derecho penal nacional distintivo: un cuerpo de normas penales que legislan sobre conductas que generan preocupaciones más bien internacionales, y no nacionales –normas, más aún, que no existirían de no ser por los esfuerzos internacionales para establecerlas–.

(3) DPI “puro”. Finalmente, existe un cuerpo jurídico distintivo que se originó en los tribunales internacionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, diseñado para castigar a un puñado de los más nefastos crímenes: crímenes de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra y guerra de agresión. La mayoría de la gente que se refiere al DPI tiene a estos crímenes y a estos tribunales en mente. Uno podría llamarlos “los grandes crímenes” porque representan las peores atrocidades que las personas se pueden cometer entre sí. Generalmente, involucran atrocidades masivas; ciertamente algunos juristas (entre los

³ Defiendo esta posición en David Luban, “A Theory of Crimes Against Humanity”, *Yale Journal of International Law* 29 (2004): 124-61.

que no me incluyo) argumentan que estos crímenes deben superar un estándar de aberración, involucrando a cientos o miles de víctimas, para volverse de incumbencia legítima de la comunidad internacional, en lugar de ser de la incumbencia de los sistemas penales nacionales. Los abogados los llaman simplemente “grandes crímenes” porque forman el núcleo del derecho penal internacional. Nótese, sin embargo, que muchos Estados también criminalizan estos crímenes en sus sistemas jurídicos nacionales.

Estos tres cuerpos jurídicos del DPI se superponen, y no sólo porque los crímenes internacionales basados en tratados y los grandes crímenes internacionales pueden ser perseguidos penalmente dentro de los sistemas jurídicos nacionales. También se superponen porque, a medida que se desarrolló el derecho penal internacional puro, se le han agregado algunos crímenes basados en tratados a su lista de crímenes. A pesar de la superposición de estos tres cuerpos del DPI, lo que resta de este trabajo se concentra en los crímenes internacionales puros porque estos generan problemas distintivos y, ahora que la Corte Penal Internacional (CPI) está en funcionamiento, especialmente relevantes.

II. LAS RAÍCES DEL DPI PURO

Aunque existieron imitaciones del DPI antes de la Segunda Guerra Mundial, la forma moderna del DPI se originó en los tribunales militares internacionales establecidos por los victoriosos Aliados en Núremberg y Tokio para juzgar a los criminales de guerra del Eje; y fue robustecida por la resolución de Naciones Unidas que reconoció al genocidio como un crimen. El Estatuto de Núremberg definió tres categorías de crímenes: crímenes contra la paz (planificar o librar una guerra de agresión), crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (violencia y persecución graves en contra de poblaciones civiles, incluidas aquellas dentro del propio Estado). El Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (Tribunal de Tokio) siguió estrechamente el modelo de Núremberg, aunque con algunas diferencias en el derecho sustantivo.

Los redactores del Estatuto de Núremberg, particularmente el Fiscal General de Estados Unidos Robert Jackson, se centraron principalmente en el crimen de guerra de agresión, el cual, como es auto-evidente, solo puede ser llevado a cabo por un grupo. Más aún, en Núremberg y Tokio las definiciones de crímenes contra la paz y crímenes de lesa humanidad

enfaticaban la naturaleza organizada, basada en un grupo, de la comisión de estos crímenes. Este énfasis en los perpetradores grupales subsiste en la actualidad. Con arreglo al Estatuto de Roma de la CPI, los crímenes de guerra deben ser o bien generalizados, o bien el resultado de un plan o política, para que la CPI tenga competencia sobre estos; y los crímenes de lesa humanidad requieren un “ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, donde “ataque contra la población civil” es definido como un ataque que surja o provenga del Estado o de una política organizacional.

El crimen de genocidio tiene un énfasis diferente. En rigor, el genocidio aparece en las normas sobre los tribunales posteriores a la Segunda Guerra Mundial como el crimen de lesa humanidad de exterminio; pero en el derecho vigente los dos crímenes están definidos de forma distinta, y allí reposa una historia. La palabra “genocidio” fue acuñada por el notable abogado polaco-judío Raphael Lemkin, en su libro *Axis Rule in Europe*, de 1944. La palabra de Lemkin no fue receptada de inmediato. Figura en la primera versión del Estatuto de Núremberg, pero desaparece (no sé por qué) de las versiones subsiguientes. Después de la guerra, Lemkin emprendió una incansable y solitaria campaña de lobby para que se reconociera la singularidad del crimen de genocidio. Esta campaña fue de lo más notable porque Lemkin era un refugiado sin familia, trabajo, dinero o conexiones –un “hombre completamente no oficial”, en las palabras de una elogiosa editorial periodística de 1957-.⁴ Milagrosamente, su campaña fue exitosa algunos años más tarde, cuando las Naciones Unidas abrieron a firma de los Estados la Convención contra el Genocidio (después de la votación, periodistas encontraron a Lemkin solo en su habitación, llorando). A diferencia de los redactores del Estatuto de Núremberg, Lemkin no se concentró en el carácter grupal de los perpetradores, sino en el carácter grupal de las víctimas. Lemkin creía que los grupos como tales poseen un valor más allá de los individuos que los componen.⁵ Por lo tanto, para calificar como genocidio, un ataque debe ser dirigido contra un grupo nacional, étnico, racial o religioso “como tal”, y debe tener la intención de destruir total o parcialmente a ese grupo.

⁴ Citado en Samantha Power, “A Problem from Hell”: America and the Age of Genocide (New York: Basic Books, 2002), pág. 76. La descripción de Power de la Carrera de Lemkin es fascinante.

⁵ Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe* (New York: Carnegie Foundation, 1944), pág. 91.

El resultado curioso del énfasis de Jackson y Lemkin en los grupos de perpetradores y víctimas fue que, en sus orígenes, el DPI moderno tenía poco que ver con los derechos humanos individuales. El principal interés de Jackson consistía en criminalizar la guerra de agresión; los crímenes de lesa humanidad se enfocaban en las “poblaciones civiles”, no en los derechos individuales; y a Lemkin le importaban más las minorías nacionales como grupos que como un conjunto de individuos.

Sólo después de la revolución de derechos humanos que comenzó con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 hemos comenzado a pensar al DPI como la utilización del derecho penal para hacer cumplir derechos humanos básicos. Esta es una reinterpretación retrospectiva del ímpetu original del DPI, y Jackson y Lemkin habrían pensado que es una malinterpretación. Sea una malinterpretación o no, de todos modos, se ha vuelto la concepción dominante del DPI, y hoy damos por sentado que el DPI apunta a movilizar las instituciones internacionales en contra de graves violaciones de derechos humanos, del mismo modo en que el derecho penal nacional apunta a movilizar a las instituciones gubernamentales en contra de violaciones de derechos en el ámbito doméstico.

Además de definir los crímenes centrales, los tribunales posteriores a la Segunda Guerra Mundial hicieron otras contribuciones notables a la jurisprudencia. Notablemente, la segunda ronda de juicios de Núremberg se centró en los crímenes cometidos por grupos de profesionales – médicos, abogados e industriales– que abusaron de sus vocaciones en su colaboración con las atrocidades nazis. Se le atribuye usualmente al “Juicio contra los doctores” el crédito de haber introducido el concepto de consentimiento informado en la ética de la medicina. Los juicios de Tokio desarrollaron el concepto de responsabilidad del superior. Igualmente importante es que los juicios de Tokio se centraron en crímenes cometidos contra mujeres (notablemente, las violaciones sexuales masivas en Nankín), y la persecución de crímenes de violencia sexual se ha vuelto un foco importante de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona.

III. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

No hubo tribunales penales internacionales desde los tribunales de Núremberg y Tokio hasta comienzos de los años noventa, cuando el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas estableció los tribunales de la

ex Yugoslavia y Ruanda. El Tribunal Especial de Derechos Humanos para los Delitos Cometidos en Timor Oriental fue creado en el 2000, el Tribunal Especial para Sierra Leona en el 2002, el Tribunal para enjuiciar a los Jemeres Rojos Camboyanos en 2003, y el Tribunal Especial para el Líbano en 2009. Todos estos tribunales penales internacionales fueron creados después de una guerra o una atrocidad, para lidiar con sus crímenes; no había un tribunal permanente.

Eso cambió cuando en 2002 nació la Corte Penal Internacional (CPI). A diferencia de los tribunales para Yugoslavia y Ruanda, la CPI no fue una creación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En cambio, fue creada por un tratado multilateral negociado en 1998 por una conferencia internacional de diplomáticos. Inicialmente, la CPI sólo tenía 81 miembros, pero desde 2002 este número ha crecido a más de 120. Esto representa al 60 por ciento de los Estados, aunque la mayoría de los Estados más grandes no se han unido. De los diez Estados más populosos del mundo, sólo Brasil, Japón y Nigeria formaban parte de la CPI en 2013.

El concepto fundamental detrás de la CPI es el de “complementariedad”, que quiere decir que la CPI existe solamente como un complemento de las investigaciones y persecuciones penales estatales de los grandes crímenes. La CPI sólo puede aceptar un caso si un Estado no está dispuesto o no puede investigar y perseguir penalmente a sus propios criminales. El alcance de la CPI también es limitado en otro sentido: salvo en los inusuales casos en los cuales el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas le remite un caso a la CPI, la Corte tiene competencia sólo sobre los crímenes cometidos en el territorio o por un nacional de un Estado parte. Eso significa que la CPI no tiene competencia sobre los nacionales de Estados no-parte que cometen crímenes contra su propia población, a menos que el Consejo de Seguridad decida lo contrario. La mayoría de los casos de la CPI al momento llegaron a la Corte por remisión del propio Estado; hasta 2013, el Consejo de Seguridad remitió sólo dos situaciones (Sudán y Libia), resultando en imputaciones en contra de los jefes de Estado (aunque el jefe de Estado de Libia, Muamar Gadafi fue asesinado pocos días después). En 2008, el presidente de Sudán Omar Al-Bashir fue acusado de crímenes de lesa humanidad y genocidio. Un hecho importante sobre ambos casos es que Sudán y Libia han desafiado exitosamente a la CPI, negándose a entregar a sus sospechosos. Aunque la CPI es una institución de una enorme importancia, su poder para aplicar la ley depende completamente de la

cooperación de los Estados. Sin la cooperación de los Estados, la Corte no puede capturar sospechosos, investigar crímenes o, siquiera, entrar a los países a recolectar evidencia.

En 2012, la CPI completó su primer caso, condenando al líder de guerra congolés Thomas Lubanga Diyallo por el crimen de reclutamiento y alistamiento de niños soldados. Debido a que todos los casos de CPI al momento vienen de África, algunos políticos africanos sospechan que la CPI está apuntando sólo a África de forma deliberada. Pero existen explicaciones mucho más plausibles: notablemente, el hecho de que casi todos los casos de la CPI se originaron por remisión de los propios Estados.

IV. LOS PROPÓSITOS DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

Desde su comienzo en Núremberg y Tokio, siempre ha habido algo extraordinario sobre el DPI puro y los tribunales que lo aplican. Al lidiar con actos de violencia extraordinaria, perpetrados de forma sistemática y típicamente en gran escala, el DPI puro entra en juego sólo en tiempos de cataclismo: guerras o guerras civiles, sangrientas luchas étnicas o religiosas, turbulencias políticas, revoluciones u otros cambios de los sistemas políticos básicos. En lugar de ser una parte normal del funcionamiento del gobierno, los juicios penales internacionales ocurren luego de que los gobiernos han caído o se han alterado radicalmente.

Los juicios, entonces, forman parte de la justicia transicional –el régimen legal que surge cuando una forma de gobierno reemplaza a otra.⁶ Mientras el derecho penal ordinario es producto de la continuidad, el DPI puro es producto de la discontinuidad, de las turbulencias y rupturas políticas. Inevitablemente, entonces, los juicios tienen un matiz político; y a veces las exigencias de la política y de la justicia penal entran en tensiones. La política es amplia, parcial, y con miras al futuro; se supone que el derecho penal es estrecho e imparcial.

La pregunta fundacional sobre el derecho penal es qué justifica el castigo, el cual es, después de todo, una forma de violencia estatal. Todas las justificaciones estándar (retribución, disuasión general o especial,

⁶ La importante observación de que el DPI emerge de la confluencia entre el derecho penal doméstico, el derecho internacional de los derechos humanos, y la justicia transicional proviene de Allison Marston Danner y Jenny S. Martinez "Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law", *California Law Review* 93 (2005): 78-82.

incapacitación, rehabilitación) generan problemas conocidos y difíciles en términos de justificación, los cuales no son menos agudos en el DPI que en los sistemas jurídicos domésticos. Para ser claros, estos problemas pueden tener configuraciones distintas en el DPI que aquellas conocidas en la justicia penal doméstica. Por ejemplo, la disuasión especial será rara vez necesaria porque es improbable que el acusado en el banquillo de acusados de un tribunal internacional vuelva alguna vez a estar en las circunstancias en las cuales cometió su crimen. Por razones similares, son escasas las necesidades de incapacitar o rehabilitar a muchos de los perpetradores de bajo nivel jerárquico, quienes (con arreglo a las conocidas dinámicas de la “banalidad del mal”) pueden ser, durante tiempos de paz, ciudadanos comunes y respetuosos de la ley, buenas personas y buenos vecinos. Por otro lado, incapacitar a líderes políticos tóxicos –un Goering, un Milosevic, un Charles Taylor– puede ser absolutamente crucial.

Sin embargo, además del habitual cuarteto de retribución-disuasión-incapacitación-rehabilitación, el DPI reconoce otros propósitos, y estos generan problemas propios. La característica curiosa del DPI es que en este el énfasis se corre del castigo a los juicios. Por eso, usualmente se dice que el objetivo del DPI reposa en promover la reconciliación social, otorgarles una voz a las víctimas, o llevar a cabo un registro histórico de las atrocidades masivas para ayudar a resguardar el pasado en contra de negadores y revisionistas. La legitimidad de esos objetivos puede ser cuestionada porque estos parecen extrínsecos a valores legales puros. Pero lo que generalmente se pasa por alto es que, sean legítimos o no, estos son los objetivos de los juicios, no de los castigos. De hecho, el castigo de los responsables parece casi una cuestión secundaria (no para los perpetradores, por supuesto). Quizás esto ocurra porque, como uno dice habitualmente, no hay castigos que sirvan frente a crímenes de tal enormidad; o porque en comparación con sus juicios, sus castigos carecen de fuerza didáctica o dramática. Cualquiera sea la razón, es notable que el centro de gravedad generalmente recaiga en los procedimientos en lugar de en el resultado. Esta no es una objeción a los juicios, si es que estos son conducidos de forma justa. Pero la utilización de un juicio como un teatro político genera presión sobre su justicia; más aún, los juicios internacionales tienen, como mucho, un historial irregular en la promoción de la reconciliación social, en darles una voz a las

víctimas o en llevar a cabo un registro histórico.⁷ Bajo algunas circunstancias, las comisiones de verdad y reconciliación pueden hacer un mejor trabajo, sin la necesidad de un castigo; si es así, la pregunta sobre qué justifica el castigo en el derecho penal internacional se vuelve aún más imperiosa.

En mi opinión, la justificación más prometedora de los tribunales internacionales es su rol en la proyección de las normas: los juicios son actos expresivos que transmiten la noticia de que las atrocidades masivas son de hecho crímenes atroces y no sólo política por otros medios. En años recientes, filósofos han estudiado las teorías expresivas del castigo; la explicación basada en la proyección de normas agrega una nueva teoría expresiva sobre los juicios.⁸ Como reconocieron los Aliados en Núremberg, las alternativas a juzgar a asesinos políticos y militares eran el castigo sumario o la impunidad, cada una de las cuales es, en su propio modo, un reconocimiento encubierto de que *raison d'état* y *Kriegsraison* son una parte legítima de la moral pública. Sólo los juicios comunican la criminalidad inherente de la violencia política en contra de inocentes. La decisión de no llevar a cabo juicios penales no es un acto menos expresivo que la creación de tribunales; y los contenidos expresivos asociados a la impunidad o al castigo sumario son inaceptables: ambos son afirmaciones de que los crímenes políticos yacen fuera de la ley. El punto

⁷ Martti Koskenniemi desarrolla con gran fuerza estas críticas en "Between Impunity and Show Trials", *Max Planck Yearbook of International Law* 6 (2002): 1-35. [NdT: para una buena traducción al castellano véase Martti Koskenniemi, "Entre la impunidad y los show trials", en A. Chehtman, *Problemas estructurales de Derecho penal internacional* (Madrid: Marcial Pons, 2015), págs. 65-101]. Un problema es que el escenario forense puede resultar contraproducente y permitir un ataque desenfundado en contra de los testigos y la historia. En los juicios canadienses Zundel y Finta, Douglas Christie, un abogado defensor bien preparado, experimentado en estrategia, acosó, humilló y confundió a testigos sobrevivientes del Holocausto, acusó a peritos historiadores de basarse en evidencia de segunda mano (¿cómo si los historiadores no se basaran siempre en eso!), negó con osadía que los nazis hayan gaseado a judíos y, en el caso Finta, logró una sentencia absolutoria en relación con crímenes de lesa humanidad. Ver la inquietante descripción del caso Zundel en Lawrence Douglas, *The Memory of Judgment: Making Law and History in the Trials of the Holocaust* (New Haven: Yale University Press, 2001), y del caso Finta en Stephen Landsman, *Crimes of the Holocaust: The Law Confronts Hard Cases* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2005).

⁸ Simpatizo con la versión del expresivismo en Elizabeth S. Anderson y Richard H. Pildes, "Expressive Theories of Law: A General Restatement", *University of Pennsylvania Law Review* 148 (2000): 1503-75, y las explicaciones expresivistas del castigo en R. A. Duff, *Trials and Punishments* (Cambridge: Cambridge University Press, 1986), págs. 235-62, y en la colaboración de Jean Hampton en su libro con Jeffrie G. Murphy, *Forgiveness and Mercy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988). Más recientemente Robert Sloane ha argumentado que la función expresiva del castigo es la más apropiada para el derecho penal internacional. Robert D. Sloane, "The Expressive Capacity of International Punishment", *Stanford International Law Journal* 43 (2007): 39-94.

de tener juicios seguidos por un castigo es afirmar el reino de la ley frente a los reclamos de la política.⁹

Aunque el centro de gravedad de los tribunales internacionales repose en el juicio, no en el castigo, el castigo después de una condena sigue siendo una parte esencial de cualquier proceso penal que pretenda proyectar una norma de no-impunidad. Las comisiones de verdad y reconciliación tienen virtudes importantes, pero enfrentan dificultades para escapar de los desagradables contenidos expresivos que la impunidad trae consigo: estos crímenes, parecen decir, no deben quedar en manos de la ley. A veces, no lo dudo, la necesidad de reconciliación política en el corto plazo en una sociedad despedazada por la guerra puede pesar más que la importancia de largo plazo de afirmar el reino de la ley. Pero todas las formas de impunidad, incluida la impunidad políticamente indispensable, acarrearán el costo de perpetuar un mundo en el cual se presume que la violencia política trasciende la ley.

De los objetivos tradicionales del castigo, la proyección de normas se parece más a la retribución, al menos cuando la retribución es entendida, como propone en filósofo Jean Hampton, como una derrota expresiva que reafirma la verdad moral frente a la devaluación de la víctima realizada por el perpetrador.¹⁰ Pero el DPI usa el ritual del juicio, en lugar de la imposición de castigo, como su vehículo principal para expresar una verdad moral; y la verdad moral que expresa no es la igualdad moral del perpetrador y la víctima, que, según sugiere Hampton, es el objetivo principal del castigo retribucionista. En cambio, la verdad moral del DPI es la criminalidad de la violencia política contra inocentes, aun cuando un lado odie a los inocentes como si fueran enemigos. Carl Schmitt definió célebramente “el concepto de lo político” como la relación amigo/enemigo, con la fuerte implicancia de que la violencia política en contra del enemigo define la condición humana y reposa más allá del bien y del mal. La verdad moral que expresan los tribunales internacionales es la negación de esta conocida amoralidad política. El derecho penal internacional defiende la proposición del que un crimen es un crimen independientemente de sus encuadres políticos.

⁹ En palabras de Duff, “mantenerse callado frente un delito equivale a traicionar los valores que expresa la ley, y con los cuales estamos comprometidos”. *Id.*, pág. 236.

¹⁰ Hampton, “The Retributive Idea”, en *Forgiveness and Mercy*, págs. 124-38.

V. LA SOBERANÍA NACIONAL Y LA LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

El mayor obstáculo de establecer el DPI recae en el carácter internacional de sus tribunales, el cual somete actos soberanos de los Estados al escrutinio penal de la “comunidad internacional”, la cual, según la teoría westfaliana clásica de la igualdad soberana de los Estados, es menos importante que los Estados.

Como he sugerido en la sección anterior, caracterizar actos soberanos como crímenes es una decisión crucial, incluso utópica. Como Paul Khan ha señalado, en la imaginación política occidental, los Estados son dioses, y esto no es menos cierto para los Estados seculares contemporáneos.¹¹ Como dioses, los Estados no admiten su propia mortalidad, y reclaman devoción y obediencia. Cada Estado, las democracias liberales constitucionales no menos que las monarquías absolutas, reclaman la mayor autoridad posible sobre sus ciudadanos: hacerlos matar o morir en nombre de la soberanía. Que un Estado no tenga servicio militar actualmente es irrelevante: todos los Estados reclaman la autoridad de reclutar, y todos los Estados encubren en el lenguaje de la religión el proyecto profundamente iliberal de sacrificar vidas para la supuesta salvación de otros. El soldado americano que falleció en un acto de servicio en Irak hizo el “más grande sacrificio” por su país, el lenguaje de los políticos es casi idéntico a la referencia islámica al “martirio”.

Si lo vemos desde afuera de la religión, el sacrificio humano se parece al homicidio o al suicidio. Si lo vemos desde la religión, es un acto no-criminal y, de hecho, se trata de una forma de violencia con un significado sumamente importante. Kiekergaard describió el sacrificio de Isaac por parte de Abraham como una “suspensión teleológica de lo ético”, lo cual no quiere decir que el asesinato estaba justificado, sino que el lenguaje sobre justificación es simplemente inaplicable. Los tipos de violencia masiva con los que lidia el DPI ocurren con lo que sus participantes ven como luchas a muerte entre grupos, en las cuales asesinar y humillar al enemigo parecen una forma de violencia con un significado sumamente importante. Cuando el DPI re-describe esos actos como un crimen –como un mero crimen, nada más– el efecto no es muy distinto del que surge de re-describir el sacrificio de Isaac como una tentativa de homicidio. En un sentido, la descripción es simple e indisputable. Pero sólo es simple una

¹¹ Paul W. Kahn, *Putting Liberalism in Its Place* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2005), págs. 228-41.

vez que nos paramos afuera de la religión del Estado, la raza, la etnicidad y la nación, y rechazamos estos conceptos como dioses que han fallado. Desde la religión, describir el sacrificio de Isaac como un crimen es una blasfemia.

Por estas razones, establecer un derecho penal internacional puro de aplicación universal es un proyecto trascendental y radical, equivalente, a su manera, a la visión de los primeros secularistas que presentaban a la autoridad estatal de forma deflacionaria, como una manifestación de la voluntad humana, y no de una voluntad divina. Aún no estamos allí. Ni siquiera los Estados que promueven el proyecto del DPI son lo suficientemente heréticos como para rechazar la religión de la soberanía. Para los Estados llamar a otros Estados “dioses que fallaron” es una espada de Damocles, porque ellos mismos no son más que dioses que aún no han fallado.

En términos legales, el abismo existente entre los extraordinarios reclamos de soberanía y su deflación en el DPI plantea la cuestión jurisdiccional sobre qué derecho tienen los tribunales internacionales para juzgar a los nacionales de Estados que no desean ser juzgados. Para cada uno de los tribunales principales, la cuestión jurisdiccional recibió una respuesta sólo parcialmente satisfactoria en términos clásicos westfalianos:

(1) En Núremberg, los cuatro poderes más importantes condujeron el juicio, pero ninguno de los principios tradicionales sobre competencia penal transnacional, excepto el principio de universalidad, pueden explicar por qué Gran Bretaña (por ejemplo) pudo juzgar alemanes por la persecución de judíos en Alemania o el asesinato de gitanos en Polonia. Los abogados de los aliados argumentaron que la rendición incondicional de Alemania y el colapso del régimen Nazi los convertía en el nuevo gobierno de Alemania, pero con arreglo al derecho de los tratados preexistente el poder ocupante debe mantener las leyes del país ocupado –una restricción que obviamente refleja ideas clásicas sobre la santidad de la soberanía estatal.¹² Al criminalizar conductas aunque fuesen legales con arreglo a la legislación nazi, el Tribunal de Núremberg violó éste principio básico de soberanía del derecho de los tratados.

¹² Para una discusión sobre el problema de competencia en Nuremberg ver, Robert K. Woetzel, *The Nuremberg Trials in International Law* (New York: Praeger, 1960), págs. 54-95; ver especialmente pág. 82. El derecho de los tratados relevante es el artículo 43 de la Convención de la Haya de 1907.

(2) El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estableció los tribunales de la ex Yugoslavia y de Ruanda, ambos con arreglo a sus poderes para el mantenimiento de la paz, pero los poderes del Consejo de Seguridad están en sí mismos limitados por Estados celosos de su soberanía. El Consejo de Seguridad puede actuar solamente para “mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales” (que es la condición establecida en el artículo 39 de la Carta de la ONU); y el argumento que sostiene que los juicios posteriores a los conflictos ayudarían a mantener o restablecer la paz y seguridad era especulativo, y quizá hasta descabellado. Los críticos más hostiles pensaban –no sin razones– que el verdadero objetivo de los tribunales era desviar la atención del hecho políticamente vergonzoso de que ni el Consejo de Seguridad, ni ningún otro de los grandes poderes hicieron demasiado para detener las atrocidades mientras que éstas estaban sucediendo.

(3) La CPI opera con arreglo a la teoría de la competencia delegada – esto es, que los Estados partes transfieren a la CPI su propia competencia territorial y nacional sobre crímenes internacionales puros–. Sin embargo, está lejos de ser obvio que la competencia penal sea algo que un Estado puede legítimamente delegar a quienquiera que elija. Si puede delegar la competencia penal a la CPI, entonces ¿por qué no podría hacerlo a la perrera de la ciudad de Kansas, a la Federación Mundial de Ajedrez o a los Rolling Stones?

Incluso añadiendo la premisa de que la soberanía nunca incluye el derecho a cometer los grandes crímenes, necesitamos un paso adicional para llegar a la proposición según la cual entidades ajenas pueden juzgar y castigar estos crímenes. Como hemos visto en la discusión anterior sobre la CPU, ese paso nos exigirá reconocer un tipo de interés moral universal en condenar los grandes crímenes. Sin embargo, este interés moral tiene una encarnación institucional escasa. Obviamente no hay una comunidad política llamada “humanidad” que autorice los tribunales; ni son estos productos de algo similar a un gobierno global.

VI. LA LEGITIMIDAD A TRAVÉS DE LA JUSTICIA

Mi opinión es que la legitimidad de los tribunales internacionales no proviene de la autoridad política precaria que los crea, sino de la manifiesta corrección de sus procedimientos y condenas. Así, los tribunales penales internacionales obtienen una legitimidad autosuficiente de la justicia que proporcionan; su legitimidad depende de

su justicia. Durante los primeros juicios de Núremberg los fiscales se preocuparon de que las absoluciones podrían deslegitimar al tribunal. En retrospectiva, rápidamente se volvió evidente que las tres absoluciones fueron lo mejor que podría haber pasado porque probaron que Núremberg no era un show trial.

De la misma forma, es esencial que el TPIY, TPIR y la CPI proporcionen un debido proceso de “calidad champagne” (champagne-quality), y castigos justos y humanos –lo cual sucede en la mayoría de los casos-.¹³ A falta de un gobierno mundial que autorice tribunales internacionales como la CPI, su autoridad debe ser en gran parte auto-generada por la estricta adhesión a la justicia natural. Sólo de esa forma pueden proyectar una visión normativa que puede competir contra la ortodoxia westfaliana.

El término “justicia natural” es tal vez una denominación errónea porque los derechos básicos del debido proceso reconocidos en todo el mundo hoy en día son el producto de siglos de pequeños ajustes, no de la sola razón pura. Tal como están incorporados en los tratados internacionales, ellos incluyen el derecho a un juicio rápido y público frente a un tribunal imparcial que base su decisión solamente en evidencia, conforme a normas diseñadas para alcanzar veredictos correctos; el derecho a defenderse; el derecho a ser informado de la acusación en un lenguaje que el acusado entienda, a través de una acusación escrita que especifique los cargos y la conducta inculpada; el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo; el derecho del acusado a obtener la comparecencia de los testigos de descargo; el derecho a tener un defensor de su elección y a no ser obligado a declarar contra sí mismo; y la prohibición de doble enjuiciamiento (ne bis in ídem).¹⁴ La justicia natural también incluye el derecho a apelar; e incluye deberes para los acusadores: a perseguir sólo cuando hay una causa probable, a revelar elementos de prueba que exculpen al acusado, y en

¹³ Sin embargo, hubo muchas críticas. En el caso del TPIY las críticas no fueron contra el proceso en sí, sino que reclamaban que el TPIY era una herramienta de los poderes occidentales (particularmente de Estados Unidos) contra Serbia –un cargo que el tribunal negó con indignación–. En el caso Lubanga ante la CPI, los jueces repetidamente cruzaron espadas con el fiscal, alegando que el fiscal era renuente a entregar los nombres de los testigos y los intermediarios de la defensa. El Tribunal de Juicio dedicó muchas páginas de su sentencia en Lubanga a criticar al fiscal.

¹⁴ Todos estos derechos se encuentran en los artículos 14 y 15 en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el Estatuto de Roma de la CPI.

general, a buscar la justicia en lugar de la victoria. Finalmente, incluye condiciones humanas de confinamiento y castigos razonables.

Un hecho importante sobre estos requerimientos es que sólo es probable que los tribunales que tienen algún tipo de autorización estatal internacionalmente reconocida –paradigmáticamente, la autorización por un grupo multilateral como la ONU– sean capaces de satisfacerlos. La evidencia debe ser recogida en zonas extranjeras de guerra, por investigadores confiables e imparciales, con cadenas de custodia de la prueba mantenidas de forma constante, abogados defensores y jueces contratados y pagos, testigos de las defensas citados a través de fronteras, paneles de apelación creados y con personal, reglas escritas, prisiones seguras y humanas y confinamientos monitoreados a largo plazo. En verdad, sólo los Estados pueden llevar adelante estas tareas. Así, aunque yo crea que la legitimidad de los tribunales internacionales proviene de su justicia y no de su pedigrí político (su autorización estatal), en realidad la autorización estatal va a ser contingentemente indispensable para alcanzar la corrección procesal. Eso, en última instancia, explica por qué no se le podría conceder jurisdicción penal a los Rolling Stones o a la Federación Mundial de Ajedrez. Una vez que nos detenemos con cuidado en aquello que en los hechos se necesita para alcanzar procedimientos y castigos justos, la explicación basada en la justicia natural resulta no ser vulnerable a contraejemplos imaginarios en los cuales justicieros secuestran a los acusados, los juzgan “justamente” y los castigan. Ninguno de estos justicieros podría alcanzar las rigurosas exigencias de la justicia natural.

No todos los sistemas legales civilizados satisfacen todos los requisitos de la justicia natural (en mi opinión, los Estados Unidos, con sus condenas salvajemente duras a prisión y sus brutales prisiones de máxima seguridad, violan las últimas dos condiciones.) Puede no ser esencial que los tribunales internacionales sean impecables en cada dimensión de la justicia natural, pero porque estos tribunales se deben ganar su legitimidad y no heredarla, no pueden estar lejos de ser impecables en ninguna dimensión de la justicia natural.

VII. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En el derecho penal, el requisito fundamental de la justicia natural es el principio de legalidad. Tradicionalmente, el principio recibió la expresión de la máxima romana *nullum crimen sine lege* (no hay crimen

sin ley) y *nulla poena sine lege* (no hay castigo sin ley). El primero significa que la conducta sólo puede ser criminalizada si una ley públicamente accesible detalla todos los elementos del crimen; el segundo significa que la ley debe, a su vez, condenar según un esquema legalmente especificado de castigos. Combinando ambos, el principio de legalidad afirma que una conducta puede ser criminalizada y penada sólo si el crimen y el castigo se encuentran explícitamente establecidos en una ley públicamente accesible. El principio es cercano al corazón del Estado de derecho, en dos formas distintas. Primero, porque ata el crimen y el castigo a la ley, en vez de a la voluntad arbitraria del gobernante. Segundo, porque insiste en que la ley debe ser públicamente accesible y, por lo tanto, integrada a la vida cotidiana de las personas a la que gobierna.

El principio de legalidad tiene corolarios que son tan importantes como el principio mismo: la prohibición de crímenes definidos de forma vaga, la exigencia de un aviso razonable, la prohibición de la aplicación retroactiva de las normas penales y el principio según el cual si una ley penal es ambigua, el intérprete debe elegir la interpretación más favorable al acusado (este principio se conoce como la regla de lenidad o, en los Estados Unidos, como el “principle of lenity”). Cada uno de estos corolarios ayuda a asegurar que las personas no sean castigadas por conductas que no podían saber de modo definitivo que estaban criminalizadas. En lo que queda de este artículo, examinaré e intentaré resolver algunas de las tensiones significativas entre el derecho penal internacional puro y el principio de legalidad.

La más obvia de estas tensiones, que figuraba prominentemente en Núremberg, es sencillamente que el tribunal aplicó una ley nueva de forma retroactiva. Aunque los crímenes de guerra son una categoría tradicional del derecho penal, los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad eran nuevos. El problema de la retroactividad también afectó a los tribunales *ad hoc* porque estos fueron establecidos después de que ocurrieron los crímenes. Es verdad que su estatus fue moldeado sobre la base del DPI preexistente y, por lo tanto, la ley penal sustancial no estaba siendo aplicada de forma retroactiva.¹⁵ Sin embargo,

¹⁵ La ley penal sustantiva del estatuto del TPIY combina las disposiciones de crímenes de guerra de las Convenciones de La Haya y Ginebra, la Convención sobre Genocidio y la definición de crímenes contra la humanidad trazada por la Ley No. 10 del Consejo de Control de los Aliados, la cual modifica ligeramente la Carta de Núremberg y fue usada en la segunda ronda de los juicios de Núremberg. El

el TPIY modificó normas jurídicas sobre cuestiones importantes, especialmente cuando sostuvo que el derecho sobre crímenes de guerra que gobierna los conflictos armados internacionales era también aplicable a la guerra civil de Bosnia.¹⁶

Como han argumentado Allison Danner y Jenny Martinez, la conexión contemporánea entre el DPI y el derecho internacional de los derechos humanos crea una tensión permanente entre el DPI y el principio de legalidad.¹⁷ El derecho internacional de los derechos humanos parte de la idea de proteger a las víctimas y, para ello, requiere una interpretación amplia de las normas que prohíben conductas que violan derechos.¹⁸ Sin embargo, el derecho penal parte de la idea de proteger a los acusados y eso requiere que las leyes ambiguas sean interpretadas restrictivamente.

Para ilustrar el conflicto: el artículo común 3 de los Convenios de Ginebra brinda una lista de los derechos humanos básicos que deben ser garantizados a todos los prisioneros de los conflictos armados que no tengan carácter internacional; por ejemplo, la protección contra “atentados contra la dignidad personal”, incluyendo el trato inhumano o degradante. En la medida en que el artículo 3 es un instrumento de derechos humanos, la noción ambigua de “atentados contra la dignidad personal” debe ser interpretada de forma amplia. Pero en la medida en que el artículo 3 es también una prohibición penal –como lo era, por ejemplo, en el derecho de EEUU, en el cual hasta el 2006 todas las violaciones al artículo 3 eran crímenes de guerra– debe ser leído de la forma más restrictiva posible.

El resultado parece profundamente desconcertante para el DPI. Si los tribunales internacionales violan el principio de legalidad, y si el principio es verdaderamente central a la justicia natural y –finalmente– la justicia natural es necesaria para que el DPI obtenga una legitimidad autosuficiente, el resultado parece ser que el DPI no tiene legitimidad.

Como respuesta, argumentaré que el principio de legalidad tiene menor importancia en el DPI que en los sistema de derecho penal

estatuto del TPIR también utiliza definiciones familiares de los crímenes, redactadas sobre la base de la ley preexistente.

¹⁶ *Prosecutor c. Dusko Tadic*, Sentencia de la Cámara de Apelaciones TPIY del 15 de Julio de 1999, párrafos 68-171, disponible en: <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/index.htm>.

¹⁷ Danner y Martinez, “Guilty Associations”, págs. 89-90.

¹⁸ Dos declaraciones de manual de este principio aparecen en *Soering c. United Kingdom*, [1989] ECHR 14 (7 Julio 1989), párrafo 87, reimpresso en 28 I.L.M. 1066, 1091-92 (1989); *Prosecutor c. Dusko Tadic*, TPIY, Sentencia de la Cámara de Apelaciones TPIY del 15 de Julio de 1999, párrafo. 96, disponible en: <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/index.htm>.

domésticos y, por lo tanto, las objeciones al proyecto del DPI basadas en el principio de legalidad de no son fatales. Incluso si el principio de legalidad se encuentra en el corazón de la autoridad del derecho doméstico, su rol en el DPI es más periférico. Para entender por qué debemos comenzar por la pregunta fundamental: ¿qué justifica el principio de legalidad?

Existen dos justificaciones principales para el principio de legalidad, una basado en el carácter de la ley de como guía de conductas, y otra basada en la necesidad de contener los abusos del poder estatal. La primera consiste en que castigar a las personas sin que tengan un aviso razonable de los elementos del delito y del esquema de castigos viola sus expectativas razonables sobre que su conducta está permitida. Este conocido argumento es inherente a la noción del filósofo legal Lon Fuller, según la cual la ley está destinada a guiar las acciones. Las leyes inadecuadamente específicas no pueden guiar acciones y es injusto castigar cuando por la incapacidad de las leyes no se guiaron acciones. La segunda consiste en que, históricamente, los gobernantes han usado leyes penales vagas, discrecionales e inespecíficas para acosar y reprimir a opositores –quizás el ejemplo más notorio sea la provisión del Código Penal nazi que prohibía cualquier conducta que ofenda a la “opinión de gente sana”.¹⁹ Llamaré a estas justificaciones el argumento del aviso razonable y el argumento del abuso gubernamental, respectivamente.

VIII. EL ARGUMENTO DEL ABUSO GUBERNAMENTAL

Comienzo con el argumento del abuso gubernamental, que insiste en el principio de legalidad como una protección contra castigos arbitrarios basados en normas vagas. La respuesta en el caso de DPI es clara: hay simplemente mucho menos peligro de abuso gubernamental en el DPI que en el sistema legal doméstico, porque el DPI surge de instituciones débiles y descentralizadas, y no de instituciones fuertes y concentradas. Los escépticos apuntan al carácter libre y cosmopolita de los tribunales, con el objetivo de atacar su legitimidad. Sin embargo, exactamente los mismos hechos demuestran que la preocupación acerca los abusos del proceso legal por parte de los titulares del poder estatal no es una preocupación poderosa. El principio de legalidad aún importa en

¹⁹ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. junio 1935, 1 Reichsgesetzblatt 839. Ver Ingo Müller, *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, trad. Deborah Lucas Schneider (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991), pág. 74.

persecuciones penales frente a tribunales, pero no como una garantía contra el despotismo.

Podría decirse que el argumento del abuso gubernamental tiene más fuerza cuando se aplica a persecuciones penales de crímenes internacionales con arreglo a la competencia universal. Incluso en estos casos, sin embargo, el peligro parece leve. Las persecuciones penales basadas en la CPU dependen de procesos infrecuentes, difíciles y casi aleatorios a través de los cuales se obtiene custodia sobre los perpetradores de los crímenes, y es improbable que perseguir penalmente a nacionales de otros Estados por crímenes de derecho internacional puro sirva para promover intereses estatales significativos. Es posible, por supuesto. Por esa razón, la legitimidad de las persecuciones penales con arreglo a la CPU depende de protecciones de sentido común contra los abusos: corrección en el procedimiento, por supuesto, pero también de la independencia de los fiscales de los poderes políticos del Estado y de la ausencia de conflictos políticos previos entre el Estado que lleva a cabo los juicios y los acusados. Sin éstas salvaguardas, el principio de legalidad aparecería sin dudas como una protección esencial contra el abuso gubernamental. Sin embargo, cuando un Estado que no tiene intereses políticos de ir en contra del acusado y cuyos juristas no están bajo el pulgar de los políticos persigue grandes crímenes con arreglo a la CPU, el principio de legalidad pierde su lugar central en el panteón de los valores legales.

IX. EL ARGUMENTO DEL AVISO RAZONABLE

Incluso si la falta de un gobierno mundial debilita el argumento del abuso gubernamental, el argumento del aviso razonable sigue siendo central a la idea según la cual la ley existe para guiar las acciones humanas. ¿No es una mera parodia enjuiciar a personas con arreglo a leyes retroactivas, ante tribunales que no existían cuando fueron cometidos los crímenes o conforme a estándares legales vagos que se expanden para perjudicar a los acusados?

Mi respuesta básica al argumento del aviso razonable es que cuando el hecho es moralmente atroz –malum in se, como los llaman los abogados penalistas– juzgar al acusado por ese hecho no viola ninguna expectativa razonable de este. Los líderes nazis, con la sangre de 50 millones de personas en sus manos, esperaban con certeza la ejecución sumaria si eran derrotados. Su propia ideología rechazaba el Rechtsstaat

(y con este el principio de legalidad) y defendía la ley del diente y la garra. En todo caso, los Juicios de Núremberg los trataron mejor, no peor, que lo que ellos debían razonablemente esperar. Por ello, Jackson describe a los acusados de Núremberg como “presionados, pero... no maltratados”, porque les han “dado la oportunidad de suplicar por sus vidas en nombre de la ley. Auténticamente, la Carta de este Tribunal, el cual les da una audiencia, es también la fuente de su única esperanza”.²⁰ Aunque es indiscutible que el Tribunal de Núremberg aplicó la ley retroactivamente, este no trató a los acusados peor que como ellos razonablemente esperaban que los trataran, y ese es el fundamento moral de la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley. En consecuencia, incluso si el derecho penal internacional puro nació del pecado en Núremberg, se trató de un pecado venial. Lo que importaba era que los acusados recibieran un juicio justo, lo cual sumado al hecho de que las normas de la Carta de Núremberg criminalizaban solamente acciones que eran moralmente atroces, confiere una legitimidad al juicio que pesa más que la violación del principio de legalidad.

Para la época de la guerra de los Balcanes, los Principios de Núremberg y los Convenios de Ginebra habían sido parte del derecho internacional por cuarenta años. ¿Habían sido los soldados yugoslavos y los milicianos “notificados” de estas leyes? Para responder a ésta pregunta es importante reconocer que el aviso razonable de la ley penal siempre involucra la ficción legal de que publicar la ley de alguna forma oficial hace que las personas reparen en la nueva norma. Esto es una ficción, porque la mayoría de la gente durante la mayor parte del tiempo no tiene idea cuándo o cómo conocer los cambios en la ley penal. En otras palabras, aviso razonable significa inevitablemente aviso implícito, incluso en los sistemas legales domésticos. En este sentido implícito, los perpetradores yugoslavos estaban notificados de que el derecho de Núremberg, Ginebra y La Haya, y la Convención sobre Genocidio les era aplicable. La ignorancia de la ley no es una excusa válida.

Sin embargo, algunas veces, la ignorancia de la ley sí es una excusa. En el sistema legal doméstico, cuando una ley dispone requisitos inusuales, sorprendidos o contra intuitivos, la justicia exige que la persona acusada realmente (no sólo implícitamente) conozca que su conducta está

²⁰ 2 Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, págs. 101-02 (1946). Aquí estoy resumiendo mi argumento de David Luban, “The Legacies of Nuremberg”, en *Legal Modernism* (Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 1994), págs. 355-56.

prohibida. En consecuencia, para los crímenes meramente regulatorios, mala prohibita, los fiscales deberán probar, no solamente que el acusado sabía lo que estaba haciendo, sino también que sabía que lo que estaba haciendo era ilegal. Para estos crímenes se requiere el conocimiento del elemento legal, así como del elemento objetivo del crimen para que haya responsabilidad, so pena de violar el requisito de notificación justa.²¹ Esto incluiría el conocimiento en el momento de la comisión del crimen de que este cae dentro de la jurisdicción del DPI puro.

Sin embargo, el argumento no funciona porque los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad de los que se acusa a (por ejemplo) guardias de las prisiones que torturaron y violaron a internos en campos de concentración en Bosnia son difícilmente el tipo de crímenes meramente regulatorios, mala prohibita, que exigen un aviso real, en lugar de implícito, de su prohibición legal. Cuanto más atrocemente horrible sea intrínsecamente la conducta, más señales existen de su probable prohibición legal y menos razonable es la expectativa del acusado de ser inocente o tener impunidad –doblemente, debido a que el asesinato, la violación, la tortura y las golpizas son crímenes centrales en la legislación domestica de todos los sistemas legales del mundo–. Los guardias que actúan como bandas para violar y torturar a sus cautivos pueden haber esperado salir impunes, pero eso es distinto a que hayan tenido una expectativa razonable de impunidad.

Quiero referirme, finalmente, a la preocupación planteada por Danner y Martinez, según la cual la justificación de derechos humanos detrás del DPI entra en conflicto con la regla de lenidad y, en consecuencia, con el principio de legalidad. Esta es, según creo, una preocupación más profunda y significativa que la que concierne a la retroactividad, porque involucra una colisión fundamental entre la visión global de los derechos humanos y del derecho penal. Sin embargo, aquí también argumentaré que el principio de legalidad representa un principio de menor importancia.

Recuérdese que la regla de lenidad establece que si una ley penal es ambigua, debe ser interpretada en la forma más favorable al acusado.

²¹ Sobre la doctrina de EEUU ver *Lambert c. California*, 355 U.S. 225 (1957) y *Liparota c. United States*, 471 U.S. 419 (1985). Para una discusión más detallada de estas ideas sobre el element subjetivo, ver David Luban, "The Publicity of Law and the Regulatory State", *Journal of Political Philosophy* 10 (2002): 296-316.

¿Por qué? La razón, de acuerdo con el argumento del aviso razonable, es que el acusado necesita saber sin ambigüedades si su conducta está penada por ley. Utilicemos el término “zona gris” para describir la zona de ambigüedad en una ley –la conducta que está prohibida con arreglo a una lectura, pero no con arreglo a otra–. Entonces, parece que el acusado no tenía un aviso razonable sobre si la conducta que se encontraba en la zona gris estaba permitida o prohibida.

Se sigue que la única forma en la que el acusado puede estar seguro de que su conducta es legal es manteniéndose al margen de la zona gris. Incluso si la conducta en la zona gris es legal, él se involucra en ella a su riesgo. Esto parece violar uno de los principios básicos de las libertades liberales, a saber, que la ley permite todo lo que no está expresamente prohibido.²² Tenemos derecho a caminar hasta el límite de la ley, en la medida en que no crucemos ese límite.

De todos modos, esta doctrina conlleva costos innegables. Fomenta las artimañas, la búsqueda de vacíos legales y las argucias jurídicas. Tal vez es un costo aceptable cuando la cuestión sea la evasión impositiva; y tal vez es francamente deseable cuando la cuestión es un discurso político que disgusta al gobierno. Pero cuando el asunto legal concierne a derechos humanos básicos y sus violaciones, la búsqueda de vacío legales y las artimañas son lo último que debemos desear. Los indignantes memos escritos por los abogados del gobierno estadounidense para encontrar vacíos legales en el derecho sobre la tortura ofrecen una vívida demostración de qué ocurre cuando hombres y mujeres despiadados, empeñados en evadir las protecciones a los derechos humanos, estudian y retuercen la ley en búsqueda de ambigüedades.²³ En casos como este, debería considerarse como un punto a favor, y no en contra, que la ambigüedad o vaguedad en la ley disuadan a los actores de la zona gris. La forma de interpretar el DPI con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos –llenar los vacíos legales y resolver ambigüedades a

²² Contrastase con la visión aristotélica, profundamente liberal, según la cual la ley prohíbe todo lo que no permite expresamente. N.E. 5.11, 1138a5-7.

²³ David Luban, “The Torture Lawyers of Washington”, en *Legal Ethics and Human Dignity* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), págs. 162-205; Jeremy Waldron, “Torture and the Common Law: Jurisprudence for the White House”, *Columbia Law Review* 105 (2005): 1681-1750, especialmente págs. 1701-03.

Desde un punto de vista más general, la defensa del error de derecho no debería estar disponible para avispados que lo usan como excusa para explorar la zona gris, ver Dan M. Kahan, “Ignorance of the Law Is an Excuse – But Only for the Virtuous”, *Michigan Law Review* 96 (1997): 127-54. Kahan argumenta que la ley penal vigente reconoce este punto.

favor de las víctimas de las violaciones de derechos humanos— simplemente tiene mucho más para dar que la regla de lenidad. Estas normas, después de todos, tratan con los grandes crímenes, y la zona gris en sus márgenes es lo suficientemente mala como para que nosotros le demos la bienvenida a cualquier inhibición que la ley penal cree para las personas que elijan habitarla.

Hay una excepción importante a ésta conclusión, y es el caso de ciertos crímenes de guerra. Con arreglo al Estatuto de la CPI, constituye un crimen de guerra realizar acciones que causan muertes civiles o daños al medio ambiente natural de manera desproporcionada (artículo 8 (2)(b)(iv)). Sin embargo, no existe ninguna forma de calcular la proporcionalidad. Los soldados en combate siempre tratan de infligir la máxima cantidad de fuerza legal posible cuando tienen que hacerlo —esta es, a la vez, la forma en la que se protegen y la forma en la que logran sus objetivos—. Decirles que no sólo deben obedecer el derecho de la guerra, sino que también deben mantenerse alejados de la zona gris parece injusto y poco realista. Ellos son, después de todo, hombres y mujeres peleando por sus vidas en condiciones cercanas al infierno. Otras leyes de guerra son también confusas o controvertidas; por ejemplo, las opiniones difieren con respecto a si los asesinatos selectivos de milicias enemigas violan la prohibición de no dirigir intencionalmente ataques contra objetivos civiles (artículo 8 (2)(b)(i)) —en gran parte, a causa de la dificultad de determinar si las milicias son de hecho civiles—. En estos ejemplos, las condiciones especiales de guerra sugieren que el principio según el cual las ambigüedades de la ley penal se deben interpretar a favor de los acusados debe gobernar los procesos penales, porque no es razonable esperar que los actores no sólo respeten la ley, sino que también se mantengan alejados de la zona gris. Me apresuro a añadir, de todos modos, que esto no será cierto para todos los crímenes de guerra. En algunos casos, el argumento según el cual los soldados debieron ser disuadidos por la zona gris es aplicable con toda su fuerza —por ejemplo, en la prohibición de tratos crueles y degradantes a los prisioneros—.

X. CONCLUSIÓN: LA LEGITIMIDAD DESDE ABAJO

Las instituciones del DPI están en su infancia, y como cualquier niño son vulnerables y débiles, aunque prometedoras. De modo realista, la actual CPI tiene una capacidad muy limitada y un alcance estrecho. No obstante, los opositores a la CPI la ven en términos exagerados y

paranoicos; sus defensores, quienes ya producían montones de comentarios legales sobre sus minucias jurídicas antes de que el primer caso frente a la CPI comenzara, pueden ser justamente acusados de vivir en su propio mundo de fantasías, en el la cual Corte ya ha sido completamente establecida como una autoridad legal mundial.²⁴

La razón para la atención, las fantasías y las teorías conspirativas que se tejen alrededor de la empresa del DPI no es difícil de entender: como he argumentado, incluso si las instituciones son débiles, su proyecto es un desafío fundamental contra el estatismo y el nacionalismo, que son (a diferencia del DPI) luchas de fe. El hecho de que el proyecto del derecho penal internacional reciba algún apoyo de los Estados es notable; es la muestra de un anhelo mundial cosmopolita que viene desde abajo –y no sólo de parte de las elites liberales, como los opositores conservadores al DPI invariablemente creen–. Es un anhelo de escapar al círculo eterno de los crímenes que las luchas de fe cometen en nombre de los Estados, las nacionalidades o las religiones. Contra el derramamiento de sangre de la violencia política en masa, el proyecto del DPI tiene poco que ofrecer excepto la dramática fuerza de los juicios legales que fijan etiquetas como “crímenes de guerra”, “genocidio”, y “crímenes de lesa humanidad”. Sin la autoridad de un gobierno mundial, estas normas construyen su legitimidad desde abajo, por la justicia de sus procedimientos y el poder moral de su proyecto. El éxito del proyecto es improbable; su fracaso, si sucede, es el fracaso mismo del derecho.

²⁴ Para ejemplos relevantes de críticas a la CPI, ver, por ejemplo, John R. Bolton, “The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America’s Perspective”, *Law and Contemporary Problems* 64 (2001): 167-80; Jack L. Goldsmith, “The Self-Defeating International Criminal Court”, *University of Chicago Law Review* 70 (2003): 89-104.