

Favio Farinella 

Características de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos

Characteristics of victims of serious human rights violations

Características das vítimas de graves violações de direitos humanos

 Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina.

ORCID: 0000-0002-6610-3235

 faviofarinella@hotmail.com

Resumen: *La relación histórica entre el derecho internacional clásico y las víctimas de crímenes internacionales fue de indiferencia. El primer tímido avance se produce entrado el siglo XX, al reconocerse ciertos crímenes internacionales. Sin embargo, el reconocimiento efectivo comenzará a gestarse ya en el siglo XXI con la vigencia de la Corte Penal Internacional. Chocan en este siglo dos visiones antagónicas: la del DI clásico y la del DI contemporáneo influido por los paradigmas de los derechos humanos y el acceso a la justicia efectiva. El presente artículo indaga sobre el cambio de estatus de las víctimas de delitos internacionales, que de objetos de protección pasan a constituirse en sujetos de derecho. Partimos del post-conflicto, para repensar a partir de las características especiales de las víctimas internacionales y los principios de complementariedad y efectividad de los tribunales internacionales, aquellas herramientas que debe utilizar el derecho internacional para que toda víctima ejercite su derecho a una reparación integral que a su vez permita al derecho internacional penal cumplir su carácter disuasorio.*

Método: *Para eso, aplicaremos una metodología comparativa y analítica. Utilizamos reportes de organismos internacionales, legislación nacional e internacional y estudios doctrinarios. El análisis de contenido se utilizará para analizar los datos recopilados.*

Resultados y discusión: *La investigación tiene como objetivo resaltar los contextos de victimización en crímenes internacionales. Esto es útil a fin de profundizar el carácter de*

sujeito internacional de las víctimas a fin que puedan ejercer su derecho a la reparación integral. Describimos ciertas características peculiares de las víctimas de crímenes internacionales que deben ser tenidas especialmente en cuenta al momento de decidir la reparación. Como consecuencia, primero, el principio de complementariedad debe conducir a la existencia de legislación nacional eficaz que contemple una reparación integral para evitar que el caso trascienda a la esfera internacional. Segundo, debe repararse en el contexto de victimización para asegurar la verdad fáctica, la memoria y las garantías de no repetición.

Palabras clave: *víctimas internacionales / subjetividad internacional / acceso a la justicia efectiva / reparación integral / no repetición.*

Abstract: *The historical relationship between classical international law and the victims of international crimes was one of indifference. The first step forward took place in the twentieth century when certain international crimes were recognized. However, effective recognition will begin to take shape already in the 21st century with the entry into force of the International Criminal Court. Two antagonistic views collide in this century: that of classical and that of contemporary international law, the latter influenced by the paradigms of human rights and access to effective justice. This article investigates the change of status of the victims of international crimes, who from objects of protection become subjects of the law. We start from the post-conflict, to rethink, based on the special characteristics of international victims and the principles of complementarity and effectiveness of international tribunals, those tools that international law must apply so that all victims exercise their right to an integral reparation whilst it allows international criminal law to fulfil its dissuasive character.*

Methods: *For that, we will apply a comparative and analytical methodology. We use reports from international organizations, national and international legislation and doctrinal studies. Content analysis will be used to analyse the collected data.*

Results and Discussion: *The research aims to highlight the contexts of victimization in international crimes. This is useful in order to deepen the international subject nature of the victims so that they can exercise their right to an integral reparation. We describe certain peculiar characteristics of victims of international crimes that must be especially taken into account when deciding on reparation. As a consequence, first, the principle of complementarity must lead to the existence of effective national legislation that provides for comprehensive reparation to prevent the case from transcending to any international jurisdiction. Second, knowing the context of victimization is essential to ensure factual truth, memory and guarantees of non-recurrence.*

Keywords: *international victims / international subjectivity / access to effective justice / integral reparation / non-recurrence.*

Resumo: *A relação histórica entre o direito internacional clássico e as vítimas de crimes internacionais era de indiferença. O primeiro avanço tímido ocorre no século XX, quando certos crimes internacionais são reconhecidos. No entanto, o reconhecimento efetivo começará a tomar forma já no século XXI com a entrada em vigor do Tribunal Penal Internacional. Duas visões antagônicas se chocam neste século: a do DI clássico e a do DI contemporâneo influenciada pelos paradigmas dos direitos humanos e do acesso à justiça efetiva. Este artigo investiga a mudança de status das vítimas de crimes internacionais, que de objetos de proteção tornam-se sujeitos de direito. Partimos do pós-conflito, para repensar, com base nas características especiais das vítimas internacionais e nos princípios de complementaridade e eficácia dos tribunais internacionais, aquelas ferramentas que o direito internacional deve utilizar para que todas as vítimas exerçam seu direito à reparação integral que, ao mesmo tempo, permite que o direito penal internacional cumpra seu caráter dissuasivo.*

Método: *Para isso, aplicaremos uma metodologia comparativa e analítica. Utilizamos relatórios de organizações internacionais, legislação nacional e internacional e estudos doutrinários. A análise de conteúdo será utilizada para analisar os dados coletados.*

Resultados e discussão: *A pesquisa visa destacar os contextos de vitimização em crimes internacionais. Isso é útil para aprofundar a natureza do sujeito internacional das vítimas para que possam exercer seu direito à reparação integral. Descrevemos algumas características peculiares das vítimas de crimes internacionais que devem ser especialmente levadas em consideração ao decidir sobre a reparação. Como consequência, em primeiro lugar, o princípio da complementaridade deve levar à existência de legislação nacional efetiva que preveja uma reparação integral para evitar que o caso transcenda a esfera internacional. Em segundo lugar, deve ser reparado no contexto da vitimização para garantir a verdade factual, a memória e as garantias de não repetição.*

Palavras-chave: *vítimas internacionais / subjetividade internacional / acesso à justiça efetiva / reparação integral / não repetição.*

Recibido: 12/01/2022

Aceptado: 06/07/2022

I. Introducción

La relación histórica entre el derecho internacional (DI en adelante) y las víctimas de aquellos delitos internacionales que constituyen violaciones graves de derechos humanos fue de indiferencia. Un pedido de socorro no atendido. Sólo bien entrado el siglo XX, con la tipificación de ciertas conductas como delitos internacionales, aparecen las víctimas, legalmente caracterizadas como objetos necesitados de protección. Este primer reconocimiento duró décadas hasta cobrar fuerza normativa en Nüremberg y aún no ha concluido. A estas víctimas que llamamos “internacionales” porque en su persona se violentan bienes jurídicos de protección universal, el siglo XX les otorgó sólo jirones de justicia. No hubo interés ni por su historia anterior a las violaciones, ni por su futuro, tras haberlas sufrido.

En el plano internacional, el DI clásico no produjo durante el siglo XX mecanismos eficaces ni permanentes a fin de juzgar a los responsables de crímenes internacionales o de proveer reparación a sus víctimas. En el plano doméstico, la criminalidad ejecutada por el mismo Estado se desinteresó por prevenir o castigar a los agentes, funcionarios y demás responsables. En ambos casos, la explicación es simple: supone la existencia de una deliberada política estatal dirigida a la comisión de graves violaciones de derechos humanos, en la que el sistema de justicia jugaba un rol de inacción. Así, la víctima quedaba atrapada entre la indiferencia del DI respetuoso de las soberanías y la pseudo-legalidad criminal creada a medida de los victimarios internos. Sin nombre, ni pasado. Sin futuro, ni derechos. Azarosamente, sólo le cabía esperar algún milagro consistente en el castigo internacional de su victimario. Entre la creación del sistema de los tribunales de Nüremberg – Tokio, y los tribunales ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda transcurrieron casi 50 años. Desde el establecimiento de los últimos, la situación mejora, al menos respecto del castigo de los victimarios. No obstante, a la víctima internacional le es negada una participación activa en los procesos. El establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI en más) constituye un avance histórico, al reconocer un rol para las víctimas dentro de los procedimientos internacionales y proveerles la posibilidad de recibir reparaciones.

II. Una definición de trabajo de víctima

Primero, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI definen como víctimas a:

“(a) (...) las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”; y también a

(b) (...) las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.”⁽¹⁾

Esta definición es consistente con las que existen en los planos nacional e internacional.

Segundo, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, expresada en la Declaración 40/34 de la Asamblea General de Naciones Unidas (AG ONU en más) define a las víctimas como:

“las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.”⁽²⁾

Tercero, los Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, se ocupan de las víctimas a quienes define como:

“toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para

prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.”⁽³⁾

Resumiendo las tres definiciones citadas, el concepto de víctima se compone no sólo de la persona afectada en forma directa por el delito o la violación de normas internacionales, sino también su familia, incluyendo dentro de ésta, tanto relaciones no maritales como también sus dependientes. En el caso *X v. República Federal de Alemania* (1969)⁽⁴⁾, la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó que:

“el término ‘víctima’ significa no solo la víctima directa o las víctimas de la presunta violación, sino también cualquier persona que indirectamente sufrirá perjuicio como resultado de dicha violación o que tendría un interés personal en asegurar el cese de tal violación”.⁽⁵⁾

Podemos entonces hablar de víctimas primarias y secundarias. Aún cuando las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI (RPP en adelante) no distinguen unas de otras, las definiciones son lo suficientemente amplias para contenerlas. En un número importante de casos relativos a delitos internacionales, las víctimas directas fallecen. Además, el principio *pro-personae* debe imperar en la búsqueda de una solución amplia para casos de violaciones masivas, sean sistemáticas y/o generalizadas.

III. La víctima en el DI

III.a. La protección de la víctima internacional antes de la CPI

El primer obstáculo que debieron sortear las víctimas internacionales en el siglo XX fue su falta de subjetividad internacional. El Estado era el único sujeto del sistema. Toda víctima internacional es hoy titular de ciertos derechos y posee capacidades funcionales de ejercicio, limitadas a las competencias que los Estados le reconozcan en los planos regionales e internacional. Esta situación deriva de la propia naturaleza e historia del DI, su calidad de derecho interestatal antes que internacional y el carácter de objeto de protección que padeció el individuo. La afirmación de los estatutos protectorios de la persona desde la segunda posguerra, irá conformando un sistema protectorio de la persona humana frente al Estado, modelando así su subjetividad internacional en perspectiva. Los estatutos del derecho internacional humanitario, del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional penal y del derecho de los refugiados y migrantes colocará en cabeza del individuo, la titularidad de ciertos derechos considerados hoy normas imperativas de DI, retirándolos así de la exclusiva esfera de voluntad estatal.

Un segundo inconveniente histórico que las víctimas internacionales debieron remontar fue la jerarquía variable del DI *vis a vis* los derechos nacionales. Las distintas teorías adoptadas por los Estados derivan en una multiplicidad de soluciones, cuya sumatoria ha tendido históricamente a desfavorecer a las víctimas. Los derechos afirmados en tratados internacionales en beneficio de individuos se entendieron tradicionalmente como de titularidad estatal. Su efecto e invocabilidad directa por parte de los beneficiarios individuales fue desconocido o negado. En el DIH por ejemplo, primó la idea negatoria respecto de los efectos directos de las normas humanitarias en los derechos nacionales. En el comentario a la IV Convención de Ginebra puede leerse:

“Es inconcebible, al menos en la actualidad, que los demandantes puedan entablar una acción directa por daños y perjuicios contra el Estado en cuyo servicio trabajaba la persona que cometió la infracción. Sólo un Estado puede hacer tal reclamo a otro Estado y forma parte en general de lo que se llama reparaciones de guerra.”⁽⁶⁾

Esta visión clásica se ha prolongado ya en el siglo XXI expresada en el contenido de fallos de la Corte Internacional de Justicia (CIJ en mas), que revelan una suerte de neo-estatocentrismo propio del DI clásico, como Orden de Arresto (2002) e Inmunidades Jurisdiccionales (2012), donde la decisión antepone la soberanía estatal frente al castigo de violaciones graves de derechos humanos.

Llegamos así a un tercer elemento de importancia, relativo a la invocabilidad y aplicabilidad directa de las normas que protegen a la persona. Aun cuando al presente las normas que integran el sistema protectorio de la persona humana en el DI reconocen a ésta la existencia de derechos inalienables, y afirman la existencia de un núcleo duro de derechos humanos que poseen carácter de *jus cogens*, son las cortes nacionales quienes deciden sobre su efecto directo. Éstas optan, por lo general, por negar legitimidad procesal a las víctimas cuando pretenden llevar a juicio a un Estado extranjero por violaciones de derechos humanos. Una norma secundaria de DI constituye el argumento principal para clausurar el acceso de las víctimas a la justicia: *la inmunidad de jurisdicción*. Pongamos por caso, el vergonzoso desenlace judicial de las llamadas “*comfort women*” (mujeres de consuelo), mujeres esclavizadas y abusadas sexualmente para el simple entretenimiento de las tropas japonesas durante la segunda guerra mundial. Todos los casos iniciados por las víctimas internacionales ante tribunales Japoneses debieron enfrentar la negativa a conceder efectos directos a las normas internacionales y consecuentemente les fue negado tipo alguno de repara-

ción⁽⁷⁾. Como respuesta judicial, las víctimas encontraron dos vías de rechazo: (i) la declaración de prescripción de la acción o bien, (ii) su falta de legitimación activa. En el primer caso, se negaba el carácter de “internacional” al delito y a sus víctimas: los delitos domésticos a diferencia de los crímenes de guerra y contra la humanidad, *prescriben*. En el segundo, se las consideró objeto del DI. El Tribunal Superior de Tokio desestimó en octubre de 2001 las apelaciones. El juez presidente Shigeki Aso declaró que la compensación para cualquier víctima de crímenes de guerra había sido brindada a través de negociaciones de tratados de paz entre los Estados. Añadió que el DIH no prevé demandas de indemnización individual ya que si se reconociera el derecho a reclamar a los individuos, no sólo se beneficiaría a las naciones vencedoras, dejando a las vencidas en una mayor desventaja, sino que también impediría el restablecimiento de la paz y la reconstrucción de la sociedad⁽⁸⁾. Las apelaciones que llegaron a la Corte Suprema Japonesa fueron útiles para constatar que la negativa a afrontar consecuencias del pasado constituye una política de Estado en Japón. La Corte confirmó en todos los casos las decisiones de los tribunales inferiores y allí acabó la historia. No hay museos, ni monumentos recordatorios, no hay derecho a la memoria ni verdad, no hay educación para las generaciones futuras, y no ha habido ni habrá acceso a la justicia para las víctimas de la esclavitud sexual militar de Japón y la violencia sexual de las tropas de ocupación.

Este caso ejemplifica un modelo de respuesta de una jurisdicción nacional fundada en la teoría del DI clásico. Se ha repetido a lo largo del siglo XX en otras jurisdicciones nacionales y será el mismo argumento que utilizará la mayoría de la CIJ al negar indemnizaciones de guerra a las víctimas griegas de la masacre de Distomo en el caso Inmunidades Jurisdiccionales del Estado en 2012.

III.b. Las víctimas internacionales en los tribunales ad-hoc

Los distintos esquemas de tribunales ad-hoc creados a partir de la década de 1990 previeron un rol muy limitado tanto para las víctimas como para los testigos de la Fiscalía. Tanto el Tribunal de La Haya como el de Arusha crearon Reglas de Procedimiento y Prueba, enteramente basadas en el modelo anglosajón, que prevé para las víctimas sólo medidas de protección como testigos, algo importante pero insuficiente⁽⁹⁾. En estos esquemas internacionales, no existió para las víctimas la posibilidad de solicitar reparaciones, aun cuando se les acordó el derecho de hacer cumplir la sentencia penal ante las jurisdicciones nacionales. La Regla 106 del Reglamento de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda, habilita a las víctimas a reclamar una compensación ante el juez nacional y siempre conforme

con la legislación del foro. En este proceso interno, las víctimas podían acogerse a las sentencias de los tribunales ad-hoc, entendidas como definitivas y vinculantes respecto de la responsabilidad criminal de la persona condenada⁽¹⁰⁾.

III.c. Etapa posterior a la vigencia de la CPI

La visión comentada cambia radicalmente con la entrada en vigencia de la primera Corte Penal Internacional de carácter permanente que ofrece a las víctimas de crímenes bajo su jurisdicción, la posibilidad de acceder a un remedio legal, aunque conforme la discrecionalidad de la propia Corte. El Estatuto de Roma reconoce expresamente el derecho de las víctimas a participar de los procedimientos ante la CPI, a fin de presentar sus "puntos de vista y preocupaciones". También afirma su derecho a solicitar reparación y crea a tal fin el Fondo Fiduciario para las Víctimas (FFV en más).

Toda víctima puede interactuar con la CPI de tres formas: (i) como testigo (art. 68); (ii) como parte por propio derecho en los procedimientos (art. 68.3); y (iii) como beneficiario de remedios (arts. 75 y 79).

Primero, el rol principal de las víctimas internacionales consiste en ser testigos de cargo, relacionándose en este carácter con la Unidad de Víctimas⁽¹¹⁾. El procedimiento ante la CPI prevé medidas protectorias tales como formas electrónicas de esconder la identidad o el borrado de los datos personales de los registros oficiales⁽¹²⁾.

Segundo, en cuanto a su rol de parte en los procedimientos, el art. 68(3) provee la regla general:

“Cuando los intereses personales de las víctimas se vean afectados, la Corte permitirá que sus opiniones y preocupaciones sean presentados y considerados en las etapas del procedimiento que la Corte determine apropiadas y de manera que no sea perjudicial ni contraria a los derechos del acusado y a un juicio justo e imparcial. Tales opiniones e inquietudes pueden ser presentadas por los representantes legales de las víctimas cuando la Corte lo considere oportuno, de acuerdo con las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

Al decidirse el inicio de una investigación, “las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”⁽¹³⁾, pudiendo entonces influir en la investigación.

Tercero, en lo que concierne a las víctimas como beneficiarias de remedios, la CPI está facultada para ordenar a cualquier condenado a cumplir medidas específicas y adecuadas de reparación, que pueden incluir la restitución, la compensación y la rehabilitación⁽¹⁴⁾. El art. 75 que faculta a la CPI a ordenar los remedios reparativos que crea conveniente, modifica sustancialmente el enfoque del DI clásico respecto de la *víctima-objeto*, brindándole un importante grado de subjetividad. La CPI debió elaborar principios relacionados con las reparaciones, a fin de determinar el alcance de estos reclamos de naturaleza civil en el contexto de un procedimiento penal. Según Cançado Trindade, el reconocimiento de los derechos de las víctimas en el ER muestra una complementariedad entre el derecho penal y el derecho internacional de los derechos humanos⁽¹⁵⁾, afirmando con fuerza el reconocimiento del individuo “*como titular de derechos y portador de deberes, que emanan directamente del DI*”⁽¹⁶⁾. Es de remarcar que esta facultad reparatoria, contenida en el ER, inicia el camino de la responsabilidad internacional civil individual como derivación de la responsabilidad penal internacional.

En cuanto a la compensación, el art. 79 del Estatuto de Roma provee el establecimiento de un Fondo Fiduciario de Víctimas (FFV en más) en beneficio de las mismas. La RPP 98 establece que las órdenes de reparación serán dictadas contra el condenado y, si fuera imposible realizar pagos individuales, el monto de reparación deberá depositarse en el FFV a fin de ser luego distribuido entre el colectivo de víctimas.

IV. Características especiales de las víctimas internacionales

La educación para la paz requiere justicia como condición necesaria, aunque no suficiente. La reconciliación a través de la tolerancia es otro valor pregonado por el DI y debe ser realizado a la par del servicio de justicia. Una verdadera reparación integral para las víctimas implica reconocer las causas subyacentes del conflicto que las convirtió en tales, revelar la verdad de los hechos y sus partícipes, y sobre todo, honrar su memoria a través de las garantías de no repetición.

La posibilidad de considerar a las víctimas de delitos internacionales como sujetos activos del DI representa un desafío no sólo de adaptación de los estándares clásicos, sino también de una debida reflexión sobre el propio ser de la justicia internacional. El concepto de justicia simbólica o ejemplarizante que nutre a los procedimientos internacionales evidencia en forma directa la voluntad de disuadir y/o castigar a los *hostis humani generis*. Sin embargo, además del castigo de un puñado de notorios victimarios, es tan o más importante eliminar las condiciones objeti-

vas que permitieron el encumbramiento de tales criminales en posiciones de poder, lo cual luego facilitó sus crímenes.

Un sistema inclusivo de justicia internacional debe reparar en las condiciones actuales y futuras de las víctimas a fin de no repetir las condiciones que sirvieron para victimizarlas. A este fin, sus características especiales cobran relevancia. Repasamos las principales.

IV.a. Victimización colectiva

Un primer problema que se presenta al considerar a las víctimas internacionales, es su número. Los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o el genocidio en todas sus posibles formas de comisión, son crímenes esencialmente masivos. Conforme el esquema previsto en el ER, en principio las víctimas pueden participar individualmente. Si así lo deciden, tendrán un representante legal común y/o un abogado de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas (OPDF), quienes representarán sus intereses, opiniones y preocupaciones. Sin embargo, las limitaciones financieras de los Estados Partes y el retraso de la CPI en el procesamiento de las solicitudes de participación, contribuyeron a que cobre fuerza la opción de la participación colectiva, a pesar de las críticas que consideran ineficaz este enfoque. Para hacer frente a esta situación, en algunos casos se acordó una reparación sobre las bases de un proceso colectivo, tomando por antecedente situaciones pasadas como las Comisiones de Reparación establecidas por Naciones Unidas, por ejemplo en Etiopía/Eritrea (2000) o en Irak/Kuwait (1991)⁽¹⁷⁾.

Este tipo de respuesta brinda una reparación –por lo general económica– al colectivo de víctimas, sin determinar si en casos individuales han existido violaciones de normas humanitarias, de derechos humanos o penales. En algún caso, ciertas víctimas han obtenido una reparación de carácter personal. Pero comúnmente es el Estado de nacionalidad de las víctimas quien realiza el reclamo en su nombre y quien decide discrecionalmente la forma y cuantía en que la reparación llegará a cada víctima individualmente considerada, o incluso si corresponde o no una reparación individual. Así ocurrió por ejemplo luego de la segunda guerra del Golfo (1991), cuando el Consejo de Seguridad ONU estableció una comisión encargada de examinar las demandas originadas en daños derivados de la ocupación de Kuwait⁽¹⁸⁾. La Comisión sólo examinó los informes presentados por los Estados, sin tener en cuenta el derecho individual de las víctimas a la reparación.

La cuestión fundamental a considerar es si las víctimas de delitos internacionales poseen un derecho propio a la reparación reconocido por el DI. Aquí las aguas se dividen. Para algunos, mientras el DIH reconoce derechos en cabeza de los Estados, el DIDH y el DIPenal reconocen derechos e imponen obligaciones directas a los individuos, sin la necesidad del previo endoso estatal. En nuestra visión, todo el sistema protectorio de la persona humana creado por el DI afirma a ésta como titular de los derechos reconocidos. La forma y extensión en la cual una norma brinda al titular de un derecho la posibilidad de accionar procesalmente es una cuestión relacionada con la operatividad de las normas internacionales y el desarrollo progresivo de los procedimientos internacionales. Chocan en este siglo XXI dos visiones antagónicas: la del DI clásico y la del DI contemporáneo influido por los paradigmas de los derechos humanos y el acceso a la justicia efectiva como derecho fundamental.

La gran diferencia entre los derechos humanitarios –derivados de los Convenios de Ginebra– y aquellos correspondientes al DIDH, es que los primeros carecen de medios procesales directos por los cuales las víctimas individuales puedan llevar a sus victimarios ante la justicia, a fin de obtener reparación. No obstante, la ausencia de recurso legal no atenúa el daño sufrido ni niega la existencia del derecho.

IV.b. Contextos de pobreza y vulnerabilidad

Una segunda cuestión necesitada de atención es la pobreza estructural en que viven las comunidades victimizadas. Aquellos Estados que han soportado conflictos armados son los que menos recursos poseen a fin de brindar reparación a las víctimas. En ocasiones los poderes judiciales han sido deliberadamente diezmos para facilitar impunidad futura, y la economía no permite una vida normal para el post conflicto.

Por esto, es vital que la acción de la justicia internacional se dirija en parte a cambiar los contextos estructurales de violencia en lugar de repetirlos o consolidarlos. Un elemento esencial de la justicia transicional consiste en incluir a las víctimas en las discusiones sobre las medidas a instrumentar con el objeto de construir y mantener la paz y la seguridad. Quitarlos de su situación de vulnerabilidad histórica, empoderarlos a través del reconocimiento efectivo de sus derechos, contribuye a prevenir situaciones futuras de violencia masiva.

IV.c. La reparación

En lo que hace a la reparación, la CPI sigue el principio general del DI según el cual,

“la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que habría existido, con toda probabilidad, si ese acto no se hubiera cometido”.⁽¹⁹⁾

El Estatuto de Roma establece que la persona condenada por crímenes internacionales debe reparar sus consecuencias. En caso de insolvencia, la Sala puede ordenar al Fondo Fiduciario para las Víctimas (FFV) de la CPI que proporcione dicha reparación.

La reparación como principio de DI general trasciende la mera compensación económica, la cual constituye sólo una posible forma de reparación, que puede sumarse a otras como la restitución, la rehabilitación, una satisfacción adecuada y las garantías de no repetición⁽²⁰⁾. La CPI en su limitada jurisprudencia en el campo de las reparaciones⁽²¹⁾, ha considerado no solo la letra del ER, sino también lo dispuesto en tratados de derechos humanos universales y regionales, así como en otros instrumentos y normas internacionales sobre reparaciones. De esta manera, dejó en claro que la mención hecha en el Estatuto a las *“modalidades específicas de reparación”* no es exhaustiva y por lo tanto, no impide que la Corte otorgue otras formas de reparación.

En este punto, debe considerarse que de manera recurrente, estas víctimas internacionales, ya constituían grupos vulnerables –y vulnerados– en sí mismos, antes de ser victimizadas internacionalmente. En este sentido, garantizar un mínimo proyecto de vida –comunitario por ejemplo–, debiera constituir una condición previa a que puedan beneficiarse de la participación en los procedimientos penales internacionales. Sólo a modo de ejemplo, una cantidad relevante de víctimas de la violencia post-electoral en Kenia vivían antes y continúan viviendo hoy, en condiciones de pobreza extrema. Su primer interés consiste en obtener algún tipo de compensación, sea desde su propio gobierno o desde la CPI. En este tipo de contextos, para las víctimas responsables de niños y otras personas dependientes, lograr una condena penal contra su victimario, puede ser considerado hasta cierto punto, secundario.

IV.d. Complementariedad de procedimientos y adecuación normativa doméstica

En tanto la CPI basa su labor en el principio de complementariedad en relación con las jurisdicciones nacionales, se comprende que la enorme mayoría de las víctimas jamás acudirán ante ella. Tales víctimas tramitarán sus reclamos ante las respectivas jurisdicciones nacionales. Esta realidad hace surgir la cuestión de la existencia y pertinencia de la normativa interna reparatoria que posee cada Estado. Cuando los Estados incorporaran las normas penales internacionales dentro de su normativa doméstica, deben brindar a las víctimas, procedimientos adecuados a fin que hagan valer sus pretensiones relativas a la reparación del daño. Tales procedimientos internos pueden o no corresponderse con los que ya cuentan las víctimas de delitos comunes, aunque a veces estos últimos resultan insuficientes para lograr una verdadera reparación integral.

IV.e. De una cultura de negación a otra de reconocimiento de derechos

Las comunidades victimizadas por lo general responden a grupos vulnerables, para quienes su situación de sometimiento implica la negativa sistemática del Estado, a reconocerles derechos, y/o la imposibilidad fáctica de ejercerlos. Cuando la justicia internacional llega, la distancia geográfica y sobre todo cultural, constituye un obstáculo mayúsculo. La información sobre los procedimientos y sobre todo su facilitación, el lograr que los mismos sean amigables para las víctimas, resultan útiles a modo de diálogo bidireccional entre los operadores de la justicia internacional y las comunidades victimizadas. El ejercicio de los derechos de las víctimas en los procedimientos ante la CPI puede reflejarse positivamente en las comunidades de pertenencia, en su educación en general y además, contribuye a informarlos sobre los derechos con que cuentan y la manera de ejercerlos. Esta suerte de educación democrática y en derechos humanos *post trauma* contribuye a aumentar su conciencia respecto del lugar que ocupan como titulares de derechos, logrando así una ciudadanía activa. A su debido tiempo, el conocimiento de poseer derechos puede servir para promover la denuncia interna respecto de cualquier otro delito, todo lo cual ayuda en la lucha contra la impunidad. La ausencia de información respecto de los derechos de las víctimas y las consecuencias de su violación, hace desaparecer el efecto disuasorio que constituye uno de los fines prioritarios de la CPI. La cultura de sentirse titular activo de derechos es un primer paso relevante en la lucha contra la impunidad.

IV.f. Importancia de la sociedad civil e intermediarios locales: el DIPenal debe trasladarse a las comunidades

Las organizaciones no gubernamentales que actúan en el territorio donde ocurrieron las violaciones, desempeñan un rol vital respecto de la participación de las víctimas en cuestiones tales como el registro y documentación de delitos, la ayuda administrativa para acceder a los procedimientos de participación y reparación, la capacitación de abogados locales o la explicación de los derechos de las víctimas. Con su accionar aseguran un flujo de información desde y hacia las comunidades afectadas que beneficia el avance de los procedimientos a la vez que generan confianza en la utilidad de los procedimientos internacionales. El contacto directo con las víctimas, provisto por estas organizaciones es fundamental para la internalización de las normas y valores del DIPenal. Diferentes órganos de la CPI se valen de estos intermediarios voluntarios, a fin de acortar la distancia cultural y física entre la CPI y las comunidades afectadas.

V. Corolario

Las víctimas internacionales no han pedido serlo. En ciertas situaciones, de las varias generaciones de su comunidad que padecieron contextos de pobreza, marginación y vulneración de derechos, acabaron siendo víctimas *reconocidas* como tales por el derecho internacional, por la simple razón de haber cruzado ese límite de vulnerabilidad dado por la sistematicidad, la escala o la lesión de normas imperativas del sistema. En ellos, la violación histórica y sistemática de derechos fue tan extrema que fueron así finalmente atrapados por las clasificaciones del DI, transformándose así en “víctimas de violaciones graves de derechos –delitos– internacionales”.

Estas víctimas internacionales merecen ser tratadas como titulares de derechos y no meros beneficiarios del DI y los procedimientos que éste crea. Pero no debemos olvidar que el sistema internacional es solo una pequeña parte de la historia. Los sobrevivientes continuarán habitando los lugares de las masacres de las que fueron involuntarios protagonistas, probablemente retornarán a los territorios y convivirán con algunos vecinos asesinos. Es allí donde el derecho doméstico debe captarlos, y darles las respuestas prioritarias.

El respeto de su dignidad personal y comunitaria debe partir del foro doméstico, para que así jamás lleguen las cuestiones de vulneración de derechos a la esfera internacional. Cuando el DI entra en juego, las violaciones rutinarias han escalado al

grado de lesionar la idea de humanidad. Se ha trasvasado ese límite básico de protección del ser humano.

En lo que nos concierne, deben también los órganos de la CPI, respetar, proteger, cumplir y hacer cumplir los derechos de las víctimas. A estos fines, toda víctima internacional debe poseer una participación significativa en los procedimientos, debiendo concedérsele una representación que le brinde cierto sentido de propiedad en los mismos, y obtener reparaciones que le aseguren algún tipo de rectificación positiva en su vida futura. La información sobre los avances del proceso debe serle transmitida de manera oportuna. Debe brindársele acceso al diálogo con la Corte. La comunicación bidireccional enriquece a la CPI y acrecienta su legitimidad en Estados cuyas situaciones se encuentran bajo su observación y análisis, y en otros Estados que desconfían de ciertos sesgos regionales en la admisión de situaciones.

El principal desafío pendiente consiste en lograr que el DI llegue a cada comunidad víctima de este tipo de violaciones⁽²²⁾. El Estatuto de Roma busca crear un efecto disuasorio que contribuya a generar un rechazo social y cultural a las atrocidades cometidas.

Al fin de cuentas, la totalidad del sistema internacional de justicia penal –exámenes preliminares, investigaciones, procesos, decisiones judiciales y cumplimiento efectivo– debe orientarse, más allá de la condena, a contribuir a internalizar los valores del ER. No debemos olvidar que el derecho internacional penal, es sólo la *última ratio* en la promoción y defensa de los individuos y comunidades de pertenencia. En este sentido, el fin último de su carácter disuasorio consiste en la prevención de delitos internacionales. De no ser así, las investigaciones y los procedimientos de la CPI constituirán una respuesta *extraña* a un padecimiento que como parte de la Humanidad, debe sernos común. Ninguna víctima es extraña a la idea de Humanidad. Su respeto implica reconocimiento, y éste le garantiza derechos y acciones. En esto se resume la lucha de los últimos cuatro siglos de las víctimas internacionales. Las espadas siguen en alto.

Bibliografía

- Augusto, A., Trindade, C. (2011). *The access of individuals to International Justice*. Oxford University Press.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (12/08/1949). *Commentary to the IV Geneva Convention*.
- ONU. (29/11/1985). *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*. Resolución 40/34, Asamblea General ONU.
- Koh, H. H. (1998). The 1998 Frankel lecture: Bringing international law home. *Hous. L. Rev.*, 35, 623. https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/1395/Bringing_International_Law_Home.pdf?sequence=2
- ONU. (16/12/2005). *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución 60/147, Asamblea General ONU.
- Zegveld, L. (2003). Remedies for victims of violations of international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, 85(851). <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/5srelt.htm>

Notas

¹ CPI, Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 85(a) y (b).

² Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General ONU, Resolución 40/34, de 29/11/1985, para. 1.

³ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147, Asamblea General ONU, 16/12/2005, para. 8.

⁴ CtEDH, x v. República Federal de Alemania, Aplicación 4185/69, 35 ECHR, Rep. 89.

⁵ Cita la Corte Europea decisiones previas de la Comisión: Decisión sobre la admisibilidad de las Aplicaciones Nos. 282/57 (Yearbook, Vol. I, p. 166) y 1478/62 (Yearbook, Vol. VI, p. 590).

⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja, 1949 Commentary Geneva IV, pp. 211 y 603.

⁷ Corte Suprema de Japón, Sentencia del 30/03/2004; Corte de Distrito de Tokyo, Sentencia de 11/03/2003; Corte de Distrito de Kyoto, Sentencia de 15/01/2003.

⁸ Tribunal Superior de Tokyo, Sentencia 11/10/2001. Disponible en internet <https://kls.law.columbia.edu/content/lawsuits-brought-against-japan-women-asian-nations-other-korea-including-netherlands> (septiembre 2020).

⁹ Se pueden consultar los elocuentes testimonios de varios "actores" que se han expresado al respecto, como G. Donnard quien conformó el llamado Comité Kosovo, *Comment les victimes vivent-elles les procédures Est-ce que le procès pénal contribue à restaurer leur identité blessée?*, La Justice pénale internationale, S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.), Limoges, Presses Universitaires de Limoges, pp. 221-227, el testimonio F. X. Nzanzuwa, antiguo Fiscal en la capital Kigali, cuya familia entera fue asesinada durante el genocidio, *Le Rwanda: une justice imparfaite*, La Justice pénale internationale, S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.), op.cit., pp. 229-233. El derecho francés autoriza a las víctimas francesas de crímenes internacionales incoar la acción pública en Francia pero con muchas dificultades relativas a la existencia de una competencia universal restringida en el sistema penal francés. Ver el artículo de W. Bourdon, «Les victimes et les procédures pénales: leurs places et les moyens de faire valoir leurs droits», La Justice pénale internationale, S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.), op. cit, pp. 207-219.

¹⁰ ICTY-ICTR Statutes, Rule 106, Compensation to victims. Ver L. Zegveld, Remedies for victims of violations of international humanitarian law, 85 (851) International Review of the Red Cross (2003), p. 523.

¹¹ Estatuto de Roma, art. 43(6) y RPP 65 a 75 inclusive.

¹² CPI, RPP 87 y 88.

¹³ Estatuto CPI, art. 15(3). Ver igualmente RPP 89 a 93 inclusive.

¹⁴ Estatuto CPI, art. 75 y RPP 94 a 99 inclusive.

¹⁵ Cançado Trindade, Antônio Augusto, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2011, pp. 201-204.

¹⁶ Id. ant., p. 203.

¹⁷ Ver en este punto el detalle de Comisiones de Investigación, Mediación o Administración de Indemnizaciones establecidas por la ONU en <https://www.un.org/security-council/es/content/repertoire/commissions-and-investigative-bodies> (agosto 2020).

¹⁸ CS ONU, Res.687, 1991 disponible en www.un.org.ch/uncc.

¹⁹ Véase Permanent Court of International Justice, *Chorzow Factory. Case Merits 1928, PCIJ, Serie A, N°17* (September 13), p. 47, disponible en http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf.

²⁰ Véase en particular los UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian law (Van Boven / Bassiouni Principles), AG ONU Res. 60/147, de 16/12/2005.

²¹ CPI, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Establishing the Principles and Procedure to be applied in Reparations, 7/8/2012*, para. 222.

²² El DIPenal busca el rechazo del uso de la fuerza que conduce a la comisión de delitos ejecutados por las comunidades locales. Véase Koh, Harold Hongju, *The 1998 Frankel Lecture: Bringing International Human Rights Home*, 35 *Hous. L. Rev.* 623, 642 (1998), p. 628.