

Entrevista a Kevin Jon Heller

Palabras clave: justicia transicional, Derecho penal internacional, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Derechos humanos

LADI conversó con Kevin Jon Heller sobre justicia transicional, derecho internacional y su experiencia como académico e internacionalista. Heller es Profesor de Derecho Penal en SOAS, University of London y ha publicado numerosos artículos sobre derecho internacional público y derecho penal internacional en journals tales como el European Journal of International Law y el American Journal of International Law. Es autor de cinco libros entre los que se destaca “The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law” (Oxford University Press, 2011). Es miembro permanente y frecuente contribuyente de Opinio Juris, un blog líder en el área del derecho internacional público, desde hace más de ocho años. Además, Heller fue integrante del equipo de defensa de Radovan Karadzic ante el TPIY y fue asesor externo de Human Rights Watch en el juicio a Saddam Hussein.

LADI: Ud. ha tenido una carrera enormemente diversa y exitosa en el campo del derecho internacional, tanto en su capacidad de académico como en la práctica profesional. Pero también ha ejercido la abogacía en el derecho doméstico y ha estudiado sociología y literatura. ¿Cuándo y por qué decidió convertirse en un internacionalista?

Kevin Jon Heller: Tengo una respuesta intelectual y una respuesta honesta.

La respuesta intelectual es que cuando recién comenzaba mi carrera académica en la Universidad de Georgia, Estados Unidos, estaba básicamente interesado en el derecho penal, en la teoría del derecho penal y en el derecho en materia de la prueba.

Pero me sentía frustrado por el funcionamiento del sistema judicial americano y por el hecho de que, pese a los miles de artículos críticos publicados en revistas jurídicas y los cientos de libros sobre derecho penal publicados cada año, nada cambiaba. Si bien ni siquiera había cursado derecho internacional cuando era un estudiante de derecho, me pareció que el derecho penal internacional, en general, estaba más abierto a la intervención académica y que la academia podía tener un impacto en el derecho penal internacional –un impacto que, como americano, jamás podría tener en el derecho penal doméstico–. Entonces, en algún sentido, fue una decisión consciente la de reorientar mi interés hacia el plano internacional. También se trató de un paso lógico, ya que, si bien en ese entonces me concentraba fundamentalmente en derecho penal americano, también me había formado en derecho penal comparado. De este modo, estudiar un sistema de derecho que es deliberadamente un híbrido entre common law y derecho civil, y que a la vez se encuentra influenciado por el derecho islámico y por el derecho chino, me resultó sumamente atractivo. La respuesta honesta es que creí que sería más divertido ser un abogado internacionalista que un abogado doméstico porque todas las conferencias serían en lugares más cool que Poughkeepsie, Michigan, Nueva Jersey o ciudades de ese estilo. Entonces, no puedo decir que se trató puramente de una decisión intelectual.

LADI: ¿Todavía cree que el derecho penal americano no está abierto a la intervención académica?

Kevin Jon Heller: Absolutamente. Creo que casi no hay intervención académica en el derecho penal americano. Hasta las reformas más básicas son imposibles de implementar porque la polarización es tal que cualquier reforma penal caracterizada por ser indulgente con el crimen, como prohibir las condenas judiciales erróneas, es rechazada por los republicanos. Esto no es nuevo. La situación siempre ha sido tal que los penalistas americanos tienen razón, señalan las deficiencias del sistema y proponen soluciones justas, y pocos cambios suceden como resultado de ello. Y me di cuenta de que sería muy difícil lidiar con esto a lo largo de mi carrera.

LADI: ¿Cómo han impactado sus estudios en literatura y sociología en su entendimiento del derecho internacional y en su carrera en esta área?

Kevin Jon Heller: Ambas han tenido un impacto bastante importante en mi carrera. Por un lado, tener una formación en sociología histórica y en sociología política es muy útil para estudiar el sistema internacional. Si bien me defino como una especie de “positivista anticuado”, no me defino como un formalista en el sentido de que no creo que el derecho se desarrolle de forma aislada ni que se encuentre apartado de las fuerzas sociales. En mi opinión, uno no puede entender el derecho internacional sin antes entender el equilibrio de poder entre los Estados y la evolución del concepto de Estado. Es decir, esta clase de cuestiones abordadas por la sociología histórica y política son esenciales para entender el derecho internacional. Entonces, me alegra haber estudiado otras disciplinas porque creo que ello me orienta hacia un entendimiento más amplio del derecho; un entendimiento especialmente valioso para aquellos que promovemos un derecho internacional más de izquierda.

Por el otro, en cuanto a la literatura, creo que ha tenido un efecto aún más profundo en mi carrera, pues mi interés en ella consistía no tanto en leer a Jane Eyre, sino en estudiar el proceso interpretativo y la hermenéutica. Y eso es lo que los jueces hacen: interpretan textos. Cuando era estudiante, tuve la suerte de establecer una relación cercana con Stanley Fish, uno de los mayores expertos en teoría literaria y teorías de la interpretación. Con él aprendí a pensar la interpretación de textos, una enseñanza que llevo conmigo hasta el día de hoy. Y, precisamente, una de las cosas que más me sorprende del derecho internacional es lo anticuado que es el método interpretativo que allí se emplea. Por ejemplo, en mi opinión, la lectura de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados está basada en una teoría de interpretación que privilegia la letra de la ley, que básicamente pasó de moda en los sesentas. No conozco ningún teórico literario que tome en serio esta teoría, y lo mismo puede decirse de la mayoría de los Estados. Mi entendimiento de la interpretación de textos es puramente un reflejo de mis estudios en literatura, y no refleja en lo absoluto mis estudios en derecho. Y, creo que ello es algo bueno porque esta es una cuestión particularmente deficiente del derecho internacional.

LADI: Quisiéramos conversar sobre el blogging. ¿Cuándo comenzó a bloggear y cómo? ¿Qué impacto ha tenido en tu carrera?

Kevin Jon Heller: Mil años atrás. Comencé a bloggear hace mucho tiempo. Este es mi décimo año bloggeando en “Opinio Juris”. No soy uno de los tres miembros fundadores, pero sí soy uno de los dos primeros miembros no fundadores en unirse al blog, junto con Roger Alford de la Universidad de Notre Dame. Y, definitivamente, el haber decidido bloggear fue la mejor decisión que he tomado en mi carrera. Fue una decisión fácil para mí, pero no estuvo librada de controversia. La decana de la Universidad de Georgia, donde estaba enseñando cuando comencé a bloggear, se oponía a mi decisión porque pensaba que eso significaría que dejaría de escribir textos académicos. Y esa era una época en la cual, si bien el blogging no era algo realmente nuevo en general, sí era una actividad novedosa para los profesores de derecho. No fui el primer blogger jurídico, pero ciertamente estuve dentro de la primera generación de bloggers jurídicos. En aquel momento, nadie sabía con certeza si el blogging tendría impacto alguno, si sería una buena idea, si un comité académico tendría en cuenta que uno era un Blogger permanente, etc. Pero lo hice porque quería tener la oportunidad de comentar episodios del derecho internacional de un modo contemporáneo. Precisamente, ese es el problema con las publicaciones. Por ejemplo, si la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) dictaba una decisión terrible, doce meses después, cuando las revistas jurídicas publicaban artículos al respecto, la Corte ya había tomado otras cuatro decisiones distintas. No había manera de intervenir en los debates actuales desde un punto de vista académico, excepto a través del blogging. Incluso si en última instancia ello no ayudaba a mi carrera, quería hacerlo porque ciertas cosas me enfadaban y quería ser capaz de expresar mi opinión sobre ellas. Pero, mirando hacia el pasado, fue una muy buena idea porque los blogs han sido muy exitosos y, si bien no hay estadísticas al respecto, estimo que por cada persona que ha leído algo que he publicado, ya sea un libro o un artículo, probablemente haya mil personas que han leído algo que he escrito en el blog. La mayoría de las personas que conozco por fuera de la estrecha comunidad de la academia del derecho penal internacional nunca me dicen: “tú eres el autor de ese libro sobre el Tribunal Militar de Núremberg”, sino que dicen: “tú eres miembro de ‘Opinio Juris’ y he leído tu blog”. Y eso incluye a estudiantes

de derecho, funcionarios públicos, personas que trabajan en ONGs y jueces de tribunales. Pareciera que todos han escuchado del blog.

Entonces, solo en términos de exposición, el blogging ha sido de gran importancia. Y más allá de eso, quisiera hacer dos comentarios. Por un lado, creo que el blogging ha tenido un impacto independiente en el desarrollo del derecho penal internacional. En este sentido, ha sido muy bueno para mi carrera. Estoy bastante seguro de que mi post sobre la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI –específicamente, aquel sobre la errónea aplicación del estándar necesario para confirmar la acusación por el delito genocidio contra Omar Al-Bashir– fue utilizado por la fiscalía para escribir la apelación. Incluso citaron mi post. Creo que fue la primera vez que un blog post fue citado por un tribunal internacional. Ello condujo a que la Sala de Apelaciones revocara la decisión y que Al Bashir sea acusado por el delito de genocidio. Entonces, nuevamente, creo que eso no habría sucedido si no hubiera bloggeado. Quizás hubiera escrito un artículo al respecto, pero para el momento en que hubiera podido publicarlo, la cuestión ya habría estado cerrada. Si fue una buena idea que Al Bashir enfrentara una acusación por genocidio, es una pregunta diferente. Pero el post tuvo un impacto inmediato. El otro ejemplo que quisiera mencionar es el ahora notorio post que escribí argumentando que el asesinato mediante un dron de Anwar al-Awlaki podría fácilmente ser caracterizado como homicidio con arreglo al derecho penal americano. Y, si bien no estoy tan seguro sobre esto, pienso que el post hizo que la Oficina de Asesoramiento Legal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que había escrito un memorándum justificando el asesinato de al-Awlaki, reescribiera ese memo, extendiéndolo de siete páginas a cuarenta, solo para asegurarse de que nadie tome en serio mi argumento. Ello nunca habría sucedido si hubiera escrito una pieza formal al respecto.

Por el otro, la decana se equivocó en cuanto a la relación entre el blogging y la actividad académica. Sí creo que los jóvenes académicos deben ser conscientes del peligro que representa estar todo el tiempo bloggeando y no dedicar nada de tiempo a la academia tradicional. Pero si uno puede evitar eso, creo que ambas actividades pueden ser mutuamente fortalecedores. Escribir blog posts me mantiene activo, me mantiene al día con las lecturas y me hace más productivo en general. Además, es un gran vehículo para probar ideas nuevas. En varias ocasiones, si bien no había pensado en escribir un artículo sobre un determinado tema, escribí un post y al ver que todo el mundo estaba

interesado y pensé: “bueno, quizás deba escribir un artículo al respecto”. También a veces ocurre que una revista me escribe para decirme que le gustó uno de mis posts y me pregunta si estaría interesado en transformarlo en un artículo para su revista. Eso fue lo que sucedió con mi reciente artículo sobre perfidia publicado en *International Law Studies* del Naval War College de los Estados Unidos. Nunca hubiera escrito un artículo sobre ese tema y nunca hubiera publicado en una revista cool si no hubiera bloggeado. Entonces, sí, ha sido una muy buena decisión en mi carrera.

LADI: ¿Qué cree que su decano le diría a Ud. o le diría a un joven académico ahora?

Kevin Jon Heller: Creo que probablemente mantendría su postura. Pero responderé a la pregunta de manera más general. Creo, y doy crédito a “Opinio Juris” y a muchos otros buenos blogs, que ha habido una transformación fundamental en la forma en que son concebidos los blogs. Al menos respecto de aquellos que apuntan a realizar análisis cuidadosos y que no publican meramente algunos párrafos. Hoy en día los blogs son citados por tribunales internacionales, por tribunales domésticos... incluso la Corte Internacional de Justicia ha citado blogs. Entonces, en la medida en que los blogs publiquen posts que se asemejen a ensayos académicos, creo que es un trabajo que está siendo reconocido y que ello es una parte importante de la vida académica. Si un profesor joven me hiciera esta pregunta, le diría que si uno realmente quiere avanzar en su carrera es casi imposible no tener algún tipo de presencia en las redes sociales. La presencia no tiene que ser necesariamente a través de un blog, pero uno tiene que formar parte de los debates contemporáneos. A menos que uno publique libro tras libro, es difícil dar a conocer su nombre. También ayuda tener amigos que tienen presencia en las redes sociales, que permite que, cuando uno publica algo, eso sea mencionado en otros blogs. Diez años atrás, nadie hubiera pensado que una carrera académica integral y exitosa en derecho requeriría algún tipo de presencia en las redes sociales, pero creo que ahora es un elemento importante. Incluso si uno bloggea por invitación en “EJIL: Talk!” o si uno envía un post a “Opinio Juris” cada tanto: es la forma de hacer llegar el nombre de uno a una audiencia que de otra manera no podría acceder a sus publicaciones.

LADI: Ud. ha escrito un libro sobre el Tribunal Militar de Núremberg¹ y en su introducción menciona “la sorpresiva escasez de literatura académica sobre los juicios llevados a cabo por el Tribunal Militar de Núremberg y la ausencia de un libro que discuta la jurisprudencia de los doce juicios conducidos por ese tribunal” ¿Hasta qué punto Ud. cree que el estudio de esos juicios, que no han recibido suficiente atención por parte de la academia, contribuyen a nuestro entendimiento del derecho penal internacional?

Kevin Jon Heller: Escribí el libro porque quería leerlo, literalmente. Tenía un leve conocimiento sobre estos juicios. Sabía que se había escrito sobre algunos de ellos, como el juicio de los jueces y el juicio de los médicos, de modo individual. También había sentencias del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, TPIY) donde se hacía referencia a algunos de esos juicios. Sabía que habían habido doce procesos conducidos por el gobierno norteamericano y que estos habían sido llevados a cabo de modo relativamente centralizado: los jueces habían sido los mismos en varios de los juicios y los abogados, naturalmente, también, porque todas las acusaciones habían sido conducidas por la Oficina de Telford Taylor. De este modo, pensé que sería útil leer algo que abarque todos los juicios a fin de asegurarme de que estos fueran citados de manera consistente, etc. Fue en ese momento en el que me di cuenta de que tal libro no existía. Había libros sobre determinados juicios individuales y algunos artículos que discutían puntos específicos presentes en varios de los juicios, pero nada que sintetice toda la jurisprudencia. Ahora, habiendo escrito el libro, entiendo el porqué. Nadie lo había hecho antes porque era mucho trabajo. No obstante, me di cuenta que un libro así era necesario, entonces decidí escribirlo. Y, de hecho, me di cuenta que la razón por la que pude obtener un contrato con “Oxford University Press”, aunque nunca antes había escrito un libro, fue porque fui a ver al Director de Ediciones y le dije: “si puedes encontrar este libro, felizmente no lo escribiré, pero aquí hay un bache en la literatura”, y me contestó: “tienes razón, no hay nada”. Resultó ser un buen bache para rellenar.

¹ Nota del editor: “The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law”, Oxford University Press, 2011.

Creo que cubrí todas las cuestiones jurídicas que se discutieron en los juicios. Fue mucho trabajo, pero fue agradable. Si bien tuve que leer alrededor de cinco mil páginas de las transcripciones de los juicios, leí todo el material relevante: toda la jurisprudencia, todas las mociones, etc. El material de lectura era enorme, pero logré abarcar todo. Es un trabajo bastante comprensivo y eso es lo que buscaba hacer. Si alguien se pregunta qué es lo que el Tribunal Militar de Núremberg dijo sobre la apropiación de propiedad industrial en los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, uno lo puede encontrar. Estoy contento de haberlo hecho.

LADI: Como argentinos, nos criamos escuchando hablar del Juicio de las Juntas. Incluso, yendo un paso más lejos, también se habla del modo en que los juicios en Grecia y Portugal impactaron en el Juicio de las Juntas. Por lo general, la narrativa tradicional del derecho penal internacional ha dejado de lado los procesos domésticos de violaciones a los derechos humanos en Grecia, Portugal y Argentina. Podría decirse que el Juicio de las Juntas, en particular, comparte ciertas de características con los actuales juicios por crímenes internacionales. Teniendo en cuenta que hay un capítulo en su libro “The Hidden Histories of War Crimes Trials”² sobre el Juicio de las Juntas, quisiéramos preguntarle si piensa que este merece mayor atención por la literatura del derecho penal internacional.

Kevin Jon Heller: Absolutamente. Creo que uno de los desarrollos más notables del derecho penal internacional, al menos desde el punto de vista académico, es alejarse de la obsesión con los tribunales internacionales y prestar más atención a los tribunales domésticos. A medida que empezamos a dejar de lado nuestra obsesión con la CPI, se genera un interés renovado en los enfoques domésticos del derecho penal internacional. De hecho, una vez que las personas comenzaron a interesarse por el derecho penal internacional en el ámbito doméstico, se hizo evidente que no era un fenómeno nuevo. Juicios domésticos de todo el mundo habían aplicado el derecho penal internacional, desde los juicios rusos luego de la Segunda Guerra Mundial hasta los juicios en Polonia o en Argentina. Prestar atención a los juicios domésticos es, entonces, una buena forma de contrarrestar nuestro entendimiento

² Nota del editor: editado por Kevin Jon Heller y Gerry Simpson, Oxford University Press, 2013.

superficial acerca de qué fue lo que sucedió en los ámbitos domésticos. Por ejemplo, pensando en América Latina, Sudamérica en particular, uno tendería a pensar que durante un determinado período se cometieron crímenes y luego hubo amnistías. Uno también pensaría que hubo amnistías “malas”, como el caso de Pinochet, quien gestionó su propia amnistía en Chile. Pero, obviamente, sucedían otras cosas y habían otros intentos a fin de que los responsables rindan cuentas. Entonces, creo que el interés en los juicios domésticos nos da una visión más integral acerca de lo que realmente sucedió en el ámbito doméstico y contribuye a que dejemos de lado la narrativa de la supremacía de las instituciones internacionales y la necesidad de que estas existan porque “los malditos Estados constantemente dejan libres a los malos”. Espero que se trabaje más sobre este asunto. Particularmente, para la audiencia angloparlante, si no hubiera académicos trabajando en los juicios rusos y en los argentinos, no podría saber nada sobre ellos. Entonces, tenemos que hacer que todo ese material esté disponible, dado que la gran mayoría de los abogados penales internacionales trabajan en inglés o en francés.

LADI: ¿Ud. cree que el derecho penal internacional es una sub-área de la justicia transicional? ¿Cuál es el rol de las amnistías?

Kevin Jon Heller: Qué pregunta fácil ¿no? No creo que el derecho penal internacional sea una sub-área de la justicia transicional, aunque en un mundo ideal probablemente lo sería. En cierto punto no pienso que el binario “justicia vs. paz” sea correcto, pero en las situaciones donde la responsabilidad penal dificulta lograr la paz y la reconciliación, creo que la paz y la reconciliación deben triunfar. Sé que muchas personas dirían que es evidente que lo correcto es mantener juicios penales siempre. No creo que sea así. Si uno cree que en algunas situaciones los juicios penales pueden contribuir a restaurar la paz y la reconciliación y que en otros casos quizá no puedan hacerlo, entonces pienso que siempre hay que priorizar la paz y la reconciliación. Y eso significa que el derecho penal internacional no es una sub-área de la justicia transicional, sino que son áreas que coexisten de modo paralelo y que pueden reforzarse mutuamente. Entonces, específicamente, no soy un partidario absoluto de la persecución penal internacional o de la persecución penal doméstica. Si bien tengo un escepticismo fundado respecto las amnistías, debido a la experiencia de América Latina y otros lugares, pienso que es ridícula la postura de aquellos penalistas internacionales que dicen que

las amnistías nunca son permisibles en tanto ofrecen inmunidad contra la persecución por serios crímenes internacionales. El punto es reconstruir una sociedad y si la forma indicada de hacerlo es a través de una amnistía, si bien deberíamos ser cuidadosos al respecto, ¿por qué no permitir las? No deberíamos dejar que “lo perfecto sea el enemigo de lo bueno” y eso ocurre frecuentemente entre quienes rinden culto al derecho penal internacional.

Si uno honestamente cree que no puede haber justicia transicional genuina sin persecución penal, entonces está bien mantenerse dentro de la burbuja del derecho penal internacional. Pero no creo en eso, y estimo que ustedes dos tampoco. A medida que pasan los días y observamos el funcionamiento de los tribunales penales internacionales, son cada vez menos las personas que así piensan. Entonces, creo que tenemos que estar abiertos a cualquier mecanismo que efectivamente funcione, independientemente de si incluye persecuciones penales o no.

LADI: Si la CPI decidiera que el Acuerdo de Paz en Colombia satisface los requisitos del principio de complementariedad, alguien podría decir que estaría volcándose hacia la visión que Ud. describe. ¿Está de acuerdo?

Kevin Jon Heller: Es una pregunta interesante. En cierto sentido, pareciera ser un buen acuerdo en tanto no necesariamente provee inmunidad para los altos funcionarios que han cometido crímenes internacionales graves. En la medida en que no lo hace y en la medida en que eso es aceptable para ambos bandos, estamos en un escenario ideal. De este modo, se reserva la responsabilidad penal para las “peores personas” que han cometido “los peores crímenes” y se adopta una visión más centrada en las amnistías para los demás. Pensaría que aun quienes rinden culto al derecho penal internacional de modo extremo no tienen un problema con ello. Incluso si la CPI tuviera más recursos de los que tiene, nunca hubiera podido perseguir más que a los líderes. Entonces, creo que la razón por la cual el acuerdo ha recibido apoyo generalizado, aun entre los penalistas internacionales, es precisamente porque no necesariamente excluye juicios domésticos contra los funcionarios de alto rango y los más responsables.

Sería interesante saber cuál sería la reacción si se hubieran excluido los juicios domésticos de forma generalizada. En ese caso, siento que personas como yo, o incluso personas que están aún más orientadas al

derecho penal internacional o aún más orientadas a la persecución penal internacional, tendrían empatía con el acuerdo, pero quienes rinden culto al derecho penal internacional dirían que dejar a los altos funcionarios libres es inaceptable. Entonces, me alegra que ambos bandos aparentemente hayan alcanzado un acuerdo, con arreglo al cual no tienen que lidiar con la responsabilidad penal de todos los involucrados. Si bien aún no vi la versión final, tengo la impresión de que lidia con la justicia transicional y la justicia penal internacional de modo apropiado.

LADI: Ud. trabajó en la defensa de Radovan Karadzic y quisiéramos preguntarle si, a partir de esa experiencia, Ud. cree que los acusados recibieron un juicio justo en el TPIY y si cree que el derecho a la defensa tiene un significado substantivo en el derecho penal internacional.

Kevin Jon Heller: Creo que en alguna medida tenemos que distinguir entre los derechos en papel y los derechos en la práctica. El Estatuto de Roma y el Estatuto de la TPIY establecen un mecanismo que permite la realización de juicios justos. No creo que haya nada en esos instrumentos que conduzca a la realización de juicios fundamentalmente injustos. En el TPIY, diría que algunos de los jueces eran mejor que otros y algunos de los juicios fueron más justos que otros. En general, creo que es posible afirmar que tanto el TPIY como el TPIR fueron generalmente justos. En otras palabras, lo que diría es lo siguiente: no creo que podamos condenar a ninguno de los tribunales penales principales de modo categórico por no haber conducido juicios justos. No obstante, sí creo que hay que analizar los juicios individuales a fin de evaluar si han sido justos o no. Creo que algunos juicios fueron más justos que otros. En algunas ocasiones, han habido jueces que tomaron decisiones que socavaron la justicia del proceso, pero no creo que sea un problema sistemático. Con Karadzic, si bien aún el proceso no terminó, tanto la fiscalía como la secretaría general hicieron muchas cosas que no me agradaron. Ciertamente hicieron el trabajo de la defensa más difícil de lo que necesitaba ser. Sin embargo, no diría que el juicio fue fundamentalmente injusto. Él tuvo una buena defensa, tenía buenos abogados, tenía buenos recursos. Si bien no eran los recursos que la fiscalía tenía, tuvo la oportunidad de llamar testigos e interrogarlos, etc. Pienso que fue un buen juicio en general. Nuevamente, hubo muchas cosas con las cuales

estuve en desacuerdo, pero hay una diferencia entre estar en desacuerdo con actos específicos y condenar todo el proceso.

Por otra parte, sí creo que la CPI está corriendo un riesgo creciente de convertirse un tribunal fundamentalmente injusto. Comencé siendo un partidario de la CPI, si bien tenía algunas críticas contra ella en mi carácter de penalista. En el presente, no me considero un opositor de la Corte, pero ciertamente he dejado de ser un partidario de ella. Si conocen mis publicaciones, para mí el punto de inflexión fue el uso de la regulación 55 en el caso de Germain Katanga, quien fue condenado por un modo de participación por el que no fue acusado, que no fue confirmado y que no tuvo oportunidad de discutir en el juicio. En efecto, la Sala de Cuestiones Preliminares le había asegurado a Katanga que no sería acusado por complicidad en el juicio y a pesar de ello los jueces lo condenaron por ese modo de participación sobre la base de las declaraciones testimoniales que él mismo había realizado confiando en que no sería acusado por complicidad. La defensa tampoco tuvo la posibilidad de reabrir el caso porque cuando el juez decidió hacerlo ya no era posible volver al Congo para investigar.

Ese sí que fue un juicio injusto. Creo que lo sucedido invalidó la totalidad del procedimiento. Entonces, si la Corte continúa utilizando la regulación 55 de manera tal que permite que los jueces condenen a los acusados en aquellos casos en los que la fiscalía no fue capaz de acusar a los imputados por los delitos correspondientes ni de probar su acusación, entonces creo que será difícil continuar creyendo en la CPI. Y creo que la Sala de Apelaciones no ha mostrado ningún tipo de preocupación por este problema ni mucho menos voluntad para hacer algo al respecto. Estamos llegando al punto donde podemos decir que la CPI está conduciendo juicios injustos. Todavía no estamos en ese escenario, pero si vemos un par más de casos como el de Katanga, creo que sería imposible para cualquiera que crea en los juicios justos continuar apoyando a la Corte. Espero que eso no suceda.

LADI: Quisiéramos ahora abordar el rol actual de la CPI. Recientemente, el ex fiscal de la Corte, Luis Moreno Ocampo, declaró que hasta hace poco el mayor desafío que enfrentaba la CPI era asegurar su existencia. Él argumenta que, ahora que esa era ha terminado, la CPI necesita asegurar su relevancia, desempeñando un rol significativo en los grandes conflictos internacionales. ¿Está Ud. de acuerdo con esta interpretación?

Kevin Jon Heller: Sí lo creo. Antes, las críticas a la CPI no solían ser bienvenidas. Cuando comencé mi carrera, enviaba borradores de artículos criticando algunos aspectos de la Corte a mis amigos que formaban parte de la institución y ellos me dirían “tienes razón, pero por favor no digas esto. No quisieras hacerlo público”. Estaban muy preocupados con la capacidad de supervivencia de la CPI y concebían a las críticas como algo peligroso. En cierto punto, hemos pasado esa era, donde la existencia de la Corte está tan amenazada que no es posible cuestionar su eficiencia ni preguntarse cómo es posible mejorar la institución. La estrategia de evitar los grandes problemas del mundo no va a funcionar más. La Corte no va a ser relevante en la forma en la que quiere ser relevante y no va a colocarse a la altura de sus fundadores si continúa procesando jefes de guerra de mediana importancia, evitando la persecución de funcionarios gubernamentales o jefes militares importantes. Si quiere ser el tribunal penal internacional, necesita ser el centro de la justicia penal internacional. Al día de hoy, al menos a partir de los juicios que han concluido, no ha ocupado ese lugar. Ha sido una corte para rebeldes, rebeldes de mediana importancia y líderes opositores. E incluso lo de los líderes opositores es relativamente nuevo. Entonces, creo que tendrá que pisar más fuerte, que tendrá que perseguir casos que quizá no pueda perseguir y que hay un riesgo de que nunca logre ser relevante si antes no soluciona los problemas que necesita solucionar para ser exitosa. Creo que ese es el peligro que corre.

LADI: ¿Cree Ud. que fue inteligente la decisión de la fiscal Bensouda de iniciar una investigación motu proprio en Georgia luego de las dificultades que la Corte enfrentó en Kenia?

Kevin Jon Heller: Creo que es una decisión inteligente en el sentido de que está cerca de ser una investigación fuera de África. Quienes apoyan ciegamente a la CPI continúan diciendo: “la mitad de los casos africanos han sido remitidos por los propios Estados y la mayoría de los restante son remisiones del Consejo de Seguridad. Miren todas las investigaciones preliminares fuera de África”. Uno no puede pensar que esa es una respuesta apropiada. Las investigaciones preliminares no significan nada. Ahora, no creo que la Corte empiece a decir “estamos investigando a Georgia, ya no estamos preocupados por África”, pero al menos podrá

señalar que está investigando formalmente fuera de África. Creo que eso es bueno.

De todos modos, creo que la relevancia del rol que la CPI puede tener en el conflicto en Georgia ha sido erróneamente evaluada. No creo que haya necesidad ni voluntad de perseguir a los altos funcionarios gubernamentales del actual gobierno de Georgia. Tampoco puedo imaginar que vayan a perseguir altos funcionarios gubernamentales rusos. El conflicto se produjo más bien entre Osetia del Sur y los rusos. Entonces, si la Corte logra investigar a Osetia del Sur y quizá a algunos funcionarios del anterior gobierno de Georgia, los resultados no serían tan terribles. No creo que esta investigación deje a la Corte en una posición débil. Más bien, creo que destacaría sus habilidades en su primera investigación fuera de África. No se estaría persiguiendo a Bush, pero al menos estaría haciendo un trabajo que está capacitada para hacer.

Ahora bien, también hay un peligro. Es posible que no logren perseguir a ninguna de las personas que realmente quieren perseguir porque, a esta altura del partido, los altos funcionarios de Osetia del Sur bien pueden estar en Rusia o estar siendo enjuiciados en un tribunal de Osetia de Sur, y puede que la Corte nunca logre atraparlos. Los rusos no tendrían ninguna obligación de cooperar con la Corte porque no son miembros. Sin embargo, es cierto que en cualquier investigación se corre el riesgo de no obtener la evidencia necesaria o de no atrapar al sospechoso. Entonces, teniendo en cuenta que uno no puede evitar ese riesgo, creo que se eligió de modo correcto la primera situación fuera de África para investigar formalmente. Creo que Afganistán hubiera sido particularmente problemático, en tanto la Corte se habría enfrentado directamente con los Estados Unidos. Durante años reclamé que se abra el caso de Colombia y quizá haya estado equivocado. Quizá el hecho de que la Corte estuviera observando la situación por una década contribuyó a que se logre el acuerdo actual. Tengo mis dudas acerca de si este acuerdo fue realmente una reacción a la constante amenaza de persecución de la CPI, o si a la CPI simplemente le gusta pensarlo de ese modo. Pero, nuevamente, en retrospectiva, quizá haya sido bueno que no se haya iniciado una investigación formal. Entonces, creo que Fatou Bensouda tomó una decisión inteligente entre las opciones que tenía disponibles. Ciertamente mejor de la primera decisión que se tomó con Israel. Veremos cómo resulta. No creo que haya sido una mala idea.

LADI: Hablando del African bias, a comienzos de esta semana Kenia anunció que iba a avanzar con la propuesta del retiro masivo de la CPI y varios miembros de la Unión Africana la apoyaron. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Cree que hay un riesgo real de una retirada masiva?

Kevin Jon Heller: No creo que haya un riesgo real de que países como Sudáfrica o Kenia se retiren de la CPI. Creo que una vez que estás adentro, estás adentro, y el costo reputacional de retirarse es alto, dado que, en mi opinión, la mayoría de los países no tienen empatía con la posición de Kenia y Sudáfrica. Es un problema, porque constantemente los medios informan que es el fin del mundo y luego no lo es por un par de semanas, cuando las personas descubren que todo este proceso está siendo promovido por dos criminales imputados por la Corte, Kenyatta y Bashir, junto con sus amigos en Sudáfrica. Estoy seguro de que entre los Estados de la Unión Africana existen actitudes distintas respecto de la CPI. Botsuana es un gran partidario de la CPI y estoy seguro de que a otros no les interesa particularmente. Pero afirmar que hay 32 Estados de la Unión Africana que están a punto de abandonar la CPI es ridículo, nunca va a suceder. La Unión Africana puede aprobar todas las resoluciones que quiera, pero en definitiva depende del Estado decidir si se retira o no. Entonces ¿acaso creo que es irrelevante que esto esté sucediendo? Por supuesto que no, porque promueve la idea de que África está realmente enfadada con la CPI y probablemente indica que hay insatisfacción. Pero ¿creo que ello eventualmente causará una retirada masiva o incluso algunas retiradas? No, no lo creo. Y hemos visto esto suceder una y otra vez. Kenia ha amenazado con abandonar la Corte en reiteradas ocasiones y aún no lo ha hecho. Por lo cual, no hay razón alguna para pensar que ahora las cosas van a ser diferentes. Y hay más razones para pensar eso en tanto los casos continúan colapsando. Esa es la ironía. No les gusta la CPI, pero miren el caso de Kenyatta o el caso de Ruto. Aun en el escenario de que ese último caso sobreviva, lo cual podría no suceder, no creo que haya forma de que lo condenen. Entonces, en algún sentido, la Corte está haciendo su trabajo y no condena a los acusados si de hecho son inocentes. Llámenme cuando haya un caso evidente de un alto funcionario de un Estado africano que sea condenado y recién ahí querrán retirarse. Por el momento es puro ruido.

LADI: Su escepticismo sobre el futuro de la CPI nos lleva a pensar que el derecho penal internacional, si ha de tener un futuro, dependerá de los tribunales domésticos. ¿Cómo puede el derecho penal internacional con el hecho de que los Estados tienen pocos incentivos para investigar sus propios crímenes? ¿Deberían los partidarios del derecho penal internacional depositar sus esperanzas en la jurisdicción universal?

Kevin Jon Heller: No estoy diciendo, y no creo que alguna vez lo haga, que no deberíamos tener tribunales internacionales. Creo que hay situaciones en las cuales las limitaciones de los Estados hacen que sea apropiado establecerlos. Simplemente descreo que una institución como la CPI necesariamente resolverá los problema de cooperación en el corto plazo. Entonces, y esta reflexión representa una de las mayores evoluciones en mi pensamiento, antes creía que un tribunal internacional como la CPI era mejor que un tribunal internacional como el TPIY o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR)... Pero, por otra parte, cuando intento reflexionar sobre el derecho penal internacional desde el punto de vista pragmático y no como un mero creyente, pienso que si vamos a tener tribunales internacionales, estos deberían funcionar. Y si bien siempre existirá el problema de “la justicia del vencedor” y el problema de parcialidad, tanto el TPIY y el TPIR como el Tribunal Especial para Sierra León (TESL) en gran medida fueron capaces de atrapar los sospechosos, de reunir las pruebas necesarias y de llevar a cabo los juicios. Y no es casualidad que esos tribunales hayan sido más exitosos desde el punto de vista práctico que la CPI, en tanto se encontraban respaldados por el Consejo de Seguridad, que tenía al menos algún tipo de interés en no crear tribunales que luego no funcionen. Creo que es claro que el Consejo de Seguridad creó tribunales que tienen más poder. Entonces, tenemos que ser cuidadosos al invertir capital político y recursos financieros en esta clase de tribunales y pensar si estamos dispuestos a aceptar la selectividad que viene de la mano con el Consejo de Seguridad con tal de que estos funcionen. Porque no estoy seguro de que la CPI vaya a poder investigar más que a funcionarios militares de nivel medio y líderes opositores.

Entonces, creo que el futuro está en manos de los juicios domésticos y –ustedes lo dijeron de la mejor manera– genuinamente creo que hay un número importante de Estados que desempeñarían un importante rol en la persecución de criminales internacionales si tuvieran la capacidad

para hacerlo. No creo que países tales como Costa de Marfil o la República Central Africana habrían recurrido a la CPI de haber habido una inversión internacional significativa para que esos países sean capaces de llevar a cabo procedimientos penales creíbles. Creo que, a pesar de los cientos de millones de euros que se han gastado en tribunales internacionales, no hay certeza respecto de si esa inversión hubiera sido más rentable de haber sido destinada a fin de que los Estados individuales puedan llevar a cabo los procedimientos penales o, por ejemplo, para establecer una corte penal africana que opere con mayor cercanía a los Estados y que sea capaz de llevar a cabo los procedimientos penales. Pero, tal como dijeron ustedes, en tanto la motivación del derecho penal internacional es perseguir a los funcionarios gubernamentales que no serán perseguidos por sus propios Estados, habrá lugar para tribunales penales internacionales, siempre y cuando exista la voluntad de hacerlos funcionar.

Por otra parte, también creo que la jurisdicción universal es parte de la respuesta. Pero creo que es una pena lo que ocurre con relación a ella. Siempre que doy clases de derecho penal internacional y llegamos al tema “jurisdicción”, comienzo la discusión diciendo: “si se quedan con algo de esta clase, quédense con el hecho de que la jurisdicción universal no es una idea controvertida. Más bien, son los usos específicos de la jurisdicción universal los que se encuentran controvertidos”. Las Convenciones de Ginebra requieren que los Estados establezcan jurisdicción universal para los crímenes de guerra y todos los países del mundo las han ratificado. Nadie discute la idea básica de que los Estados pueden perseguir estos crímenes aun cuando estos hayan sido cometidos sin ninguna conexión a ellos. El problema han sido los procesos ridículos que se han iniciado en virtud de esta base jurisdiccional. Me encantaría ver persecuciones penales contra personas como George Bush, Donald Rumsfeld y Dick Cheney. Creo que la gente estaría encantada de verlos sentados en el banquillo, pero es prácticamente imposible. Entonces creo que países como Bélgica y España han hecho daño incalculable por hacer que las personas piensen que la jurisdicción universal se trata solo de eso. Cuando de hecho la jurisdicción universal se trata, por ejemplo, de los juicios en Francia contra los responsables del genocidio en Ruanda. Creo que, de hecho, son doce o trece Estados los que en algún punto han perseguido a los genocidas de Ruanda. Nadie ha objetado estos procesos excepto quizá los abogados defensores. Esos son los juicios que son útiles.

Y creo que de eso se trata el futuro: capacitar a los Estados para que puedan llevar a cabo juicios creíbles, esperar que los tribunales internacionales funcionen de acuerdo a sus limitaciones y establecerlos solo en aquellos casos en que los Estados no pueden actuar y fomentar la jurisdicción universal. Ninguna de estas condiciones está satisfecha en el presente... pero pienso que las cosas deberían funcionar de esta manera.

LADI: ¿Debería la CPI tener un rol en iniciativas de desarrollo de capacidades locales?

Kevin Jon Heller: No, no lo creo. La Corte tiene suficiente trabajo. Creo que hay que insistir con la idea de que la complementariedad positiva también se trata de que los Estados y otras organizaciones se involucren en el desarrollo de capacidades. Sí creo que la Corte debería compartir prueba y mostrarse colaborativa con relación a la investigación de casos específicos, si el Estado que está investigando quiere tomar el mando de los procedimientos. En ese escenario, creo que la Corte debería hacer todo lo posible para que el Estado pueda lograrlo. Pero en términos de, por ejemplo, entrenar a jueces y abogados o crear programas de protección de testigos, pienso que únicamente se le puede consultar a la Corte, ya que esta tiene suficiente de qué ocuparse.

LADI: Sabemos que se desempeñó como Director de Proyectos de Derecho Penal Internacional en el “Asia Pacific Centre for Military Law” (Centro de Derecho Militar para Asia y el Pacífico). En ese marco, quisiéramos preguntarle cuál es su apreciación sobre la efectividad del proyecto en promover el respeto por el derecho internacional humanitario, así como por el derecho penal internacional.

Kevin Jon Heller: No es malo. El centro y otras instituciones similares tienen un rol modesto. Pero creo que es una manera muy útil de asegurarse que los militares y la academia no se desprendan por completo el uno del otro. Por su parte, el centro fue establecido como un proyecto conjunto entre la Escuela de Derecho de Melbourne y las fuerzas de defensa australianas. Y hemos trabajado tanto para los militares como para el gobierno. Todos los años, Gerry Simpson y yo entrenamos a los nuevos diplomáticos en el Ministerio de Relaciones Exteriores y de Comercio en Canberra, Australia, y luego vamos a Victoria Barracks en

Sídney a entrenar tenientes, capitanes, coroneles y mayores en derecho internacional humanitario. En ese sentido, creo que son iniciativas buenas. Si bien estas personas ciertamente reciben entrenamiento interno y un país como Australia toma el derecho militar en serio, es diferente aprender derecho internacional humanitario de un académico de izquierda que de un capitán. Y creo que es importante que tanto diplomáticos como soldados jóvenes sean instruidos en diferentes perspectivas del derecho internacional humanitario. Estoy a favor del entrenamiento en general. La academia tiene un rol realmente importante que desempeñar en la diseminación de conocimiento por fuera de la universidad y es una pena que sean pocos los que se comprometan con esta tarea. Aunque muchos lo hacen. Creo que el entrenamiento de jueces, fiscales, abogados defensores, soldados o funcionarios gubernamentales tiene mucho valor.

LADI: ¿Cuál fue su participación en la definición del crimen de agresión? ¿Está satisfecho con los resultados logrados en Kampala?

Kevin Jon Heller: No estuve en Kampala. Mi participación meramente consistió en aconsejar de manera informal a colegas que conformaban la delegación de Alemania y de Samoa. Las consultas versaron fundamentalmente sobre uno de los aspectos que a mí más me interesaban de la definición del crimen de agresión: el requisito del liderazgo. Y ni siquiera adoptaron el estándar que yo defendía. Tampoco creo que hayan adoptado el estándar que tenía carácter consuetudinario. En este sentido, los resultados me decepcionaron un poco. Pero teniendo en cuenta la inutilidad relativa del crimen en virtud de la definición adoptada, lo menos preocupante es el contenido del requisito del liderazgo. Honestamente, tal como pensaba Robert Jackson, estoy de acuerdo con que el derecho penal internacional no está completo sin el crimen de agresión, pero considerando que hemos tenido dificultades para perseguir la comisión de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio a nivel internacional... no creo que alguna vez vayamos a presenciar el inicio de un proceso por el crimen de agresión en la CPI, incluso luego de que las enmiendas entren en vigor. Los Estados que han adherido al régimen de agresión son solo aquellos que no van a cometer este crimen. Veo que la CPI difunde un comunicado de prensa que dice: "Maldiva ha ratificado las enmiendas sobre agresión" y me pregunto "¿realmente estábamos preocupados por Maldiva?". Que

Alemania ratifique las enmiendas es significativo, aunque tampoco creo que vaya a cometer actos de agresión. Pero el punto es si esto no terminará siendo un régimen cerrado entre Estados “no agresivos” que se protegen a ellos mismos contra la agresión. Esto es, que ni siquiera están protegidos contra aquellos Estados que sí son susceptibles de cometer esta clase de actos. Para mí, esta es la crítica fundamental. Creo que hubiera sido mejor no llevar a cabo las enmiendas si los Estados no estaban listos para someter aplicar las reglas de jurisdicción de la Corte aplicables a los otros crímenes. Si los Estados no se pueden proteger contra la agresión solo por ratificar estas enmiendas de la misma manera que no pueden protegerse contra Estados no parte de la CPI que cometen actos de agresión, nada de esto tiene sentido. Los Estados Unidos pueden cometer crímenes de guerra en Afganistán, ¿por qué no podrían cometer un acto de agresión? Realmente hubiera sido mejor no avanzar con estas enmiendas. Entiendo que quizá ello hubiera socavado las negociaciones, pero entonces los Estados deberían haber concluido que aún no era el momento indicado para definir el crimen.

LADI: ¿Cómo evalúa la legalidad de los ataques del Reino Unido en Siria desde la perspectiva jus ad bellum?

Kevin Jon Heller: Creo que el Consejo de Seguridad continúa siendo el foro apropiado para autorizar esta clase de uso de la fuerza. Creo que en este caso hay razones para pensar en un caso de legítima defensa, consentimiento y legítima defensa colectiva. Y si bien acepto el hecho de que podemos estar moviéndonos hacia una era donde *unwilling or unable* sea el estándar, no creo eso sea así al día de hoy. Entiendo el atractivo, por no decir la legalidad, de la aplicar el estándar *unwilling or unable* en aquellas situaciones donde literalmente no hay otra forma de lidiar con una amenaza legítima que no sea violar la soberanía de un país. No porque esto sea legal, pero lo entiendo, en tanto es una situación en la que se ha hecho absolutamente todo lo posible para encontrar una solución que no atente contra la soberanía estatal. Y lo que me molesta particularmente de Siria es que Assad no se marchará a ninguna parte. Tenemos que aceptar eso. Me encantaría que deje de ser la cabeza del gobierno sirio, pero no va a perder la guerra, menos mientras Rusia e Irán lo estén apoyando. A pesar de ello, los Estados Unidos, y creo que esto también aplica al Reino Unido, simplemente dicen: “no queremos que Siria consienta nuestros ataques aéreos en su territorio”. Esto es, no

quieren hacer nada que pueda legitimar a Assad a los ojos del mundo. Para mí, Siria no cumple con el estándar *unwilling or unable*. Simplemente no quieren actuar. Los países como Estados Unidos o Reino Unido no quieren que los sirios tengan la voluntad o la capacidad de hacer algo al respecto. No están dispuestos a aceptar un sí por parte de Siria. Entonces, si vamos a decir que se configura una situación de *unwilling or unable*, que sea una en la que no haya posibilidad alguna de que el Estado involucrado haga algo para enfrentar la amenaza terrorista. Y este no pareciera ser el caso con Siria.

Esta entrevista fue realizada por Francisco José Quintana y Justina Uriburu en la Escuela de Estudios Orientales y Africanos (SOAS) en Londres, Reino Unido. La entrevista fue realizada en inglés, desgrabada y traducida al español.
