

La jurisdicción penal internacional y el Tribunal de La Haya¹

Danilo Zolo

Università degli Studi di Firenze

Vae victis: de Versailles a Tokio

En el plano internacional, desde la epopeya napoleónica hasta fines de la segunda guerra mundial, las instituciones internacionales jamás han practicado la represión penal de los comportamientos individuales. Además, los individuos no eran ni siquiera considerados sujetos del ordenamiento jurídico internacional. Las Cortes de Justicia Internacionales nunca han sido titulares de una jurisdicción obligatoria ni siquiera respecto de los Estados y siempre han desarrollado funciones marginales. A los fines de tutelar la paz y de garantizar el orden mundial las grandes potencias siempre han usado la fuerza político-militar y la diplomacia, no los instrumentos judiciales. Esto puede ser dicho con referencia a la Santa Alianza, a la Sociedad de las Naciones o, finalmente, respecto a las Naciones Unidas.

Otro tanto se puede decir respecto a la tradición filosófica del pacifismo europeo: desde Erasmo a Hugo Grozio, a Emiric Crucé, a Duca di Sully, a William Penn, al abate de

Saint Pierre, a Rousseau, al celeberrimo Zum ewigen Frieden de Kant. El proyecto utópico de un mundo estable y universalmente pacífico había puesto en el centro el problema de la organización política de las relaciones entre los Estados y entre los pueblos, sin consideración alguna de las posibilidades ofrecidas por los aparatos judiciales internacionales que fuesen competentes para juzgar a los individuos.

Recién en los primeros decenios del Novecientos emerge dentro de la cultura anglosajona la idea de que sería útil experimentar la función judicial también en la arena internacional. La prueba general de este cambio de dirección es la incriminación (acusación), a fines de la primera guerra mundial, del Kaiser Guillermo II de Hohenzollern como criminal de guerra. El Tratado de Versailles declaraba a Guillermo II responsable de “ultraje supremo a la moral internacional y a la santidad de los tratados”. Y prescribía que fuese procesado, junto con algunos altos exponentes

¹ Traducción de Gabriela Spatari (Universidad de Buenos Aires).

políticos y militares alemanes, ante una Corte internacional compuesta por cinco jueces, cada uno perteneciente a una de las cinco potencias de la Alianza (Gran Bretaña, Estados Unidos, Francia, Italia y Japón). Otros artículos del Tratado imponían a Alemania la obligación de consignar aproximadamente novecientas personalidades, indicadas en listas *ad hoc*, acusadas de haber violado leyes y costumbres de guerra, para que también fuesen procesadas.

El proceso al Kaiser Guillermo II y a sus colaboradores nunca fue celebrado, debido a que Holanda, lugar donde el Kaiser se había refugiado, no concedió la extradición. Por su parte, el gobierno alemán se negó a consignar las novecientas personalidades señaladas y se declaró dispuesto a procesarlas en su patria, ante la Corte Suprema del Reich de Lipsia, y así ocurrió con el consenso de las potencias vencedoras. El proceso tuvo sólo seis imputados y concluyó con cuatro condenas leves. Pese a este resultado exiguo, el hecho en sí tuvo una consecuencia normativa relevante: fue creado un antecedente que convertía en obsoleto el artículo tercero de la cuarta Convención de La Haya de 1907, según el cual “sólo los Estados” –y por lo tanto no los individuos– podían ser llamados a responder por las violaciones al derecho de guerra.²

Como es sabido, el comienzo real del “internacionalismo judicial” coincide con la creación, entre 1945 y 1946, de los Tribunales de Nuremberg y de Tokyo.

² Véase S. Lener, *Dal mancato giudizio del Kaiser al processo di Norimberga*, ‘Civiltà Cattolica’, 97 (1946), 1; A.-M. de Zayas, *Il processo di Norimberga davanti al Tribunale militare internazionale*, in A. Demandt (bajo su dirección), *Macht und Recht. Große Prozesse in der Geschichte*, Oscar Beck, München 1990, trad. it. *Processare il nemico*, Einaudi, Torino, 1996.

* Tribunal Militar Internacional para el Este Lejano.

³ Cfr. H. Kelsen, *Peace through Law*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill 1944, pp. 13-5.

La creación de los dos tribunales penales había sido anticipada, en el plano teórico, por el célebre manifiesto de Hans Kelsen, “Peace Through Law”, de 1944. Kelsen había concebido una estrategia institucional para el alcance de la paz, tomando de Kant ya sea el ideal de la “paz perpetua”, el modelo federal, o la idea de “derecho cosmopolítico”. Consideraba que en la situación reinante, luego de la segunda guerra mundial, su proyecto de una “liga permanente para el mantenimiento de la paz” tendría posibilidades de ser aceptado por las grandes potencias. El proyecto incorporaba al viejo modelo de la Sociedad de las Naciones una importante novedad: atribuía un rol central a las funciones judiciales respecto de aquellas ejecutivas y legislativas³.

La razón principal del fracaso de la Sociedad de las Naciones radicaba en el hecho, según Kelsen, de que en el vértice de sus poderes se había creado un Consejo, es decir una suerte de gobierno internacional, y no una Corte de Justicia. Según Kelsen, esto constituía un “grave error de construcción” porque la principal laguna del ordenamiento internacional estaba dada justamente por la ausencia de una autoridad judicial. La paz habría sido asegurada sólo por una Corte de Justicia competente para dirimir de modo imparcial las controversias internacionales⁴.

Un segundo punto preocupaba mucho a Kelsen: era necesario establecer la responsabilidad penal individual de quien, habiendo desarrollado actividades de gobierno,

⁴ Kelsen no oculta que la dificultad más grave nace de la exigencia de dar vida a una fuerza de policía internacional, distinta e independiente de las fuerzas armadas de los Estados que apliquen coercitivamente las sentencias de la Corte. Es también realista, piensa Kelsen, reenviar a un segundo tiempo la organización de una fuerza de policía internacional e iniciar inmediatamente con la simple institución de la Corte (véase, H. Kelsen, *Law and Peace in International Relations*, Harvard University Press, Cambridge (Mass) 1948, pp. 145-68).

hubiese recurrido a la guerra en violación del derecho internacional. La Corte tendría que haber sometido a proceso a cada ciudadano responsable de los crímenes de guerra y los Estados haberlos puesto a su disposición.⁵ No obstante estas premisas, en “Peace through Law” Kelsen había criticado duramente a las Potencias Aliadas por el propósito –por ellas sostenido en distintas oportunidades entre 1942 y 1943– de dar vida a un Tribunal penal internacional que habría estado compuesto por jueces pertenecientes a las naciones vencedoras y que habría juzgado a los criminales nazis.⁶

Ésta fue efectivamente la estructura que las potencias que surgieron victoriosas de la guerra atribuyeron al Tribunal de Nuremberg en el acuerdo de Londres del 6 de agosto de 1945, suscripto exactamente dos días después del bombardeo atómico a Hiroshima y tres días antes del bombardeo atómico a Nagasaki. La misma estructura, con variantes de escasa importancia, fue también conferida un año después al Internacional Military Tribunal por el Far East, con sede en Tokio.⁷ La Corte de Nuremberg, es notorio, estaba compuesta de jueces americanos, ingleses, franceses y soviéticos y procesó a veintidós personalidades de la Alemania de-

rrotada. El proceso se inició en noviembre de 1945 y finalizó después de aproximadamente un año con tres absoluciones, diversas condenas privativas de libertad (cárcel) y diez condenas a muerte, que fueron inmediatamente ejecutadas.⁸

Después de la finalización del proceso Kelsen desarrolló sus argumentaciones críticas en un importante ensayo, “Will the judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, dedicado a un examen analítico del procedimiento y de las decisiones adoptadas en el proceso de Nuremberg. En su ensayo Kelsen excluye que el proceso y la sentencia de Nuremberg puedan tener el valor de un precedente judicial: “Si los principios aplicados en el juicio de Nuremberg debiesen ser considerados como un precedente, entonces al finalizar una próxima guerra los gobiernos de los Estados victoriosos enjuiciarían a los miembros de los Estados derrotados por haber cometido delitos definidos como tales unilateralmente y con fuerza retroactiva por los vencedores. Es de esperar que esto no suceda.”⁹

La punición (el castigo) de los criminales de guerra debería ser un acto de justicia y no la prosecución de las hostilidades de manera aparentemente judicial, en realidad inspira-

⁵ Cfr. H. Kelsen, *Peace through Law*, op. cit., pp. 87-8 y pp. 71 ss.

⁶ Cfr. H. Kelsen, *Peace through Law*, cit., pp. 88 ss. Es notorio que el primer ministro británico Winston Churchill prefiera en lugar de la organización de un tribunal internacional, la ejecución sumaria de los otros jerarcas nazis.

⁷ El proceso de Tokyo, que se prolongó durante dos años más, se desarrolló frente a una Corte compuesta por once jueces de diversos países, designados por el comandante supremo de las fuerzas aliadas, general Mc Artur. Los imputados fueron veintiocho. Ninguno de ellos fue absuelto y siete fueron ajusticiados. Véase: B.V.A. Röling, C.F. Rüter (a cura di), *The Tokyo Judgment*, APA-University Press Amsterdam, Amsterdam 1977. Cassese, *The Tokyo Trial and Beyond*, Polity Press, Cambridge 1993.

⁸ Acerca del Tribunal de Nuremberg existe una amplia literatura. Véase, por ejemplo, otras obras además de las citadas: T. Taylor, *The Anatomy of Nuremberg Trials*, Knopf, New York, 1992, trad. it. Rizzoli, Milano, 1993; M. Biddis, *The Nuremberg Trial and the Third Reich*, Longman, London, 1993; C. Ginsburg, V. N. Kudriatsev (bajo su dirección), *The Nuremberg Trial and International Law*, Kluwer, Dordrecht, 1990; S. Clark, *Nuremberg and Tokyo in Contemporary Perspective*, in T.L.H. Mc Cormack, G. J. Simpson (bajo su dirección), *The Law of War Crimes*, Kluwer Law International, The Hague, 1997.

⁹ Cfr. H. Kelsen, *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, ‘The International Law Quarterly’, 1 (1947), 2, p. 115.

dos en un deseo de venganza. Para Kelsen era un hecho incompatible con la función judicial que sólo los Estados derrotados hubieran sido obligados a sujetar a sus propios ciudadanos a la jurisdicción de una corte penal, para más en violación al principio de “*nullum crimen sine lege*”, que prohíbe la retroactividad de la ley penal.¹⁰ Aun los Estados victoriosos tendrían que haber aceptado que sus propios ciudadanos, responsables de crímenes de guerra, fueran procesados por una corte internacional. Y ésta debería haber sido una verdadera corte internacional, es decir, una corte independiente, imparcial y con una jurisdicción amplia y no un tribunal de ocupación militar con una competencia fuertemente selectiva. Y no existían dudas para Kelsen de que también las potencias aliadas habían violado el derecho internacional. Sólo si las potencias vencedoras se hubieran sometido a sí mismas a la misma ley que entendían aplicar a los estados derrotados, señalaba Kelsen, habrían preservado la naturaleza jurídica, es decir la generalidad y la abstracción de las normas punitivas y se habría honrado la idea misma de justicia penal internacional.¹¹

Pese a estas críticas –a las que se unieron más tarde las de Hannah Arendt, de Bert Röling y de Hedley Bull–¹² la Asamblea Ge-

neral de las Naciones Unidas en diciembre de 1946 sorprendentemente reconoció la sentencia de Nuremberg como vinculante para el derecho internacional general y encargó a la Comisión para el Derecho Internacional extraer de la sentencia algunos principios normativos –algunas “*rationes decidendi*”, se podría decir–, de modo que funcionaran como precedentes para el futuro: entre éstos el principio de la responsabilidad personal por los crímenes de guerra y el de la no inmunidad por haber cumplido órdenes superiores. Por decenios estos principios no fueron aplicados en momento alguno hasta la constitución de los nuevos Tribunales Penales Internacionales de los años noventa del siglo pasado. El solo intento de asumir (aceptar) el proceso de Nuremberg como un precedente judicial fue inútilmente llevado a cabo en agosto de 1949 por Etiopía, que requirió a Italia la extradición de los mariscales Pietro Badoglio y Rodolfo Graziani como criminales de guerra. Etiopía pretendía someterlos al juicio de un tribunal internacional, compuesto en su mayoría de jueces no etíopes, que habría seguido los principios y los procedimientos adoptados por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg.¹³

También el proceso de Tokio fue criticado muy severamente –críticas mucho más seve-

¹⁰ Acerca de la violación del principio de la irretroactividad de la ley penal por parte del Tribunal de Nuremberg Kelsen asume una posición más bien ambigua. Sostiene que, aun en ausencia de una norma internacional positiva, los criminales nazis no podían desconocer la inmoralidad de su conducta y por lo tanto “la retroactividad de la ley por ellos aplicada no puede ser considerada como absolutamente incompatible con la justicia” (H. Kelsen, *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, op. cit., p. 110).

¹¹ Cfr. H. Kelsen, *Peace through Law*, op. cit., pp. 110-15. Kelsen sostenía que la Unión Soviética, invadiendo a Polonia e iniciando la guerra con Japón, habría cometido crímenes de guerra punibles por un Tribunal internacional.

¹² Cfr. H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, The Viking Press, New York 1963, trad. it. *La banalidad del male*, Feltrinelli, Milano 1964, p. 263. Bert Röling sostuvo que los procesos internacionales de posguerra fueron utilizados por los vencedores a los fines propagandísticos y para ocultar sus propios errores; cfr. B.V.A. Röling, *The Nuremberg and the Tokyo Trials in Retrospect*, in C. Bassiouni, U.P. Nanda (bajo su dirección), *A Treatise on International Criminal Law*, Charles C. Thomas, Springfield 1973. Por su parte, Hedley Bull (*The Anarchical Society*, Macmillan, London 1977, p. 89) ha sostenido que la función simbólica de los procesos fue opacada por el carácter selectivo de sus pronunciamientos. Véase: R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Napoli 1974.

ras que las que se hicieron a la experiencia de Nuremberg—, relativas en particular a los procedimientos deliberativos adoptados, a la garantía de la defensa, a la preparación profesional de los jueces, a los clamorosos disensos expuestos entre los miembros de la corte que, sin embargo, no impidieron que las condenas a muerte fueran dictadas con mayoría simple de los jueces presentes.¹⁴ La opinión pública japonesa percibió el proceso como una parodia judicial que —a la par de los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki— satisfizo el deseo de venganza de los Estados Unidos respecto al traicionero ataque naval por ellos sufrido en Pearl Harbor en 1941. Desde tal punto de vista los siete japoneses ajusticiados por el Tribunal de Tokio se agregaron a los cientos de miles de víctimas de los bombardeos atómicos. Desde 1978 a los siete condenados a muerte se les tributan en el templo de Yasukuni los honores reservados a los mártires de la patria japonesa.

La capacidad de disuasión de los proce-

dos “internacionales” de Nuremberg y de Tokio se reveló como prácticamente nula, no superior a aquella del proceso de Lipsia de 1921. Y lo mismo se puede decir con respecto a los tantos otros procesos organizados por los Estados Unidos en Nuremberg entre 1946 y 1949 y en diversas sedes, por las otras potencias aliadas, en particular por Gran Bretaña y Australia, que en conjunto organizaron poco menos de un millar.

En la segunda mitad del siglo las deportaciones, las atrocidades, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y los genocidios no lograron ser disminuidos: es más, si tenemos que dar crédito a los informes de Amnesty International, las violaciones a los derechos fundamentales de los hombres y de las mujeres aumentan constantemente. Y numerosas guerras de agresión, impunemente conducidas aún por Estados que habían dado vida a los procesos de Nuremberg y de Tokio, han provocado cientos de miles de víctimas.

Una anómala asociación judicial

A una distancia de casi cincuenta años de la experiencia de los tribunales de Nuremberg y de Tokio, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue instituido en 1993 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el marco del capítulo séptimo de la Carta. El deber del Tribunal, como hemos vis-

to, es el de perseguir personas que hayan sido responsables de graves violaciones al derecho internacional humanitario, cometidas dentro del territorio de la ex Yugoslavia a partir de enero de 1991.¹⁵

Como el tribunal gemelo —la International Criminal Tribunal para Rwanda, con sede en Arusha,

¹³ Cfr. C. Miglioli, *La sanzione nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano 1951, p. 69.

¹⁴ Los miembros de la Corte eran once, pero el Tribunal se reunía válidamente cuando estaban presentes al menos seis miembros y la decisión, comprendidas las condenas a muerte, eran tomadas por la mayoría simple. Si cinco miembros de los once hubiesen estado ausentes, una condena a muerte aun habría podido ser deliberada por sólo tres jueces, con el voto decisivo del presidente.

¹⁵ Sobre los aspectos jurídicos y funcionales del Tribunal de La Haya véase: P. Burns, *An International Criminal Tribunal: The Difficult Union of Principles and Politics*, in S. Clark, M. Sann, (a cura di), *The Prosecutions of International Crimes*, Transaction Publishers, New Brunswick 1996, pp. 125-64; C. Bassiouni, O. Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publisher, Irvington and Hudson 1996; M. Pellet, *Le Tribunal criminel international pour l'ex-*

en Tanzania, instituido en 1994—¹⁶ el Tribunal de La Haya para la ex Yugoslavia se diferencia profundamente de los tribunales penales internacionales de pos guerra. No es, ante todo, un tribunal militar y no ha sido organizado por las potencias vencedoras de una guerra para procesar a los enemigos derrotados. El imperativo *nemo iudex in causa sua*, ha sido polémicamente opuesto a los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, pareciera dejar indemne al Tribunal de La Haya que, *prima facie*, no manifiesta ningún prejuicio punitivo contra los imputados, sean éstos serbios, croatas, musulmanes, bosnios o miembros de otras etnias balcánicas. Su compromiso formal, expresado en el artículo 16 del Estatuto que define los derechos y los deberes de su Procuración, es el de operar en total independencia respecto de cualquier gobierno o fuente de poder, poniendo el instrumento penal al servicio exclusivo de la tutela de los derechos humanos y de la paz.¹⁷

El intento oficialmente perseguido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Uni-

das en dar vida a este Tribunal pareciera haber sido el de servir intereses generales: la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la ex Yugoslavia y la promoción de la paz en toda el área balcánica devastada por sangrientos conflictos de carácter étnico. No por casualidad, se ha sostenido, que el Consejo de Seguridad instituyó el Tribunal con un acto autoritario, en virtud de los poderes que le otorgaban las normas del capítulo séptimo de la Carta: poderes de intervención frente a amenazas contra la paz o a violaciones de la paz.

Justamente aquí surgen las dudas y se aglomeran las objeciones teóricas y políticas. Está, ante todo, el problema de la legalidad internacional del Tribunal, como ha subrayado con particular energía Gaetano Arangio-Ruiz al polemizar con la doctrina de los “poderes implícitos” del Consejo de Seguridad.¹⁸ Podríamos preguntarnos si entre los poderes del Consejo se podría incluir el de imponer su autoridad a algunos Estados soberanos del área balcánica: una drástica limitación de su

Yugoslavie: poudre aux yeux ou avancée décisive?, ‘Revue General de Droit General Public’, 7 (1994); M.C. Vitucci *Il Tribunale ad hoc per la ex-Jugoslavia*, Giuffrè, Milano 1998. Para información, documentación, ulteriores bibliografías acerca del Tribunal de La Haya se puede consultar el sitio de Internet de las Naciones Unidas: <<http://www.un.org/icty>>.

¹⁶ El Tribunal por Ruanda es una suerte de “gemelo siamés” del Tribunal de La Haya porque tiene en común la oficina del procurador general y la Cámara de Apelación. Su operatividad y eficacia se ha revelado como prácticamente nula y a fines de 1999 su crisis se agravó posteriormente (cfr. I. Fisher, *Rwanda-Genocide Court Delays Release of Suspect*, “International Herald Tribune”, 29 de noviembre 1999, p. 4; I. Fisher, *Order to Telese Suspect Puts Court in a Bind*, “International Herald Tribune”, 20 diciembre 1999, p. 2). Véase en general: D. Shraga, R. Zacklin, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, “European Journal for International Law”, 7 (1996), 4, pp. 501-18; G. Cataldi, *Il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e la questione del Ruanda*, in P. Picone (a cura di), *Interventi delle*

Nazioni Unite e diritto internazionale, cit., pp. 445-61; I. Bottigliero, *Il rapporto della commissione di esperti sul Ruanda e l’istituzione di un tribunale internazionale penale*, “La comunità internazionale”, 4 (1994), 4, pp. 760-8.

¹⁷ El artículo 16, inciso 2, del Estatuto del Tribunal de La Haya dice: “The Prosecutor shall act independently as a separate organ of the International Tribunal. He or she shall not seek or receive instructions from any Government or from any other source”.

¹⁸ Véase G. Arangio-Ruiz, *The Establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Territory of Yugoslavia and the Doctrine of the Implied Powers of the United Nations*, in F. Lattanzi, E. Sciso (bajo su dirección), *Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc ad una Corte Permanente*, Editoriale Scientifica, Napoli 1995; A. Bernardini, *Il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia*, “I diritti dell’uomo”, 21 (1993), pp. 15-25; P. Palchetti, *Il potere del Consiglio di Sicurezza di istituire il Tribunale Penale Internazionale*, “Rivista di diritto internazionale”, 79 (1996), 2, pp. 143 ss.

jurisdicción penal. Frente a las refutaciones de los defensores de los imputados –es célebre el caso Dusko Tadic– el Tribunal de La Haya se autoinvestió de la competencia de juzgar el fundamento legal de la propia autoridad, llegando, como era fácilmente previsible, a una respuesta afirmativa.¹⁹

Se puede sostener, en general, que la Carta de las Naciones Unidas no atribuye –y no podía atribuir– al Consejo de Seguridad el poder de instituir a los “Tribunales Especiales” para la tutela de los derechos del hombre: la misma naturaleza especial de un Tribunal penal y el carácter retroactivo de sus sanciones contradicen la doctrina de los derechos del hombre y del “rule of law”: estas doctrinas exigen ante todo el respeto del principio “nullum crimen sine lege”. Y prescriben que todos sean sometidos a la jurisdicción de cortes ordinarias, según el criterio del “juez natural”.

Tenemos, en segundo lugar, el problema de la autonomía del Tribunal.²⁰ Es singular que un órgano político-militar como el Consejo de Seguridad se haya atribuido –a cincuenta años de la infeliz experiencia de los Tribunales de Nuremberg y de Tokyo– el poder de crear un órgano judicial internacional sin que ni siquiera se hubiera intentado la vía del acuerdo o del Tratado multilateral. Por esta vía de los pactos probablemente habría sido posible involucrar también a los Estados cuyos tribunales internos debían ser sometidos a la primacía del tribunal internacional. Y no puede no aparecer como una grave incongruencia normativa y funcional el hecho de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas haya instalado un órgano judicial invistiéndolo –en base a la referencia que se hace al capítu-

lo séptimo de la carta– del deber de promover la paz en los territorios de la ex Yugoslavia, superponiendo así una extrínseca finalidad política a su actividad jurisdiccional.

No debe subestimarse la posibilidad de que de tal manera el Tribunal Internacional termine por operar como una suerte de órgano subsidiario del Consejo de Seguridad. Y el Consejo de Seguridad no puede por cierto ser considerado como un órgano imparcial o de vocación universalística, sometido como está a la hegemonía de sus cinco miembros permanentes y a su poder de veto. Para terminar nos podemos preguntar –éste es el punto crucial– si la autonomía del Tribunal no está expuesta a graves riesgos, sobre todo en lo que respecta a la actividad de los procuradores generales, cuyo nombramiento depende directamente del Consejo de Seguridad. La vinculación institucional con el Consejo corre el riesgo de subordinar la iniciativa del Tribunal a las expectativas políticas de las grandes potencias occidentales –en particular, de los Estados Unidos– que controlan de hecho y de derecho al Consejo de Seguridad. No es una excepción, podría agregarse, que los Estados Unidos hayan promovido fuertemente la institución del Tribunal y que el presidente Bill Clinton y la Secretaria de Estado Madelaine Albright se hayan empeñado activamente, como veremos, en proveer al Tribunal de notorios (considerables, ingentes) financiamientos. Y esto contrasta con la conocida resistencia de la super potencia americana de mantener compromisos financieros que beneficien a las Naciones Unidas. No parecería estar equivocado Aldo Bernardini cuando sostenía que “*La institu-*

¹⁹ De este modo el Tribunal se había arrogado la competencia de ejercitar un control de legalidad sobre las decisiones del Consejo de Seguridad; cfr. J.E. Alvarez, *Nuremberg Revisited: The Tadic Case*, “European Journal of International Law”, 7 (1996), 2, pp. 245-64; C. Greenwood, *International Humanita-*

rian Law and the Tadic Case, ivi, pp. 265-83; B. Conforti, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 1997, pp. 401-2.

²⁰ Sobre el tema véase A. Perduca, *Il Tribunale per i crimini nella ex Jugoslavia: giustizia sul filo della cooperazione*, “Guida al diritto” (1999), 17, pp. 9-11.

*ción del Tribunal aparece censurable en cuanto mide ad hoc, retroactiva, inédita y claramente orientada –en el complejo de las medidas adoptadas por las Naciones Unidas– contra ciertas partes de los conflictos yugoslavos y en tutelar situaciones cuya impuesta artificialidad es una de las causas principales de la tragedia en acto.”*²¹

Pero el tema de la autonomía del Tribunal de La Haya se torna aún más grave si se examinan sus relaciones con la autoridad política y militar de la OTAN. El Estatuto del Tribunal no contiene ninguna indicación relativa a las fuerzas de policía judicial de las cuales sus cortes y sobre todo la procuración general deberían servirse: la sola prescripción, contenida en el artículo 29, es la obligación de todos los Estados miembros de las Naciones Unidas de colaborar con el tribunal y de observar sus órdenes. Esta singular laguna fue colmada rápidamente, y no podía no serlo si debían cumplirse los deberes de investigación territorial y de ejecución forzosa que incumbían al Tribunal. Ha ocurrido, efectivamente, que a partir de los últimos años de la guerra de Bosnia se ha instaurado una costumbre –fuera de toda previsión normativa– de estrecha y sistemática colaboración judicial entre la Procuración General del Tribunal y las fuerzas de la OTAN presentes en los territorios de la ex Yugoslavia. Los militares de los contingentes IFOR* y SFOR* de la OTAN han desarrollado la función de policía judicial que el Estatuto del Tribunal había extrañamente ignorado, cumpliendo actividades investigativas, buscando a las personas

incriminadas y procediendo *manu militari* a su arresto por cuenta del Tribunal.

No es el caso de insistir sobre la aclamada anomalía jurídico-institucional de tal colaboración, si se tiene presente que la OTAN, como he sostenido, no es asimilable, en cuanto alianza político-militar de parte, ni a una de las “organizaciones regionales” previstas por el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, ni a una policía de estado, ni finalmente a un órgano de policía internacional. La misma es un cuerpo heterogéneo respecto a los deberes y a las finalidades de las Naciones Unidas y, aún más, respecto de un órgano judicial cuya principal connotación debería ser la autonomía y la imparcialidad política.

Esta anómala colaboración devino en auténtica sinergia institucional cuando la presidencia del Tribunal de La Haya fue asumida por la estadounidense Gabrielle Kirk McDonald y el cargo de procurador general fue desempeñado por la canadiense Louise Arbour. Esta última no ha callado nunca, en sus frecuentes intervenciones periodísticas, su plena adhesión a los objetivos políticos de las potencias occidentales y su hostilidad respecto del gobierno yugoslavo.²² La sinergia, como veremos –y es éste el aspecto más desconcertante–, ha continuado, y aun se ha intensificado, después del ataque de la OTAN contra la Federación Yugoslava en violación a la carta de las Naciones Unidas. Se ha configurado de esta forma, con la intervención de Madelaine Albright, un auténtico “acuerdo humanitario” entre la balanza de la justicia y la espada de la OTAN.

²¹ Cfr. A. Bernardini, *Il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia*, op. cit., p. 21.

* IFOR: como consecuencia del Acuerdo de Dayton (suscripto en Dayton-Ohio en diciembre de 1995 y ratificado en París), se transfieren las Fuerzas de Protección de las Naciones Unidas (UNPROFOR) a la OTAN. (Res. 1031 del Consejo de Seguridad).

* SFOR: Fuerza más reducida de Estabilización, bajo la dirección de OTAN.

²² Cfr. L. Arbour, *Così porterò alla sbarra tutti i boia di Milosevic*, op. cit., p. 11. Nótese que el título de la entrevista fue puesto entre comillas en el original. Esto permite atribuir a la entrevistada –no al entrevistador o a la redacción del periódico– la afirmación que oficia de título a la entrevista.

Una presunción de inocencia humanitaria

Durante los 78 días de la guerra por Kosovo el Tribunal de La Haya ha ofrecido amplias demostraciones de su coincidencia política con los puntos de vista y las expectativas de las potencias occidentales en guerra contra la Federación Yugoslava. Ha dado sobre todo prueba de un prejuicio positivo acordando con las autoridades políticas y militares de la OTAN una presunción de “inocencia humanitaria”. Frente a comportamientos notoriamente contrarios al derecho internacional de guerra –y a numerosas y autorizadas denuncias– la Procuración del Tribunal no encaminó ninguna investigación respecto de los comandos de la OTAN ni, con mayor razón, inició ningún procedimiento respecto de los miembros de la Alianza.

En abril de 1999, mientras desde hacía más de un mes estaban en curso los ataques aéreos de la OTAN contra la Federación Yugoslava, se celebró en Ginebra la 55ª sesión de la Comisión de las Naciones Unidas por los Derechos del Hombre. En el transcurso de la reunión la irlandesa Mary Robinson, Alto Comisario de las Naciones Unidas para los Derechos del Hombre, denuncia tanto la “limpieza étnica” puesta en acto por los serbios en Kosovo, como a los bombardeos de la OTAN en Yugoslavia. Según su parecer, el Consejo de Seguridad debe evaluar si la campaña militar de la OTAN es acorde a los principios de legalidad de la Carta de las Naciones Unidas, y debe pronunciarse al respecto. Se puede efectivamente sostener que las víctimas civiles de los bombardeos de la

OTAN han sufrido una grave violación de sus derechos humanos, y el Tribunal de La Haya, sostiene Robinson, tiene la obligación de examinar los comportamientos de los miembros de UCK* y de los miembros de la OTAN, y no sólo aquellos de las milicias serbias. A su parecer la OTAN no puede ser considerada el único juez competente para decidir cuáles objetivos civiles pueden ser legítimamente golpeados en el curso de los ataques aéreos contra Yugoslavia y cuáles deben ser evitados.²³ Una semana después, mientras los bombardeos de la OTAN continuaban, el diplomático brasileño Sergio Viera de Mello guía una delegación de las Naciones Unidas en los territorios de Serbia y de Kosovo. En una multitudinaria conferencia de prensa en Belgrado de Mello denuncia el “desastre humanitario” provocado por los bombardeos de la OTAN y declara que en Kosovo los milicianos del UCK, y no sólo los serbios, habían cometido graves violaciones y sometimientos.²⁴

La guerra continúa, y no obstante pese a estas denuncias la Procuración del Tribunal de La Haya no inicia ninguna investigación para determinar la legalidad de la conducta bélica de la OTAN y del UCK. El procurador general, Louise Arbour, se limita a declarar que las autoridades de la OTAN no se opondrían a una iniciativa del Tribunal “en el caso que se debiera indagar sobre los ataques mal dirigidos, o sobre un número desproporcionado de víctimas o sobre comportamientos no acordes con la Convención de Ginebra”.²⁵

*UCK: Ejército de Liberación de Kosovo, movimiento nacionalista y separatista albanés.

²³ Cfr. M. Robinson, *Report on the Human Rights Situation Involving Kosovo* (30 aprile 1999), <http://www.unhchr.ch/html/menu2/5/kosovo/kosovo_main.htm>.

²⁴ Cfr. P. Sansonetti, *In Kosovo devastazione sistematica*, “l’Unità”, 27 de mayo, 1999, p. 12.

²⁵ Cfr. L. Arbour, *Così porterò alla sbarra tutti i boia di Milosevic*, op. cit., p. 11.

Y así, implícitamente, Arbour afirma no considerar que esto ya haya sucedido y admite que ninguna actividad investigativa ha sido iniciada o está por ser iniciada. La guerra concluye el 10 de junio de 1999 sin que se registre ninguna intervención de la Procuración del Tribunal que no sea por encargo de la Federación Yugoslava y pese a que una serie de denuncias legales fueron elevadas al Tribunal para pedir la condena de los jefes de estado y de los jefes de gobierno de diecinueve países de la OTAN.

Recién a fines de diciembre de 1999, después de aproximadamente seis meses de la finalización de la guerra, cuando ya Louise Arbour había sido sustituida por la suiza Carla del Ponte en el cargo de procurador general y Gabrielle Kirk McDonald estaba por dejar la presidencia del Tribunal en las manos del francés Claude Jorda, se filtra una noticia que parece aludir a un cambio importante. En realidad, se trata de bien poca cosa: el porta voz de la procuración, Paul Riley, informa a los periodistas que existe una denuncia contra los responsables políticos y militares de la OTAN realizada a principios de junio (aproximadamente seis meses antes) por algunos autorizados juristas occidentales, entre ellos Michael Mandel, David Jacobs y Alejandro Teitelbaum. A esta denuncia se ha agregado un reciente informe sobre los crímenes de guerra atribuidos a la OTAN, presentado por una delegación de parlamentarios rusos. La nueva titular de la Procuración hace saber que no ha decidido todavía si archivar la denuncia por falta de fundamentación manifies-

ta o iniciar una “investigación formal”.²⁶ En esta última hipótesis se asistiría por primera vez a una investigación judicial contra altos exponentes políticos y militares de la OTAN, incluidas las máximas autoridades de la administración de los Estados Unidos (que, como recordó Cassese, nunca han aceptado que sus propios militares fueran juzgados por tribunales extranjeros). Se trata de una hipótesis altamente improbable porque, como escribe Charles Trueheart, autorizado corresponsal del Washington Post, “*El hecho de que el Tribunal haya confiado hasta ahora en las estructuras y las actividades militares de las potencias occidentales convierte en improbable que cualquier Procurador de dicho Tribunal decida colocarse en contra de sus principales fuentes de inteligencia y contra quien ha colaborado ampliamente en el arresto de las personas inculadas*”.²⁷

Christopher Black, que forma parte del grupo de juristas canadienses que han colaborado en denunciar a las autoridades de la OTAN ante el Tribunal de La Haya, documentó con particular atención las relaciones entre la Procuración del Tribunal y la autoridad política y militar de la OTAN: “*En los primeros meses de 1996 el Procurador General del Tribunal se había reunido con el Secretario General de la OTAN y con el Supremo Comando Aliado en Europa para ‘establecer contactos e iniciar discusiones acerca de las modalidades de cooperación y de asistencia’ entre la OTAN y la Procuración. El 9 de mayo del mismo año se*

²⁶ Cfr. C.B., *L'Aja, Mosca contro la Nato*, “Corriere della Sera”, 30 de diciembre, 1999, p. 15; R. Bultrini, *Kosovo, indagine sui piloti Nato*, “La Repubblica”, 29 de diciembre, 1999, p. 20; C. Trueheart, *Tribunal Reviews Anti-NATO Charges*, “International Herald Tribune”, 20 de enero, 2000, p. 1. Antonio Cassese, en una entrevista concedida luego de su renuncia al

Tribunal de La Haya, admite que en relación con los crímenes atribuibles a los pilotos de la Otan “una investigación sería necesaria” (cfr. *Noi, giudici di guerra sconfitti dall'odio etnico*, a cura di N. Lombardozzi, ‘la Repubblica’, 26 marzo de 2000, p. 17).
²⁷ Cfr. C. Trueheart, *Tribunal Reviews Anti-NATO Charges*, op. cit., p. 1.

había suscripto un memorando de entendimiento entre la Procuración y el Cuartel General Supremo de la OTAN en Europa. En el memorando se precisaban los aspectos prácticos de la asistencia de la OTAN a favor de la Procuración y de la entrega al Tribunal de los imputados arrestados por los contingentes operantes en la ex Yugoslavia. Al primer encuentro le siguieron otros, incluso uno directamente con el general Wesley Clark."²⁸

En realidad, que las denuncias de los juristas norteamericanos y de los parlamentarios rusos no hayan sido "manifiestamente infundadas" habría sido reconocido sin ningún esfuerzo por parte de cualquier procuración judicial internacional mínimamente independiente y neutral. La misma habría iniciado espontáneamente las investigaciones e incriminado a los responsables anticipando las denuncias provenientes de fuentes externas. A partir de los primeros días de la guerra, efectivamente, los ataques aéreos de la OTAN provocaron, gracias a los "efectos colaterales" largamente previsibles, centenares de víctimas civiles. Human Rights Watch recogió las pruebas de al menos 500 muertos entre los civiles yugoslavos en aproximadamente noventa incidentes mortales.²⁹

La autoridad de la OTAN ha admitido oficialmente, o no ha desmentido, el asesinato, la mutilación o las heridas graves "por error" a civiles serbios, kosovares-albaneses y gitanos en diez casos: el 5 de abril en Aleksinac las víctimas fueron diecisiete, treinta los heridos; al día siguiente, en los alrededores de Prístina, murieron bajo las bombas nueve personas y ocho resultaron heridas; el 9 de abril el bombardeo de la fábrica de automóvi-

les Zastava causa heridas a 128 operarios; el 12 de abril es atacado el tren Salonico-Belgrado que atravesaba un puente en las cercanías de Grdelicka (cincuenta y cinco son los muertos carbonizados y muy alto el número de heridos); el 14 de abril es atacado un convoy de prófugos a Djakovica, próximo al límite albanés (ochenta y dos muertos y cerca de cincuenta heridos); el 27 de abril más de veinte civiles –serbios, albaneses, gitanos– pierden la vida en Surdulica, atacados con bombas de fragmentación y al menos cien son los heridos; el 7 de mayo otras bombas de fragmentación son arrojadas contra el mercado y el hospital civil de Nis (se cuentan veinte muertos y veintiocho heridos); el 13 de mayo es atacado un campamento de prófugos kosovares en Korisa (los muertos son ochenta y siete); el 19 y el 21 de mayo es atacada dos veces la prisión de Istok Kosovo: veintitrés muertos y doce heridos.

No por error, pero sí como consecuencia de una acción preordenada y reivindicada por los comandos de la OTAN, un bombardeo misilístico destruyó, en la noche entre el 23 y el 24 de abril, el edificio de la televisión serbia de Belgrado, donde se encontraban trabajando 150 personas, entre periodistas y empleados, asesinando a dieciséis e hiriendo gravemente a otros tantos. Esta acción, dirigida intencionalmente contra civiles, violó la Convención de Ginebra de 1949, que prohíbe todo ataque deliberado contra la población civil. El propio Ministro del Exterior italiano, Lamberto Dini, había manifestado inmediatamente su disenso y en una segunda oportunidad declaró que se trataba de una despreciable iniciativa de los vértices militares de la OTAN no consensuada en el ámbito políti-

²⁸ Cfr. C. Black, *The International Criminal Tribunal: Instrument of Justice?*, Proceedings of the 25 October 1999, Paris, Conference on *Justice and War*, special issue, "Dialogue" (2000), 31-32, p. 109.

²⁹ *Human Rights Watch* es una organización internacional independiente, que investiga acerca de las más graves violaciones a los derechos humanos. Su sitio en Internet es <www.hrw.org>.

co.³⁰ Según los juristas norteamericanos que denunciaron a la OTAN, sobre el bombardeo gravan pesadas sospechas acerca de la colaboración existente entre la red televisiva CNN y el Departamento de Estado Americano. Pero la Procuración del Tribunal de la Haya ignoró lo acaecido.

El 1º de mayo la OTAN reconoce haber cometido otro grave error: en las proximidades de Prístina, en Luzane, es atacado un ómnibus que estaba transportando a los prófugos fuera de las fronteras. Los muertos fueron aproximadamente cincuenta. En realidad, las modalidades del ataque hacen sospechar que se habría tratado de un desastre provocado intencionalmente. Aún en este caso la Procuración del Tribunal de La Haya no intervino.

Finalmente, en la noche entre el 7 y el 8 de mayo, algunos misiles de la OTAN atacaron la Embajada China de Belgrado, murieron tres personas y resultaron heridos otros veinte. Las autoridades chinas rechazaron las disculpas de los Estados Unidos y se declararon convencidas de que el bombardeo había sido intencional. Tampoco en este caso la Procuración del Tribunal consideró oportuno iniciar una investigación.

Ninguna investigación fue iniciada por la Procuración del Tribunal para determinar si el uso de las bombas en racimo (*cluster bombs*) por parte de los Estados Unidos y de Gran Bretaña no había violado el reciente Tratado Internacional que prohíbe las minas antipersonales: un Tratado que todos los

países involucrados en los ataques militares de la OTAN habían suscripto, con la sola excepción de los Estados Unidos.

Es notorio efectivamente que los explosivos diseminados por las bombas en racimo equivalen, desde todo punto de vista, a las minas antipersonales y estas minas victimizan y mutilan sobre todo a los niños, esto que ya ha sucedido puntualmente y está a toda hora sucediendo en Kosovo y en Serbia.

Son notorios, en base a la experiencia de la guerra del Golfo, los efectos contaminantes de los proyectiles de uranio (empobrecido) (depleted uranium, en sigla DU): contra Irak los Estados Unidos habían usado aproximadamente un millón, aprovechando el altísimo potencial de penetración. Durante “la guerra humanitaria” han sido los bombarderos A10 tank-buster, en exclusiva dotación de los Estados Unidos, que lanzaron una notable cantidad de esos proyectiles sobre el territorio yugoslavo, en particular en Kosovo. El nuevo Secretario General de la OTAN, el británico George Robertson, admitió oficialmente que los bombarderos estadounidenses, en el transcurso de cien misiones, han usado 31 mil proyectiles de uranio empobrecido.³¹ Después de la explosión de la (cabeza) al contacto con cuerpos sólidos, el uranio se expande en forma de finísimo polvo radioactivo en un radio de aproximadamente cien metros, contamina el suelo, el agua y el aire y se inserta en la cadena alimentaria produciendo un aumento de la radioactividad ambiental y ésta puede generar tumores malignos, leucemia,

³⁰ Pero el presidente del Consejo D’Alema desmiente a su ministro del Exterior y elogia los escrúpulos y la transparencia del comportamiento bélico de la OTAN, que muestra al mundo “cómo deben comportarse las fuerzas armadas de países democráticos” (cfr. G. Luzi, *L’attacco alla televisione divide il governo italiano*, “la Repubblica”, 24 de abril, 1999, p. 2; G. Luzi, *Dietrofront di Dini*, “la Repubblica”, 25 de abril, 1999, p. 7).

³¹ Acerca de las declaraciones del subsecretario italiano del ministerio de defensa Dalle dichiarazioni del sottosegretario italiano alla Difesa, Paolo Guerriani, quien define como “insensata” la polémica e intenta minimizar las consecuencias sobre la salud humana del uranio empobrecido; cfr. M. Nese, *Allarme insensato, le radiazioni restano nella media*, “Corriere della Sera”, 11 de marzo, 2000, p. 10.

malformaciones de los fetos, enfermedades infantiles.³² Y, por lo tanto, la OTAN ha violado la Convención de Ginebra –en particular la “Convención sobre armas inhumanas”, suscripta por más de treinta Estados y puesta en vigencia en diciembre de 1983– que prohíbe el uso de armas químicas, venenosas o que provocan sufrimientos inútiles.³³ Después de la guerra del Golfo varios organismos internacionales habían condenado el uso de armas de uranio empobrecido, entre éstos, la Subcomisión de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos. La agencia de las Naciones Unidas para el Ambiente (UNEP) había solicitado inútilmente a la autoridad de la OTAN los datos sobre las operaciones militares en las cuales habían sido usadas bombas DU y los mapas de las zonas atacadas.³⁴ La Procuración del Tribunal de La Haya, en cambio, no consideró oportuno

iniciar una investigación análoga, ni iniciar ningún otro tipo de investigación y ha, incluso, ignorado también en este caso las gravísimas violaciones del derecho internacional cometidas por los altos comandos de la OTAN.

La Procuración del Tribunal de La Haya, que había enviado sus propios representantes a los confines de Kosovo para recoger información y testimonios acerca de los crímenes de guerra cometidos por las milicias serbias, no indagó ni sobre la destrucción intencional de la infraestructura civil y sanitaria causada por los bombardeos de la OTAN, ni sobre la devastación ambiental provocada por los bombardeos de las industrias químicas de Pancevo y Novi Sad.³⁵ Y ha ignorado, en definitiva, la destrucción del patrimonio cultural de ciudades como Prístina, Pec, Djakovica, Novi Sad y Belgrado. Tam-

³² Véase la rigurosa producción científica de C. Giannadi, D. Dominici, *Danni collaterali dell'uranio impoverito: stima per la guerra del Kosovo*, “Il Ponte” 55 (1999), 11-12, pp. 118-29; e inoltre: F. Gustincich, *I misteri del Kosovo radioattivo*, “Limes” (1999), 4, pp. 231-3; S.H. Gunter, *Uranio 238: armi radioattive utilizzate in Kosovo*, <newdawnmagazine.com.au/resources/arts/34a.htm>. El uranio empobrecido emite partículas alfa con una energía de 4,2 Mega Electron Volts, capaces por lo tanto de ‘despedazar’(destruir) el ADN de una célula humana. Estas partículas entran en contacto transformándose en células tumorales (son suficientes para producir este efecto 6 Electron Volts). Es de destacar la declaración del general Wesley Clark, quien manifestó que “el uranio empobrecido es un metal muy pesado al cual ya se le ha removido la radioactividad. No es más peligroso que el plomo” (*Milosevic punta ancora sul Kosovo*, entrevista a cargo de M. Nese, “Corriere della Sera”, 26 de marzo, 2000, p. 11).

³³ Cfr. A. Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, il Mulino, Bologna 1984, pp. 283-319. La ‘Convención sobre armas inhumanas’, de diciembre de 1983, prohíbe, entre otros, el uso de proyectiles cuyos fragmentos no puedan ser revelados por los rayos X, prohíbe o restringe el uso de

minas anti personales y los explosivos que sean aparentemente inocuos, prohíbe o restringe el uso de armas incendiarias.

³⁴ En agosto de 1996 la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación y para la protección de las minorías votó una resolución contra el uso de las armas (de destrucción en masa), en particular de las armas que contienen DU; cfr. *UN Press Release*, 4 September 1996, <http://southmovement.alphalink.com.au/antiwar/UNres.htm>; M. Nava, *Kosovo, i veleni della pace*, “Corriere della Sera”, 11 marzo 2000, p. 10.

³⁵ La destrucción y el incendio de las plantas químicas provocaron la diseminación (propagación) en el aire, en la tierra y en el agua de grandes cantidades de mercurio, diossina y otras sustancias altamente tóxicas. La *Ostdeutsch Rundfunk Brandenburg produjo el film Bomben auf den Chemiewerken* (“Bombe sulle industrie chimiche”), di Sascha Adamek, que documenta los aspectos de “guerra ecológica” que el ataque de la OTAN contra la Federación Yugoslava ha provocado, en particular en aquellas ciudades que fueron más golpeadas, Pancevo y Novi Sad. La edición italiana fue dirigida por Alberto Tarozzi, con la colaboración del Laboratorio di Sociologia visuale dell’Università de Bologna (<tarozzi@spbo.unibo.it>).

bién la iglesia medieval de Gracanica, en las cercanías de Prístina, que la Unesco había declarado patrimonio de la humanidad, fue destruida. Probablemente la OTAN ha violado, en particular, la Convención de La Haya de 1954 sobre protección de las propiedades culturales, y también aquí la presunción de “inocencia humanitaria” ha prevalecido sobre todo posible escrúpulo deontológico de la Procuración del Tribunal.

Tenemos, finalmente, la delicada cuestión de las relaciones financieras entre la presidencia del Tribunal y la administración de los Estados Unidos. En mayo de 1999, mientras el ataque de la OTAN contra la Federación Yugoslava estaba por terminar, el Congreso Americano, a propuesta del presidente Clinton, destinó con insólita generosidad 27 millones de dólares para asistir al Tribunal, en particular para el relevamiento de testimonios a cargo de las milicias serbias en los confines de Kosovo y para el envío de un grupo de expertos legales. El presidente del Tribunal, la estadounidense Gabrielle Kirk McDonald, aceptó de buen grado el financiamiento.³⁶

Es bueno recordar que el Estatuto del Tribunal aprobado por el Consejo de Seguridad había establecido, en el art. 32, que los gastos del Tribunal debían ser puestos a cargo del balance de las Naciones Unidas. Pero esta norma ha sido rápidamente violada —el hecho es sorprendente— sobre la base de la iniciativa conjunta de tres órganos de las Naciones Unidas: el Advisory Committee on Administrative and Budgetary Questions, el Secretariado General y la Asamblea General. Con una resolución de setiembre de 1993 la Asamblea General, movida por preocupaciones eco-

nómicas, sugiere constituir pro-visoriamente, a la espera de una decisión final acerca de las modalidades de financiamiento, un fondo separado para los gastos del Tribunal, fuera del balance ordinario de las Naciones Unidas; e invita a los Estados miembros de las Naciones Unidas y a otras partes interesadas a enviarle contribuciones voluntarias al Tribunal, sea en dinero, sea en la forma de servicios y de tecnología, según las indicaciones del Secretario General.

Hacia fines del año 1994 más de seis millones de dólares eran de este modo enviados o estaban por ser depositados en las cajas del Tribunal. Además, Holanda, Dinamarca, Noruega, Suecia y los Estados Unidos —todos países occidentales— habían enviado al Tribunal 32 agentes o empleados del gobierno de los cuales 22 habían sido provistos por los Estados Unidos, que había decidido donar equipos electrónicos por un valor de tres millones de dólares.³⁷ Naturalmente, visto el buen éxito de la iniciativa, aquello que había sido decidido como medida provisoria devino en regla permanente de financiamiento del Tribunal de La Haya, en violación de su Estatuto.

Como ha señalado Christopher Black, el Tribunal ha recibido otros ingentes financiamientos de parte del gobierno de los Estados Unidos y de fundaciones y sociedades privadas estadounidenses; las donaciones fueron realizadas en dinero o como equipamiento informático. En el último año, para el cual están disponibles los balances del Tribunal, 1994/95, los Estados Unidos han depositado 700 mil dólares en dinero y proveído instrumentos y materiales por un valor de 2.300.000 dólares. En el mismo año la Open Society

³⁶ Cfr. M. Cavallini, *Albright: nessuna immunità per Milosevic*, 'l'Unità', 28 mayo 1999, p. 4.

³⁷ Estos datos han sido extraídos del “Yearbook 1994 del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (bajo el título: “Budget and Finance”, pp. 24-26;

“Voluntary Contributions by States”, pp. 65-6), que puede ser consultado en el sitio de las Naciones Unidas: <www.un.org/icty/basic/yearbook/1994/year-94.htm>.

Institute, una fundación creada por George Soros, el célebre financista millonario americano, ofreció una contribución de 150 mil dólares. El Tribunal ha recibido dinero aun del United States Institute for Peace, fundado en 1984 por Ronald Reagan y financiado por el Congreso Americano, y por la Coalition for International Justice, sostenida por instituciones americanas como el Central and East European Law Institute.³⁸

En algunas ocasiones públicas la presidenta del Tribunal, Gabrielle Kirk McDonald, agradeció abiertamente al gobierno estadounidense por su generosidad. El 5 de abril de 1999, en sus declaraciones frente a la Corte Suprema de los Estados Unidos, en Washington, McDonald declaró: *“Nuestro Tribunal ha sido eficazmente sostenido por la gran labor de los abogados que han llegado al Tribunal a través de la Coalition for International Justice y del Central and East European Law Institute. (...) nosotros nos hemos visto beneficiados por el fuerte apoyo de los Gobiernos interesados y de los individuos devotos de la causa, como el Secretario de Estado Madeleine Albright. En su calidad de representante permanente de los Estados Unidos en las Naciones Unidas Madeleine Albright ha trabajado con incesante determinación para instituir el Tribunal, en realidad a menudo nos referimos a ella como la “madre del Tribunal”.*³⁹

Justicialismo humanitario

Para trazar un balance de la justicia penal internacional e intentar una previsión de sus

Y el 12 de mayo del mismo año, en su discurso en el Council on Foreign Relations, en New York, McDonald recordó que: *“El gobierno de los Estados Unidos ha convenido generosamente en asignar 500 mil dólares y ayudar y alentar a otros Estados a contribuir a los gastos del Tribunal. Además, el imperativo moral de poner fin a la violencia en la ex Yugoslavia es compartido en los Estados Unidos aún por los sectores privados. Estoy satisfecha por el hecho de que una gran corporation haya recientemente donado equipos informáticos por 3 millones de dólares, que aumentarán de manera sustancial nuestra capacidad operativa”.*⁴⁰

Gabrielle McDonald, la juez más autorizada del Tribunal, no parece haber sido rozada por la duda de que la autonomía de la corte judicial, de quien ella era presidente, pudiera ser incompatible con vinculaciones tan estrechas con los “gobiernos interesados” y en particular con el mundo político y económico de los Estados Unidos, y la tradición del *rule of law* que parece extraña a su cultura política y a su idea de justicia internacional. Circunstancia aún más paradójica, esta extrañeza parece compartida también por los órganos de las Naciones Unidas que han autorizado de hecho la violación de una norma del Estatuto del Tribunal de La Haya que debería haber sido considerada un principio intangible de la defensa de su autonomía.

desarrollos futuros –hoy en cualquier modo anticipados por la aprobación del Estatuto

³⁸ Cfr. C. Black, *The International Criminal Tribunal: Instrument of Justice?*, op. cit., pp. 109-110.

³⁹ *We benefited from the strong support of concerned governments and dedicated individuals such as Secretary Albright. As the permanent representative to the United Nations, she had worked with*

unceasing resolve to establish the Tribunal. Indeed, we often refer to her as the “Mother of the Tribunal” (cfr. C. Black, *The International Criminal Tribunal: Instrument of Justice?*, op. cit., p. 109).

⁴⁰ Citado en C. Black, *The International Criminal Tribunal: Instrument of Justice?*, op. cit., p. 110.

de la nueva Corte— al menos otros dos temas deben ser tocados. Se trata de la “calidad” de la justicia penal internacional y de su eficacia represiva y preventiva.

Ha sido Herdley Bull el primero en lamentar, en “*The Anarchical Society*”, el carácter selectivo y “ejemplar” de la justicia penal internacional. Estas características a su juicio violaban el principio de la igualdad formal de las personas frente a la ley y atribuían a la jurisdicción de los Tribunales militares internacionales de posguerra una arcaica y siniestra función sacrificial.⁴¹ La represión penal había sido, efectivamente, aplicada sólo respecto de los pocos sujetos considerados como los más responsables en el plano político o como los más involucrados en actividades delictivas.

El severo juicio de Bull puede ser hoy aplicado a los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda. Su jurisdicción es ejercida, según criterios normativos no definidos, solamente respecto de un número muy limitado de sujetos, individualizados sobre la base de valoraciones intuitivas y altamente discrecionales. Y si se trata de intervenciones represivas cuantitativamente irrisorias, también en relación con las imponentes inversiones financieras que significan. En el caso del Tribunal de La Haya en más de seis años de actividad han sido incriminadas aproximadamente noventa personas, han sido arrestadas una veintena y aproximadamente otras tantas fueron procesadas. Todavía más significativo es el caso del Tribunal de Arusha: en noviembre de 1999, tenía en custodia 38 personas, acusadas de genocidio, y en sus cinco años de vida había procesado solamen-

te a cinco imputados, mientras es verosímil que los responsables del exterminio de 500 mil personas sean miles. Está claro que en circunstancias como éstas la lesión de algunos principios fundamentales del derecho moderno —la igualdad de las personas frente a la ley, la certeza del derecho y la irretroactividad de la ley penal— resulta simplemente proclamada.

Y también pueden surgir notables dudas sobre la calidad de una justicia internacional que sea ejercida, como es inevitable que sea, muy al margen y por encima de los conflictos sociales dentro de los cuales han operado los sujetos sometidos a sus sanciones. Esto vale en extrema medida para el Tribunal de Arusha, pero también para el Tribunal de La Haya, cuyos miembros han sido nombrados sin evaluar su grado de conocimiento de los problemas histórico-políticos y económicos de la ex Yugoslavia.

Después está el problema de la eficacia penal y, más en general, de los efectos “extrajudiciales” de la actividad de los tribunales internacionales: efectos de gran relieve, por ejemplo, en el caso de la incriminación del presidente yugoslavo, Slobodan Milosevic. Se ha observado que los procesos penales internacionales de la segunda posguerra han mostrado una eficacia disuasiva prácticamente nula. Y el mismo juicio podría aplicarse a la ex Yugoslavia: la actividad represiva desarrollada por el Tribunal de La Haya respecto de las atrocidades cometidas durante la guerra de Bosnia-Erzegovina no ha generado ninguna función disuasiva en relación con los contendientes de la guerra por Kosovo: todas las partes en

⁴¹ Cfr. H. Bull, *The Anarchical Society*, op. cit., p. 89.

⁴² En marzo de 2000 el Tribunal de La Haya condenó a 45 años de prisión al general croata-bosnio Tihomir Blaskic. En Zagabria miles de croatas realizaron una demostración de protesta delante de la

Embajada de los Estados Unidos, país evidentemente considerado responsable en el plano político de la actividad represiva del Tribunal. (cfr. *Protest in Zagreb*, “*International Herald Tribune*”, 7 de marzo, 2000, p. 7).

la causa –milicias serbias, UCK y OTAN– han violado, algunas veces de manera gravísima, el derecho bélico.

En realidad, nada garantiza que una actividad judicial que aplique sanciones, aun las más severas –el Tribunal de La Haya a llegado a condenar a los imputados a 40 y hasta 45 años de prisión–⁴² contra individuos responsables de crímenes internacionales incida sobre las dimensiones macro estructurales de la guerra, y pueda por lo tanto tener efecto sobre razones profundas de la agresividad humana, del conflicto y de la violencia armada. Se perfilan incluso importantes contradicciones: la actividad judicial que se desenvuelve como una suerte de contrapunto penal del encuentro militar corre el riesgo de producir un refuerzo simbólico de los sentimientos de hostilidad. Además introduce rigideces formales que operan en sentido opuesto respecto a las tradicionales funciones de mediación –y en definitiva de pacificación– desarrolladas por la diplomacia protocolar y no protocolar. Al elogio de la justicia penal internacional se podría por lo tanto oponer, junto a Bull, un elogio de la diplomacia, sobre todo si es preventiva.⁴³

En el curso de la guerra de Kosovo las intervenciones del Tribunal de La Haya, que en algunas de ellas casi han literalmente expulsado de la mesa de negociaciones a importantes interlocutores, han ido en una dirección opuesta respecto a los esfuerzos diplomáticos de hacer cesar la guerra y de ahorrar vidas humanas. El presidente yugoslavo, por ejemplo, que durante la guerra de Bosnia había sido un importante interlocutor de las potencias occidentales, devino imprevistamente, gracias a la simple incriminación de parte del

Tribunal de La Haya, en un “criminal de guerra”, excluido –como un intocable pariah–, de toda posible relación diplomática.

Dudas igualmente graves han sido expresadas a propósito de la tutela internacional de los derechos del hombre. Y efectivamente dudo que esta función pueda ser atribuida sin riesgos a organismos judiciales cuya imparcialidad queda de todos modos condicionada, como habíamos visto, por la exigencia de confiar la función de policía judicial a las fuerzas armadas de las grandes potencias. Se puede sostener, más en general, que no sea oportuno confiar la protección de los derechos humanos a la competencia exclusiva –o aunque sea sólo prevalente– de organismos judiciales distintos de aquellos nacionales, aun en la hipótesis de que sean las autoridades políticas de un Estado nacional las que violen los derechos de los ciudadanos. De hecho es poco realista esperar que la tutela de las libertades fundamentales de los ciudadanos de un Estado pueda ser garantizada en sede internacional si esta tutela no es, ante todo, garantizada por las instituciones democráticas internas.

Estos argumentos pueden hacerse valer no sólo a propósito de la justicia ejercida por los actuales Tribunales penales internacionales, sino también por la instituida Corte penal internacional, ya que su Estatuto ha sido ratificado por un cierto número de potencias.⁴⁴ Ciertamente que esta Corte será constituida –si lo estará– sobre la base de un amplio acuerdo multilateral y no será investida de autoridad por el Consejo de Seguridad, y sus normas penales no tendrán efecto retroactivo. Es más –elemento éste de gran relieve– ella incluirá dentro de su propia competencia, como ha-

⁴³ Cfr. H. Bull. *The Anarchical Society*, op. cit., pp. 162-183, que reivindica con fuerza la importancia de la diplomacia para el mantenimiento del orden mundial.

⁴⁴ Hasta la actualidad sólo seis Estados han ratificado el Estatuto aprobado en Roma en julio de 1998: Brasil, Islas Fidji, Italia, Trinidad-Tobago, San Marino y Senegal.

bíamos visto, al “crimen de agresión”, junto a los de genocidio, a los crímenes contra la humanidad y a los crímenes de guerra. Y de todas formas, aparte de estos aspectos específicos, las reservas generales hasta aquí expresadas respecto de los Tribunales penales internacionales conservan, según mi parecer, todo su valor.

Deben ser señalados otros dos aspectos gravemente regresivos respecto a la experiencia de los tribunales presentes, que restringen o minimizan la autonomía de la nueva Corte internacional que se intenta instituir: el primero se refiere a la contaminación “constitucional” introducida por el artículo 16 del Estatuto de Roma: el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tendrá el poder de impedir o suspender, a su discreción, las iniciativas de la procuración de la Corte.⁴⁵ Y se representa, de la manera más aguda, la tensión entre el particularismo político del máximo órgano de las Naciones Unidas y la aspiración universal de una jurisdicción penal anclada en la doctrina de los derechos del hombre. El segundo aspecto se refiere a la sorprendente disposición del artículo 116, que abre las cajas de la corte a las “contribuciones voluntarias de Gobiernos, organizaciones internacionales, privadas, sociedades y otros entes”, transformando así en previsión normativa para el

financiamiento de la futura Corte la práctica ilegítima del Tribunal de La Haya.⁴⁶

Finalmente, no puede faltar una consideración filosófico-jurídica de orden general: aquello que nos deja perplejos en la posición de los teóricos occidentales que en este último decenio han sostenido con fervor la idea de una jurisdicción penal internacional, es la ausencia de una reflexión, en términos de filosofía de la pena y de sociología de las instituciones penitenciarias, sobre las funciones y sobre los posibles efectos de tal jurisdicción. Sorprende que sea así difundida una visión simplificada de la relación entre el ejercicio del poder judicial y el orden mundial, bajo el signo de un fetichismo penal que aplica a las relaciones internacionales un modelo de justicia punitiva que en su experiencia “doméstica” continúa abriendo graves interrogantes.⁴⁷ Y sorprende el entusiasmo judicial que confía la suerte de la democracia, de la paz y del orden mundial a los veredictos de una burocracia judicial supranacional. En el fondo de todo esto hay probablemente nuevas inseguridades y nuevas expectativas que emergen en un mundo menos simplificado por las ideologías y por las creencias religiosas y, al mismo tiempo, más complejo, turbulento y dividido, no obstante los procesos de globalización. ✽

⁴⁵ Cfr. *Statuto di Roma della Corte penale internazionale*, op. cit., p. 34.

⁴⁶ Cfr. *Statuto di Roma della Corte penale internazionale*, op. cit., p. 87.

⁴⁷ Véase la reciente contribución de di E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino, Giappichelli, 1998.