

Entrevista a Máximo Langer

Palabras clave: entrevista, Máximo Langer, persecución penal, Derecho penal internacional, jurisdicción universal, tribunales penales internacionales.

LADI tuvo el honor de reunirse con Máximo Langer para aprender sobre mecanismos internacionales de persecución penal. La conversación se centró en la jurisdicción universal y el rol de los tribunales penales internacionales: dónde estamos, cómo llegamos hasta aquí, y qué desafíos y esperanzas presenta la situación actual.

LADI: En nuestro primer número publicamos un artículo de su autoría sobre jurisdicción universal. El número pasado le hicimos una entrevista a Juan Méndez, quien dijo que era muy escéptico sobre la jurisdicción universal, pero más optimista sobre el rol de los tribunales penales internacionales. Para continuar el diálogo, queríamos empezar por conocer su opinión sobre este pronóstico.

Máximo Langer: Si una figura tan importante de los derechos humanos como Juan Méndez es escéptico en relación con la jurisdicción universal y no respecto de los tribunales penales internacionales, debe tener razón. Sin embargo, yo creo que hay elementos para estar igualmente escépticos o esperanzados en relación con los dos instrumentos.

El origen contemporáneo de los dos es más o menos paralelo. Núremberg es un poco anterior: tiene lugar en 1946, durante el período de postguerra. La jurisdicción universal comienza un poco después, pero con un solo caso, que es “Eichmann”, en los años sesenta. Durante décadas ninguno de los dos instrumentos de persecución penal de delitos internacionales avanza.

La cuestión se revitaliza hacia fines de los setenta y durante los ochenta. Primero tiene lugar la revalorización o el despegue de los derechos humanos, o la invención de los derechos humanos, depende cómo uno lo vea. Hay gente, como Samuel Moyn en *"The Last Utopia: Human Rights in History"*, que argumenta que los derechos humanos como los entendemos hoy en realidad empezaron en la segunda mitad de los setenta, que antes no existían.

Lo cierto es que durante décadas después de Núremberg no pasa nada en esta área. Cuando se empieza a avanzar de a poco es con el descubrimiento de nazis viviendo en Estados Unidos, Inglaterra, Australia y Canadá. En el contexto de la Guerra Fría y con la Unión Soviética contribuyendo con información sobre estos casos, pero también usándolos como propaganda, se hace obvia la necesidad de que estos países hagan algo al respecto.

Los países reaccionan de distintas maneras. Por ejemplo, Estados Unidos comienza un proceso de revocación de ciudadanía a nazis que se habían convertido en ciudadanos estadounidenses y de deportaciones, pero decide no perseguir penalmente porque cree que no puede hacerlo. En cambio, Australia, Canadá e Inglaterra sí creen que pueden perseguir penalmente y en algunos casos crean el marco jurídico para poder hacerlo y realizan investigaciones para identificar a posibles partícipes en delitos internacionales. Esto sucede en los años ochenta y comienzos de los noventa.

Por supuesto, en los años ochenta están pasando cosas aún más importantes en la persecución penal de lo que hoy llamamos crímenes internacionales: las persecuciones penales domésticas. En Argentina tiene lugar el Juicio a las Juntas y después comienzan persecuciones en otros países. Pero realmente hasta los ochenta no pasa nada en materia de jurisdicción universal, es un instrumento muy nuevo.

Los tribunales penales internacionales son todavía más nuevos. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue creado en 1993 y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda nació en 1994. Si uno piensa en los mecanismos de persecución penal de delitos internacionales, están las persecuciones domésticas que, de nuevo, realmente empiezan en los años ochenta. Con esto me refiero a las persecuciones basadas en el principio de competencia territorial, como el Juicio a las Juntas. En este sentido, el libro de Kathryn Sikkink *"Cascadas de Justicia"* explica bien este proceso. Sus entrevistas sobre las persecuciones penales de militares en Grecia a mediados de los años setenta revelan que nadie

pensaba en estas persecuciones en términos de derechos humanos. Y cuando Kathryn Sikkink trabajaba en el Departamento de Estado de Estados Unidos a fines de los años setenta, las distintas víctimas de derechos humanos en América Latina con las que hablaba no mencionaban la posibilidad de juicios y penas. La idea de persecuciones penales basadas en un paradigma de derechos humanos irrumpe en algún momento a fines de los setenta y durante los ochenta.

Cuando termina la Guerra Fría y se da el conflicto en la ex Yugoslavia, surgen las condiciones de posibilidad para la creación del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. A la vez, como recién se había creado un tribunal para juzgar penalmente serias violaciones a los derechos humanos en Europa, y había violaciones a los derechos humanos aun más graves en África con el genocidio en Ruanda que las distintas potencias del mundo no habían hecho nada para prevenir, estas potencias crean entonces el Tribunal Penal para Ruanda también mediante el Consejo de Seguridad de la ONU.

En paralelo, en distintos países de Europa lentamente empiezan las persecuciones penales transnacionales basadas en el principio de competencia universal u otros principios como el de personalidad pasiva respecto de casos distintos a los de los nazis, tales como casos de ex yugoslavos, ruandeses, argentinos y chilenos.

1998 es un año crucial porque en julio se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en octubre lo detienen a Pinochet en Londres. Sumado a esto, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia consigue el apoyo crucial de la OTAN, de Estados Unidos y de la Unión Europea, lo que le provee al tribunal el apoyo político para poder exigir que los distintos países involucrados en el conflicto colaboren con él, entregándole elementos de prueba e imputados. Este tribunal avanza más o menos bien en el sentido de que logra detener a todos los que querían detener y, de hecho, ahora está terminando su trabajo. El tribunal para Ruanda es más mixto pero avanza bastante bien con una relación mucho más complicada con el gobierno de Ruanda.

Resumiendo, a pesar de los antecedentes después de la segunda guerra y en la década de los sesenta, este tema no existía en los setenta, comienza a existir muy al final de los setenta o en los ochenta, toma impulso con el fin de la Guerra Fría en los noventa, y llega a su pico a fines de los noventa. Pero después viene el 11 de septiembre de 2001 y el contexto cambia completamente. La administración Bush autoriza y utiliza una serie de técnicas para interrogar a los detenidos violatorios de

los derechos humanos, los envía a centros clandestinos de detención y a Guantánamo, etc.

El 11 de septiembre y las políticas de la administración Bush cambian toda la ecuación porque estamos hablando de regímenes internacionales y transnacionales de persecución penal, en un contexto en donde no hay una policía global. ¿Por qué funcionó tan bien Núremberg? Porque los aliados tenían total control sobre Alemania, podían arrestar a quienes quisieran, interrogar a quienes quisieran, tenían acceso a todos los documentos que habían dejado los nazis, etc. ¿Por qué funcionó el tribunal para la ex Yugoslavia? Porque la OTAN, en especial Estados Unidos, y la Unión Europea se pusieron detrás del tema y presionaron para obtener los elementos de prueba para detener y condenar a los imputados y para obtener a los propios imputados. Cuando cambia la posición de Estados Unidos, con la administración Bush y el 11 de septiembre, Estados Unidos da un giro sustancial y se pone en contra de la Corte Penal Internacional y, después, en 2003 presiona a Bélgica por su régimen de competencia universal y los obliga a cambiar la regulación en la materia dos veces en un año. Aquí ya estamos en un escenario completamente distinto para el derecho penal internacional.

Después de ese escenario viene la administración Obama y hay mucha esperanza de cambios sustanciales en esta materia. Hay una serie de cosas que mejoran con la administración Obama. Hay gente dentro de la administración apoyando claramente a la Corte Penal Internacional, apoyando incluso la idea de competencia universal. Pero es todo realmente muy tibio. Y luego la situación explota en medio oriente, donde tenemos la primavera árabe que desemboca primero en mucha esperanza y después en mucha sangre, y en donde la intervención humanitaria en Libia es seguida por el ataque a la sede diplomática estadounidense en Benghazi. Y entretanto China y Rusia reinventan o reafirman con mucha energía su rol como actores globales aunque esto implique apoyar a regímenes que violan los derechos humanos, con la situación en Siria como ejemplo prominente. Y Europa, el actor global que más claramente ha apoyado la CPI y las persecuciones penales basadas en el principio de jurisdicción universal está inmersa en su propia crisis económica y política y ha sufrido distintos atentados terroristas.

Este contexto global no es entonces el de los noventa ni para la jurisdicción universal ni para los tribunales penales internacionales. Y es por eso que, en contraposición a Juan Méndez, yo diría que estoy igualmente escéptico o esperanzado respecto de los dos tipos de

instituciones. Los desafíos y las promesas que los dos regímenes tienen son muy parecidos. Cuando uno mira el caso español y las distintas presiones que ha recibido España en distintos momentos sobre su regulación de la jurisdicción universal, con presiones de Estados Unidos y presiones de China, uno dice qué esperanza queda con la jurisdicción universal. Pero cuando uno ve el caso Kenia en la Corte Penal Internacional la situación no es muy distinta. La capacidad de esta Corte para perseguir posibles delitos cometidos por figuras de países no particularmente poderosos en el ámbito internacional es muy limitada. Uno lo ve con Kenia y también con Sudán, con al-Bashir.

Entonces, yo creo que los dos mecanismos de persecución penal que funcionan como una especie de red cuando fallan los mecanismos domésticos de persecución penal territorial tienen debilidades parecidas: el contexto geopolítico los afecta de un modo similar.

También tienen un potencial parecido: la capacidad de movilizar el discurso y el ideario de los derechos humanos, un discurso e ideario que, depende de cómo uno lo historice, tiene 30, 35, 70 o 200 años. Pero lo cierto es que es un discurso e ideario que todavía tienen mucho potencial, no están agotado como potencial, y en nuestro tiempo no han surgido otros discursos e idearios como los derechos humanos para ponerle límites a una serie de abusos e injusticias que pasan alrededor del mundo todo el tiempo. Entonces los dos mecanismos pueden movilizar este discurso e ideario de los derechos humanos y las redes y movimientos de derechos humanos.

Ello no quiere decir que no crea que hay algunas diferencias significativas entre la CPI y las persecuciones transnacionales basadas en el principio de jurisdicción universal que pueden ser relevantes en este contexto. La Corte Penal Internacional es la institucionalización de un proyecto. La existencia de esta institución hace que no vaya a desaparecer mañana. Podría ser perfectamente posible que siga ahí por el resto de nuestras vidas. La jurisdicción universal, por definición, está menos institucionalizada y más desperdigada a nivel global porque depende de la voluntad, el marco jurídico y las instituciones de países específicos. Pero ha habido cierta institucionalización en este marco también. Por ejemplo, Human Rights Watch y otros actores han impulsado y apoyado la creación de unidades especiales dentro de la policía y dentro de la justicia de países que han ejercido o pueden ejercer la jurisdicción universal y se han obtenido avances en este sentido en distintos países. Hay una idea de institucionalización ahí. Si se crea una

institución dentro de determinado lugar, esa institución entonces va a tener un interés en trabajar en esos temas y eso va a mantener la cuestión.

Cada uno de los regímenes tiene, también, el riesgo de caer en sus propias trampas. En el caso de la Corte Penal Internacional, creo que una de las trampas principales es la burocratización. Es bueno tener una institución que está establecida, que va a permanecer en el tiempo y demás, pero cuando uno burocratiza los derechos humanos, es una burocratización como cualquier otra.

En el caso de la competencia universal más que un riesgo de burocratización yo creo que uno de los principales riesgos es que los países empiecen a entender sus funciones dentro de ese régimen como la obligación de no ser refugio seguro para violadores de derechos humanos. Pero que rechacen el rol de ser perseguidores globales de injusticias que pasan alrededor del mundo.

Pero, de nuevo, en líneas generales, yo estaría igual de escéptico o esperanzado respecto de los dos sistemas.

LADI: Continuando con esta comparación y trayendo nuevamente su artículo que publicamos en el primer número sobre los incentivos que presenta el contexto geopolítico para la jurisdicción universal ¿cómo es el esquema de incentivos en los tribunales internacionales?

Máximo Langer: En el artículo que Ustedes mencionan, yo identifico los incentivos que los poderes políticos –es decir, el poder ejecutivo y el poder legislativo— de cada país tienen respecto de las persecuciones penales basadas en el principio de jurisdicción universal. Mi argumento es que, dado que los costos políticos de perseguir penalmente a imputados poderosos tienden a ser muy altos, el poder ejecutivo y el poder legislativo solo tienen incentivos para perseguir a imputados no poderosos o menos poderosos, porque solo en estos casos los beneficios políticos de estas persecuciones penales son mayores que sus costos. Y para testear esta hipótesis analizo cinco casos de estudio de países que ha ejercido la jurisdicción universal –Alemania, Inglaterra y Gales, Francia, Bélgica y España— y presento los resultados de un censo global que intenta identificar todas las denuncias por crímenes internacionales central basadas en el principio de jurisdicción universal desde el caso “Eichmann”. Estos cinco casos de estudio y los resultados del censo son

consistentes con mi hipótesis porque solo imputados no poderosos o muy poco poderosos han sido juzgados por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio o tortura en base al principio de jurisdicción universal. En el caso de los imputados más poderosos, fiscales que responden al poder ejecutivo no han promovido o avanzado con estas persecuciones. Y en aquellos países en donde ha habido avances impulsados por jueces de instrucción, víctimas y ONGs, la legislatura y el poder ejecutivo, respondiendo como los fiscales a los incentivos antes mencionados, han cambiado el marco legislativo para desactivar estas persecuciones penales.

Ustedes me preguntan ahora cómo es el sistema de incentivos en el caso de los tribunales internacionales. Yo creo que la gente reacciona a incentivos en todos lados. Con esto no estoy subestimando el idealismo que también moviliza a la gente. Por supuesto que en esta área del derecho penal internacional también hay mucho idealismo y si no fuera por el idealismo y los entrepreneurs normativos el área no existiría. Y si tengo que elegir entre los cínicos y los idealistas en este contexto, prefiero a los idealistas que han logrado cosas con sus ideales.

Pero a pesar del importante rol que los ideales han tenido en el contexto del derecho penal internacional, es preciso reconocer que sus distintos actores también responden a incentivos. Ahora, los incentivos no funcionan del mismo modo en todo lugar. En el caso de la jurisdicción universal, como estamos hablando de persecuciones penales realizadas por órganos domésticos, los incentivos tienen lugar, en buena medida, dentro del contexto doméstico. Y por supuesto dentro del contexto doméstico la relación entre los tribunales, el poder ejecutivo y el poder legislativo no es la misma que en el ámbito internacional porque no tenemos una legislatura global, ni un poder ejecutivo global. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas es lo más parecido a un ejecutivo global, pero tiene muchos miembros, de los cuales cinco son permanentes y tienen poder de veto. Entonces, no es que los incentivos funcionen igual en todo lugar.

De todas maneras, los mismos incentivos que tienen las ramas políticas en el ámbito doméstico los tienen las ramas políticas en el ámbito internacional. Esto uno lo ve también en esta materia. Por ejemplo, las distintas potencias han utilizado los tribunales internacionales y la Corte Penal Internacional cuando les han convenido políticamente para luego largarle la mano cuando no les convienen más. La forma en que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha

actuado con relación a la Corte Penal Internacional y las situaciones en Darfur y Libia son ejemplos de este fenómeno.

Los países menos poderosos y sus líderes también responden a incentivos. Por ejemplo, ¿cómo es que empieza esta crítica de que la Corte Penal Internacional es una corte para África? Empieza con algunos presidentes de países africanos que tienen miedo de que la Corte Penal Internacional los persiga y juzgue o que ven cierto rédito político en caracterizar a la Corte Penal Internacional como una herramienta moderna del imperialismo del norte. Aquí el incentivo es evitar ser perseguido penalmente o acumular poder. Y esta deslegitimación de la Corte ha tenido mucho éxito.

Pasando al análisis de la Corte Penal Internacional en sí, es cierto que el fiscal de la CPI puede tener más independencia que muchos fiscales en el ámbito doméstico precisamente porque no hay un sistema político institucional claramente desarrollado en el contexto de la CPI. Pero sería inocente pensar que él o la fiscal de la CPI no responde a incentivos y a cálculos políticos cuando decide sobre qué situaciones avanzar y sobre qué situaciones no avanzar. Piensen, por ejemplo, en las situaciones de Afganistán, Georgia, e Israel y Palestina. Son situaciones muy complicadas para una fiscal. Cassese decía que los tribunales penales son gigantes sin brazos ni piernas. Es cierto. La Corte Penal Internacional no tiene policía propia, tiene investigadores, pero no tiene monopolio del uso de la fuerza en ningún lugar del mundo, ni siquiera en La Haya. Entonces necesariamente hay todo tipo de cálculos que los actores involucrados tienen que realizar antes de avanzar con una investigación o persecución penal.

LADI: Pasemos a las negociaciones de paz en Colombia. En este mismo artículo Usted afirmaba que el mecanismo de incentivos hace que en principio la jurisdicción universal no vaya a interferir demasiado con este tipo de soluciones. A partir de esa frase en el artículo ¿cómo ve la relación entre estos mecanismos?

Máximo Langer: Como ustedes saben, se han articulado distintas críticas contra el derecho penal internacional. En el caso de las persecuciones penales basadas en la jurisdicción universal, las críticas han incluido, primero, que estas persecuciones penales son irresponsables y están inspiradas en un peligroso idealismo porque crean conflictos y tensiones en las relaciones internacionales entre los

distintos países, que pueden ser muy serios e incluso llevar a la guerra. Segundo, distintos críticos han sostenido que estas persecuciones pueden arruinar procesos de paz o transiciones democráticas, porque hay actores poderosos que no van a aceptar la paz o la democracia si temen ser castigados penalmente. Una de las cosas que digo en el artículo que Ustedes mencionan es que si en realidad los poderes políticos en los países que ejercen la jurisdicción universal tarde o temprano se aseguran de que solo imputados no poderosos sean quienes son juzgados, los riesgos de que las persecuciones penales basadas en el principio de jurisdicción universal provoquen irrupciones serias en las relaciones internacionales o interfieran con procesos de paz o transición democrática son realmente bajos. Y, de hecho, respecto de la situación en Colombia, salvo alguna denuncia, no ha habido que yo sepa persecuciones domesticas en otros países basadas en la jurisdicción universal respecto de la situación en ese país. Con lo cual la jurisdicción universal no ha jugado un rol importante en Colombia ni ha interferido con el proceso de paz.

El caso de la Corte Penal Internacional es más interesante y complejo porque la CPI abrió hace años una examinación preliminar sobre Colombia y ha estado siguiendo la situación desde entonces. Y la Corte Penal Internacional ha ocupado un espacio importante en las discusiones públicas y en las distintas consideraciones jurídicas y políticas sobre el proceso de paz. Pero noten que aun en este contexto en donde la CPI ha estado muy presente, los acuerdos de paz primero con los paramilitares y ahora con las FARC han avanzado. La CPI no parece haber sido un obstáculo a estos acuerdos.

Claro que siempre está abierta la posibilidad de que la fiscal de la CPI quiera abrir una investigación sobre la situación en Colombia. Dados las debilidades de los acuerdos de paz y de su implementación, desde un punto de vista jurídico esto podría ser posible. Y desde un punto de vista de incentivos, Colombia puede ser una opción atractiva para la fiscal de la CPI porque es una situación por fuera de África, no es un país muy poderoso, y Colombia posiblemente tenga menos aliados en América Latina para ir contra la Corte Penal Internacional que los líderes africanos en su región.

Sin embargo, hay riesgos grandes para la CPI en un contexto en donde, como decía al principio, la Corte tiene muchos Estados miembros pero muchos menos Estados comprometidos a fondo con la Corte como proyecto. Uno de los riesgos políticos es precisamente que, si la Corte

decidiera avanzar con una investigación de la situación en Colombia, podría ser responsabilizada si hubiera retrocesos con los acuerdos de paz —como, algunos sostienen, aunque yo no estoy convencido, que ocurrió en Uganda—.

En cualquier caso, todo esto es hipotético y no conozco en profundidad la situación de Colombia como para aventurar mucho más. Pero, más allá de las consideraciones jurídicas, la CPI no ha obstaculizado los acuerdos de paz y la fiscal de la CPI tiene algunos incentivos para no interferir seriamente con estos acuerdos de paz al menos en este momento.

LADI: Pensando en las herramientas que utiliza el caso colombiano, es decir, esta idea de los acuerdos ¿le parece una herramienta interesante? ¿Los acuerdos podrían llevar a personas involucradas de alta jerarquía a ser condenadas por determinados hechos? ¿Le parece que sería importante ver cómo se da el caso colombiano para ver si podemos aprender de eso para trasladarlo a otros países?

Máximo Langer: Hay que distinguir dos ideas o herramientas distintas.

La primera idea o herramienta es la de realizar acuerdos entre el Estado y los imputados por los cuales los imputados, a cambio de una reducción de la pena, admiten su culpabilidad y pueden incluso proveer de información y testimonios que puede permitir la investigación, persecución, juzgamiento y castigo de otros imputados. Esta primera idea o herramienta no es exclusiva ni se origina en el derecho penal internacional o la justicia transicional, sino que viene de persecuciones penales domésticas de delitos comunes. Su más claro exponente es el plea bargaining estadounidense. Pero este tipo de acuerdos se han difundido por todo el mundo, incluyendo América Latina, con distintas formas.

En abstracto, el uso de estos acuerdos puede ser una herramienta legítima. La admisión de culpabilidad de un imputado, su arrepentimiento y pedido de disculpas, y su colaboración con el Estado en la investigación y persecución de otros imputados pueden ser razones legítimas para mitigar la pena por la comisión de un delito. Y estos acuerdos pueden ser particularmente útiles para investigación a la

criminalidad compleja y organizada, especialmente a sus líderes, como la que comete violaciones masivas a los derechos humanos.

Pero este primer tipo de acuerdos presentan una serie de riesgos o problemas. Uno de estos problemas es si el Estado rebaja la pena más de lo debido o si el Estado rebaja la pena aun si el imputado no admite todos los hechos en los que participó u oculta información o provee información falsa o no se arrepiente ni pide disculpas. Mi impresión es que este tipo de problemas han estado presentes en el uso de acuerdos con los paramilitares en Colombia. Y tanto la Corte Constitucional colombiana como la Corte Penal Internacional han expresado su preocupación respecto de estos problemas.

El segundo tipo de idea o herramienta consiste en indultar, amnistiar o perdonar a quien cometió violaciones a los derechos humanos y delitos internacionales, si la persona admite su participación en los hechos y cuenta lo que ocurrió. Esta idea viene de la justicia transicional en Sudáfrica en donde se utilizó en el contexto de la Comisión de Verdad de ese país. Y hay quienes han defendido la legitimidad y legalidad de esta solución en el caso sudafricano dada la participación y aceptación de Mandela y otras víctimas del uso de esta vía y el cumplimiento de otros requisitos – aunque también ha habido críticas.

El reciente acuerdo sobre justicia de las FARC y el Gobierno de Colombia que establece una Jurisdicción Especial para la Paz puede analizarse bajo estos dos paradigmas. Por un lado, según el acuerdo, si los perpetradores admiten su responsabilidad y participación, pueden acceder a una pena de restricción de la libertad relativamente leve. Desde el punto de vista del paradigma de acuerdos a lo plea bargaining, el tema aquí es si la pena no es demasiado leve y si y cómo la Jurisdicción Especial para la Paz va a evaluar en los casos individuales si realmente hay un reconocimiento de verdad y responsabilidad por parte de los partícipes en estos delitos.

Pero como, según el acuerdo, esta pena de restricción de libertad no incluye cárcel, sino supuestas reparaciones a las víctimas, esta medida puede entenderse también como un perdón o amnistía encubiertos. Y si una conceptualiza el tema así, una primera pregunta que surge es si hay circunstancias posibles en donde los perdones pueden ser legales y legítimos. Piensen en los fallos “Gelman” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las críticas de Roberto Gargarella a estos fallos en base a la mayor o menor legitimidad democrática de estos perdones o amnistías. Y la siguiente pregunta es, si existen esas circunstancias

posibles, qué requisitos deben cumplirse y si estos requisitos están presentes en el caso colombiano. La Corte Penal Internacional tiene espacio en su marco legal para la consideración de estas cuestiones con sus requisitos sobre “intereses de la justicia” en el artículo 53 del Estatuto de Roma.

Y la Corte Penal Internacional, el sistema interamericano de derechos humanos y el sistema doméstico colombiano deberán tomar postura sobre estos temas en relación con el acuerdo de justicia en Colombia.

LADI: Volviendo a nuestro tema inicial, ¿cómo ve la relación ahora entre la Corte Penal Internacional y la jurisdicción universal y cómo piensa que podría ser en el futuro?

Máximo Langer: La forma en que yo he abordado mi análisis sobre esta relación es partiendo de cuestiones de legitimidad. ¿Quién tiene más legitimidad para perseguir, juzgar y castigar los delitos internacionales? ¿La Corte Penal Internacional o las persecuciones penales basadas en el principio de jurisdicción universal? David Luban, por quien tengo mucho respeto y admiración, diría que es lo mismo porque en realidad los delitos internacionales pueden ser perseguidos por cualquiera mientras respeten el debido proceso y los castiguen. Yo estoy en desacuerdo con esa postura. Creo que tanto la CPI como los países en base al principio de jurisdicción universal tienen la legitimidad mínima para perseguir y castigar estos delitos. Pero ello no quiere decir que tengan el mismo grado de legitimidad desde la perspectiva de una teoría ideal de la legitimidad para juzgar y castigar delitos internacionales.

Otra gente ha dicho que la Corte Penal Internacional tiene más legitimidad, pero por razones con las cuales yo no estoy de acuerdo. Por ejemplo, hay gente que ha dicho que la Corte Penal Internacional tiene más legitimidad porque es menos política, o porque tiene una mayor habilidad para imputar o detener poderosos. Yo, por las razones que les decía antes, tengo cierto escepticismo de que esto realmente sea así, o por lo menos de que haya una diferencia sustancial en estos sentidos en este momento entre los dos regímenes.

Mi argumento que desarrollo en mi artículo “The Archipelago and the Wheel...” toma un intercambio entre Hannah Arendt y Karl Jaspers sobre el caso “Eichmann”. Ellos argumentaron que lo que había hecho Eichmann era un crimen contra la humanidad y que, por lo tanto, solo un tribunal que representara la humanidad podía juzgarlo y castigarlo.

Tomando esta idea que ellos no desarrollaron, argumento que la Corte Penal Internacional tiene más legitimidad para juzgar y castigar estos delitos porque, en distintos sentidos, representa mejor a la humanidad que las persecuciones penales basadas en la jurisdicción universal. Por ejemplo, la redacción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tuvo una participación global mucho más amplia tanto de Estados como de ONGs que la redacción de las leyes que dan jurisdicción universal en distintos países a sus tribunales. La Corte debe rendirle cuenta de sus actos no solo a sus Estados miembros, sino a otros actores, y tiene varios idiomas oficiales. En contraposición, los tribunales que ejercen la jurisdicción universal típicamente rinden cuentas solo en su propio país y trabajan en un solo idioma. La Corte también tiene una composición mucho más global en términos de la nacionalidad y diversidad de sus jueces, fiscal y personal, que los tribunales, fiscales y personal judicial de los países que han ejercido la jurisdicción universal. Por todo ello, creo que la CPI tiene más representatividad y por lo tanto más legitimidad para juzgar estos casos que la jurisdicción universal.

A pesar de eso, las persecuciones penales basadas en el principio de jurisdicción universal tienen que seguir existiendo por múltiples razones. Primero, porque la Corte Penal Internacional solo puede perseguir un número muy pequeño de casos. Segundo, porque no tiene competencia sobre todo el mundo. Salvo que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas refiera una situación, solo tiene competencia sobre los territorios y los ciudadanos de aquellos países que hayan ratificado el Estatuto de Roma. Entonces, hay muchas situaciones en el mundo que están más allá de la competencia de la Corte. Por estos dos motivos las persecuciones penales basadas en el principio de jurisdicción universal todavía tienen un rol importante que jugar en la persecución de estos delitos.

Ahora bien, en la práctica ¿cómo se han suplementado estos dos regímenes? En situaciones bajo investigación y persecución de la Corte Penal Internacional uno podría esperar algo parecido a lo que pasó con la ex Yugoslavia y Ruanda, en donde estos tribunales penales internacionales persiguieron y juzgaron un número de imputados de cada uno de esos lugares, pero también hubo un buen número de investigaciones, persecuciones y hasta juicios basados en la jurisdicción universal que suplementaron el trabajo de estos tribunales penales internacionales. Pero esto no ha ocurrido en el caso de la CPI. Es decir, la apertura de investigaciones y persecuciones penales por parte de la Corte respecto de la comisión de delitos internacionales en ciertos estados casi

no ha llevado a la apertura de investigaciones y persecuciones domésticas basadas en el principio de jurisdicción universal sobre esas situaciones. La Corte ha abierto investigaciones formales respecto de Sudán, la República Democrática del Congo, la República Centroafricana, etc. Pero a diferencia de la ex Yugoslavia y Ruanda, casi no ha habido investigaciones y persecuciones domésticas basadas en el principio de jurisdicción universal, salvo por un par de ruandeses perseguidos en Alemania por delitos cometidos en la República Democrática del Congo. Al menos este era el estado de situación cuando investigué el tema algunos años atrás.

Creo, entonces, que una de las cuestiones con relación al futuro de la relación entre los dos regímenes es si la Corte tiene un interés en trabajar con las jurisdicciones nacionales en estos casos y si los países que actúan en base a la jurisdicción universal toman, aunque sea una parte de los casos que la Corte no quiere o no puede tomar. Y si la Corte tuviera este interés, ¿cómo va a hacer para formal o informalmente reclutar un número de países para trabajar en conjunto, no solo para que la ayuden a hacer las investigaciones y persecuciones que tiene que hacer, sino para perseguir imputados que cometieron delitos en esas situaciones y que la Corte no está investigando, persiguiendo y juzgando? Este para mí es un ámbito que cuando yo escribí ese artículo, que terminé en 2012 pero recién salió publicado en 2015, me pareció una punta de trabajo entre los dos regímenes, que no sé en qué medida ha sido explorada.

LADI: ¿Tiene ideas sobre cómo podría la Corte Penal Internacional incentivar el ejercicio de jurisdicción universal?

Máximo Langer: Formalmente, la fiscal de la CPI podría hacer un llamado a persecuciones en ese sentido (como hizo en su momento el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas respecto de la situación en la ex Yugoslavia) u ofrecer elementos de prueba recolectados en su investigación a países que estén dispuestos a perseguir delitos o imputados dentro de esa situación. También siempre existen canales informales para transmitir el interés por o colaborar con este tipo de persecuciones. Debería concentrarse sobre todo en países que puedan tener inmigrantes que hayan salido de esas situaciones porque esa es la base de la mayor parte de las persecuciones penales basadas en el principio de jurisdicción universal.

LADI: ¿Sería más fácil desde los países establecer canales formales de cooperación con la Corte?

Máximo Langer: Esos canales están. Por lo menos los países que han implementado el Estatuto de Roma tienen un marco legal que permite la cooperación con la Corte. Igualmente, muchos países tienen dentro del ministerio de relaciones exteriores personal encargado de estos temas.

LADI: ¿Qué elementos podrían adoptar los países para cambiar este esquema de incentivos que usted planteaba en el texto que mencionábamos al principio para que la jurisdicción universal fuese más atractiva como herramienta? Si el país responde a presiones de la sociedad civil para adoptar la jurisdicción universal ¿la sociedad civil podría presionar también para adoptar algún mecanismo que cambie este sistema de incentivos?

Máximo Langer: El sistema de incentivos está ahí, no se lo puede cambiar. Pero sin duda hay cosas que la sociedad civil ha hecho y otras que podría para fortalecer la jurisdicción universal como herramienta de persecución penal.

Primero, en el corto y mediano plazo, yo creo que varios organismos de derechos humanos y otra gente trabajando sobre la jurisdicción universal han tenido una visión demasiado legalista. Es decir, en general han sostenido que todo lo que sea una consideración política en el contexto de estas persecuciones penales está mal y que el régimen ideal es aquel que no da lugar a consideraciones políticas. De nuevo, si viviéramos en un mundo ideal y desde el punto de vista de la ética de la convicción en el sentido de Max Weber, yo estaría de acuerdo con esto. El tema es que, en la realidad, las consideraciones políticas juegan un rol en las persecuciones penales basadas en la jurisdicción universal debido al sistema de incentivos que antes mencionaba. Con esto no quiero decir que los imputados son juzgados en juicios de jurisdicción universal en base a consideraciones políticas y no en base a la prueba existente. De hecho, si uno estudia los juicios de jurisdicción universal alrededor del mundo, el número de absoluciones no ha sido menor, lo cual indica que estos juicios y sus sentencias se han basado, en general, en la prueba producida en juicio. Los cálculos de costos políticos a los que me refiero ocurren antes del juicio, en la decisión sobre si iniciar una investigación o persecución penal o si esta investigación o persecución penal debe

cerrarse una vez iniciada. Mi punto es que, si el marco legal no permite considerar los posibles costos diplomáticos y políticos de investigar o perseguir a ciertos imputados, estas consideraciones se ocultan bajo la alfombra, pero no desaparecen y pueden llevar a consecuencias no queridas o inesperadas. Y que no reconocer que estas consideraciones son inevitables ha debilitado la jurisdicción universal como régimen de persecución global, porque para evitar estos costos diplomáticos y políticos la legislatura y el poder ejecutivo de muchos estados han limitado la aplicación de su jurisdicción universal a personas que residen en el su Estado, pero no fuera de su Estado, lo cual limita mucho el alcance de la jurisdicción universal como régimen global de persecución penal.

Para mí y esto lo trato en otro artículo que escribí, el gran riesgo para la jurisdicción universal hoy día es que se instale esta idea de que la jurisdicción universal está desapareciendo, como varios han sugerido. Si esta percepción se instala del mismo modo que se instaló la percepción de que la Corte Penal Internacional es una corte para África, va a ser un grave problema para convencer a funcionarios de Estados con jurisdicción universal para que lleven adelante estos casos.

¿Qué es lo que ha pasado en realidad en ese régimen? Si uno observa la práctica, lo principal que ha pasado no es tanto que el número de denuncias haya bajado o el número de juicios haya bajado. Los datos que yo he recolectado indican que el número de denuncias solo bajó un poco después de la ofensiva de la administración Bush contra la jurisdicción universal en los 2000 y que el número de juicios siempre ha sido bajo pero ha aumentado en los últimos años. De hecho, del 2004 al 2013 hubo más juicios de jurisdicción universal que de 1994 al 2003. El tema no es entonces que la jurisdicción universal esté desapareciendo.

En lugar de una historia de ascenso y caída o desaparición de la jurisdicción universal como varios han sugerido, creo que lo que ha pasado es que desde el principio ha habido una tensión entre dos concepciones del rol del Estado dentro del régimen de jurisdicción universal. Una concepción concibe al Estado como un perseguidor global que tiene la responsabilidad de castigar graves violaciones a los derechos humanos que constituyen delitos internacionales sea donde sea que estos ocurran. Esta es la concepción que claramente tenían de sí mismos los jueces españoles (algunos todavía la siguen teniendo), los belgas y otros. Es tal vez también la concepción que han tenido algunos jueces argentinos. La segunda concepción entiende el rol del Estado dentro del régimen de jurisdicción universal como la obligación de no ser un lugar

de refugio, un refugio seguro, para quienes han cometido crímenes internacionales. Esta última concepción ha está avanzando en los últimos años y creo que en buena parte es porque le permite al poder ejecutivo y a la legislatura de los Estados controlar los posibles costos políticos y diplomáticos de estos casos. Esa es una forma de manejar los costos porque los imputados poderosos no se van a ir a vivir al territorio de un Estado si ese Estado tiene un estatuto de jurisdicción universal. Si se van a vivir a ese territorio es porque no son más poderosos o nunca lo fueron, y entonces perseguirlos penalmente no genera altos costos diplomáticos o políticos.

Pero desde el punto de vista de la jurisdicción universal como una de las herramientas globales para luchar contra la impunidad, el problema con la segunda concepción es que es solo reactiva porque el Estado solo puede perseguir a aquellas personas que vayan a su territorio. La primera concepción es más atractiva porque uno se puede concentrar en las situaciones más serias alrededor del mundo y puede trabajar más estratégicamente, en lugar de quedar limitado a perseguir a las personas que ya estén viviendo o presentes en el Estado que ejerce la jurisdicción universal.

El problema es que esta concepción del Estado como perseguidor global no puede funcionar con un marco legal que no dé lugar a consideraciones prácticas, incluyendo consideraciones diplomáticas y políticas, porque entonces los tribunales de ese Estado empiezan a recibir más denuncias de las que pueden manejar, no sólo desde un punto de vista de recursos económicos y humanos, sino también en términos de sus costos políticos. Tanto el caso belga como el español son una indicación de esto. Y es por ello que pienso que la perspectiva demasiado legalista de varios organismos de derechos humanos –que se han opuesto, por ejemplo, a la aplicación del principio de oportunidad en esta área– ha posiblemente facilitado el avance de la concepción del Estado de no ser un refugio seguro, a pesar de que es la concepción menos atractiva para los propios organismos de derechos humanos.

Entonces, la cuestión no es negar la existencia de incentivos, sino reconocer que son parte del sistema y permitir, por ejemplo, la consideración de estas cuestiones por parte de los fiscales antes de abrir investigaciones para que consideren los costos potenciales para su país. Cuando los costos sean muy altos no abrirán persecuciones. Pero en otros casos tal vez sí lo hagan, aun cuando los imputados no residan o estén en sus territorios.

En el largo plazo, la cuestión es si la norma anti-impunidad va terminar penetrando y siendo internalizada por las poblaciones y las élites que gobiernan los distintos países del mundo. Si eso ocurriera un día, eso sí cambiaría el marco de incentivos porque subirían los incentivos para perseguir y los desincentivos para no perseguir a quienes cometen delitos internacionales.

En ese sentido, tanto la Corte Penal Internacional como las persecuciones penales basadas en el principio de jurisdicción universal, como las persecuciones domésticas y el discurso, ideario y movimiento de los derechos humanos en general pueden jugar un rol muy importante. El problema que enfrentamos es que nunca hubo mucha esperanza de domesticar a China y a Rusia por lo menos en los próximos años, pero antes por lo menos había una esperanza de que se quedaran al costado y no interfirieran con el tema. Y había esperanza de domesticar a Estados Unidos. Uno habla con alguien como Kathryn Sikkink y ella cree que esta norma ha penetrado en Estados Unidos. Yo creo que el nivel de penetración que esta norma tiene dentro de Estados Unidos es muy bajo. Además, como les decía antes, en los años recientes lo que tenemos es el caso de Rusia tratando de recuperar su peso en asuntos internacionales y el caso de China tratando de volverse un actor con peso global. Con esta ecuación donde la norma no ha penetrado mucho dentro de Estados Unidos y en donde estos dos países tienen consideraciones geopolíticas mucho más preeminentes que consideraciones de derechos humanos, estamos en una situación en la que en los próximos años la norma anti-impunidad no se va a difundir, penetrar e internalizar lo suficiente. Pero eso puede pasar en el futuro, al menos en cierta medida.

Por eso distingo entre corto y largo plazo. Ahora, los organismos de derechos humanos y las víctimas de delitos internacionales deben seguir presionando y trabajando con los Estados para que ejerzan la jurisdicción universal. Pero más allá de ello, más que cambiar los incentivos, yo creo que hay que reconocerlos, regularlos y administrarlos, si queremos algo distinto que una política solo reactiva en materia de persecuciones penales basadas en el principio de jurisdicción universal. En el largo plazo, tenemos que esperar que los planetas en algún momento se alineen y la norma anti-impunidad realmente penetre en distintos actores globales cruciales. Por supuesto que, además de otras condiciones de posibilidad, va a ser necesario mucho idealismo y mucha ética de la convicción para que la norma finalmente penetre en Estados Unidos, China, Rusia y otros países.

LADI: Muchas gracias.

Máximo Langer: Gracias a ustedes.