

# Acerca del concepto de universalidad en el Derecho Penal Internacional



## About the concept of universality in International Criminal Law

**SERGIO MATTOS RÁZURI<sup>(\*)</sup>**

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres.  
Máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla, España.  
Máster en Derecho Penal por London School of Economics  
and Political Science, Reino Unido.

### SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **El concepto de universalidad en el Derecho Internacional.**
- III. **La lucha entre el Derecho natural y el positivismo.**
- IV. **Narrativas acerca de la universalidad.**
  1. **La universalidad como una manifestación de la llegada del concepto de humanidad.**
    - 1.1. **Los piratas como los primeros *hostis humanis generis*.**
    - 1.2. **La Gran Guerra.**
    - 1.3. **La Segunda Guerra Mundial.**
  2. **La universalidad como una construcción legal para desafiar las atrocidades.**
    - 2.1. **La Gran Guerra.**
    - 2.2. **La Segunda Guerra Mundial.**
- V. **Conclusión: el concepto de universalidad como ficción.**

Recibido con fecha 9 de julio de 2021 y aceptado por el Comité Arbitral con fecha 11 de agosto de 2021.

(\*) Este artículo es una adaptación de la tesis para obtener el grado de LL.M. —Máster— en Criminología y Justicia Penal por the London School of Economics and Political Science. Agradezco al programa de becas Chevening por su apoyo para completar mis estudios de maestría en el Reino Unido, al profesor Gerry Simpson por su dirección y enseñanzas; y, finalmente, a J y C, mis motivaciones sempiternas.

## RESUMEN:

A lo largo del presente artículo, el autor buscará probar que el concepto de universalidad —que sirve de base para la criminalización universal de hechos particulares— no es más que una ficción que no responde a las razones más nobles. Construirá su análisis sobre la base de las narrativas de humanidad y su atrocidad, para luego analizar el concepto de universalidad, como un atributo generalmente aceptado en el Derecho Internacional, y examinar la discusión que existe con respecto al Derecho natural y el positivismo. Para terminar, realizará una crítica constructiva sobre el concepto, estableciendo la lógica, fortalezas e inconsistencias detrás de las narrativas de humanidad y atrocidad de la universalidad en el Derecho Penal Internacional.

Palabras clave: derecho penal internacional, derecho internacional público, universalidad, humanismo, criminalización.

## ABSTRACT:

Throughout this article, the author will seek to prove that the concept of universality —which serves as a basis for the universal criminalization of particular acts— is nothing more than a fiction that does not respond to the noblest of reasons. He will build his analysis on the basis of the narratives of humanity and its atrocity, then analyze the concept of universality as a generally accepted attribute in international law and examine the discussion that exists with respect to natural law and positivism. Finally, it will provide a constructive critique of the concept, establishing the logic, strengths and inconsistencies behind the humanity and atrocity narratives of universality in international criminal law.

Keywords: International criminal law, public international law, universality, humanism, criminalization.

*“Aquel destello brillante – ¿quién podría olvidarlo? En un instante, 30,000 se desvanecieron en las calles;*

*...la quietud que reinaba en la ciudad de 300,000: ¿quién podría olvidarla?”*

Tōge Sankichi, 6 de agosto

*cina y estaba girando su cabeza para hablar con la chica del escritorio de al lado”.<sup>1</sup> Entonces, un destello aterrador apareció sobre el claro cielo matutino de Hiroshima y “el mundo cambió”.<sup>2</sup> El hongo radioactivo creado por la explosión atómica no solo anunció el inminente fin de la Segunda Guerra Mundial, sino que también obliteró instantáneamente 66,000 vidas.<sup>3</sup> Esta acción de guerra “demostró que la humanidad poseía los medios para destruirse a sí misma”.<sup>4</sup> Años después, aparentemente, nos hemos olvidado del bombardeo de Hiroshima y Nagasaki, así como que la ciudad de Dresde en Alemania fue convertida en “una gran llama”.<sup>5</sup> Dicha afirmación responde a que ninguna de estas accio-*

## I. INTRODUCCIÓN

Exactamente a las 08:15 del 6 de agosto de 1945, *“Toshiko Sasaki, una empleada del departamento de recursos humanos de East Asia Tin Works, se acababa de sentar en su lugar en la ofi-*

1. John Hersey, "Hiroshima", *The New Yorker*, 31 de agosto de 1946, <https://www.newyorker.com/magazine/1946/08/31/hiroshima>
2. Barack Obama, Discurso en Hiroshima, Japón, *The New York Times*, 21 de diciembre del 2017 <https://www.nytimes.com/2016/05/28/world/asia/text-of-president-obamas-speech-in-hiroshima-japan.html>
3. Cfr. "The Atomic Bombings of Hiroshima and Nagasaki", *The Avalon Project*, acceso el 30 de noviembre del 2021, [http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/mp10.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/mp10.asp); "Bombings of Hiroshima and Nagasaki - 1945", *Atomic Heritage Foundation*, 5 de junio de 2014, <https://www.atomicheritage.org/history/bombings-hiroshima-and-nagasaki-1945>.
4. Barack Obama, Discurso.
5. Kurt Vonnegut, *Slaughterhouse-Five, or, The Children's Crusade: A Duty-Dance with Death* (Vintage, 2000), 129.

nes, a pesar del alto número de fatalidades, fue examinada por el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente ni por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg.<sup>6</sup>

Estas omisiones podrían haber establecido una narrativa particular dentro del Derecho Penal Internacional, en el sentido que los horrores cometidos contra los vencedores también se cometieron contra la humanidad. En este sentido, merecen no solo la desaprobación universal, sino también una respuesta legal universal. Por el contrario, los horrores cometidos contra los vencidos les pertenecen solo a ellos y a nadie más. Quizás el juez Pal –miembro del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, que llevó a cabo los “Juicios de Tokio”—, tenía razón y “solo una guerra perdida es un crimen”.<sup>7</sup>

¿Cómo es que hechos que demostraron una maldad absoluta no son contemplados como crímenes internacionales? A manera de ejemplo, ¿por qué la Gran Purga de la Unión Soviética durante el periodo 1937–1939, durante la cual un millón de personas fueron arbitrariamente sentenciadas a muerte no fue considerada un crimen contra la humanidad al finalizar la Segunda Guerra Mundial?<sup>8</sup> Recientemente, ¿por qué, incluso luego de los ataques coordi-

nados del 11 de septiembre de 2001, que cobraron la vida de alrededor de 3,000 personas<sup>9</sup>, o los bombardeos de Londres de julio del 2005, el terrorismo aún no está incluido en “el conjunto existente de delitos especificados dentro del rubro de crímenes contra la humanidad”?<sup>10</sup> En otras palabras, ¿cuáles son los criterios que indican que un conjunto particular de acciones caen dentro de la categoría de crímenes internacionales?

El profesor Kevin Jon Heller considera que lo que diferencia a un crimen internacional de un delito nacional o transnacional es “que involucra un acto que el derecho internacional de forma universal considera reprochable penalmente.”<sup>11</sup> Asimismo, en el caso “Hostage”, el Tribunal Militar V de Núremberg estableció que “un crimen internacional es aquel acto universalmente reconocido como criminal”.<sup>12</sup> Desafortunadamente, ninguna de estas dos definiciones circulares nos dice mucho, a excepción de que la “universalidad” podría ser la característica distintiva de la criminalidad en el campo de la justicia penal internacional.

No obstante, las narrativas usadas por los expertos y profesionales del Derecho Penal Internacional durante los siglos veinte y veintiuno

- 
6. Cfr., por ejemplo, Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (Penguin Books, 2006), 256.
  7. International Military Tribunal for the Far East, *Dissent Judgment in The United States of America and others v Araki Sadao and others*, 128; Elizabeth S. Kopelman, “Ideology and International Law: The Dissent of the Indian Justice at the Tokyo War Crimes Trial”, *NYU Journal of International Law and Politics* 23 (1991).
  8. Cfr., por ejemplo, Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance* (Princeton University Press, 2000) 26.
  9. Cfr., por ejemplo, Tom Templeton y Tom Lumley, “Statistics from 9/11 and the Aftermath” *The Guardian*, 18 de agosto del 2002, <http://www.theguardian.com/world/2002/aug/18/usa.terrorism>.
  10. Michael P. Scharf y Michael A. Newton, “Terrorism and Crimes against Humanity”, en: *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, ed. Leila Nadya Sadat (Cambridge: Cambridge University Press, 2011); Robert Cryer, Darryl Robinson y Sergey Vasiliev, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 345.
  11. Kevin Jon Heller, “What Is an International Crime? (A Revisionist History)”, *Harvard International Law Journal* 58 (2017): 354.
  12. Nuremberg Military Tribunal, *United States v Wilhelm List et al. (Hostage)*, 19 de febrero de 1948.

revelan que intentar construir un concepto de universalidad ha sido un esfuerzo desafiante. Podría argumentarse que este dilema ha tenido diferentes orígenes. Primero, no sería una sorpresa que cualquier sub-proyecto doctrinal en el campo encontrara varios obstáculos derivados del hecho de que la justicia penal internacional funciona en un ambiente impregnado de conceptos políticos.<sup>13</sup> Segundo, en palabras del profesor Frédéric Mégret, esta materia sufre permanentemente una crisis de ansiedad que se relaciona con "la existencia misma del proyecto y su naturaleza fundamental"<sup>14</sup>, o la autenticidad del campo. A saber, existen ciertos comportamientos que, dependiendo del contexto en el que ocurren, encuentran resistencia a ser etiquetados como ilegales. Por ejemplo, esa podría haber sido la realidad entre los habitantes de la República Democrática del Congo con respecto al reclutamiento de niños soldados.<sup>15</sup> Sin embargo, hoy en día, probablemente, tengan una opinión diferente, especialmente luego de que la Corte Penal Internacional condenara a Thomas Lubanga por los crímenes de reclutamiento/alistamiento de niños y por instrumentalizarlos para participar activamente en hostilidades.<sup>16</sup>

A pesar de "los esfuerzos de la justicia penal in-

ternacional por presentarse a sí misma como una empresa principalmente orientada a lo técnico-instrumental"<sup>17</sup>, a través de cada desarrollo importante ha sido difícil encontrar un nivel de coherencia en el proceso de criminalización.<sup>18</sup> Por tanto, el primer punto que enfatizará este ensayo es que esta falta de coherencia, que constituye otra crisis de ansiedad perpetua y el origen de algunas de las deficiencias y tensiones en el campo,<sup>19</sup> está íntimamente conectada con la búsqueda de los fundamentos de la universalidad.

Del recuento de los acontecimientos legales en la historia del Derecho Penal Internacional, se desprenden dos "narrativas heredadas"<sup>20</sup> que han persistido hasta hoy: a saber, un esfuerzo por la criminalización universal de hechos particulares como consecuencia de la llegada progresiva del concepto de humanidad —la narrativa de la humanidad—, y la criminalización universal como una respuesta legal a las atrocidades que tuvieron lugar durante el siglo veinte —la narrativa de las atrocidades—. En consecuencia, este ensayo intentará desentrañar los fundamentos de la universalidad y explicar cómo las tensiones internas entre las dos narrativas establecen la base para argumentar que el discurso de la universalidad en el Derecho Penal

- 
13. Cfr., por ejemplo, Frédéric Mégret, "The Politics of International Criminal Justice", *European Journal of International Law* 13 (2002): 1261; Gerry Simpson, *Law, War & Crime* (Polity Press, 2007), 11 - 29; Gerry Simpson, "Stop Calling It Aggression: War as Crime", *Current Legal Problems* 61 (2008): 200 - 204; Daphna Shraga, "Politics and Justice: The Role of the Security Council", en: *The Oxford companion to international criminal justice*, ed. Antonio Cassese (Oxford, 2009), 174.
  14. Frédéric Mégret, "The Anxieties of International Criminal Justice", *Leiden Journal of International Law* 29 (2016): 197-199.
  15. Cfr., por ejemplo, *ibid.*, 209.
  16. Prosecutor v Lubanga, Case ICC-01/04-01/06, Trial Chamber, Sentencia del 10 de julio del 2012.
  17. Frédéric Mégret, "The Politics of International Criminal Justice": 1280.
  18. Cfr., por ejemplo, Robert Cryer, Darryl Robinson y Sergey Vasiliev, *An Introduction...*, 7.
  19. Cfr., por ejemplo, Mirjan R. Damaška, "What Is the Point of International Criminal Justice?", *Chicago-Kent Law Review* 83 (2008): 329-330.
  20. Martii Koskeniemi, "Histories of International Law: Significance and Problems for a Critical View Keynote Paper", *Temple International & Comparative Law Journal* 27(2) (2013): 216.

Internacional es, en efecto, solo una ficción que no responde a las razones más nobles.

Así, la sección dos consistirá en un breve análisis de la universalidad como un atributo generalmente aceptado en el Derecho Internacional. Luego, la sección tres examinará la constante discusión que sobre esta materia existe entre el Derecho Natural y el positivismo. En base a los acontecimientos legales más significativos que tuvieron lugar en ambas guerras mundiales, en la sección cuatro estableceremos la lógica, fortalezas e inconsistencias detrás de las narrativas de humanidad y atrocidad de la universalidad en el Derecho Penal Internacional.

Cabe mencionar que el presente ensayo no abordará la institución legal conocida como jurisdicción universal.<sup>21</sup>

## II. EL CONCEPTO DE UNIVERSALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Tomando en cuenta que existe una tendencia actual hacia el nacionalismo en diferentes regiones, particularmente en Europa y los Estados Unidos, puede ser difícil creer que aún vivimos en una sociedad de un solo mundo.<sup>22</sup> No obstante, la idea de una comunidad global persiste hoy en día, "y no puede haber sociedad sin un sistema de leyes que regule las relaciones de sus miembros entre sí".<sup>23</sup> A este respecto, el

Derecho Internacional entra en juego no solo como el conjunto de reglas que rige y da forma a los "derechos y responsabilidades de los Estados"<sup>24</sup>, sino, de acuerdo con el profesor Gerry Simpson, como un "proyecto en su mayoría frustrado para civilizar la política global, humanizar la guerra, domar la anarquía, contener a las Grandes Potencias y garantizar resultados de redistribución más justos."<sup>25</sup>

En cuanto al término "universal", de forma general se define como "relativo a o realizado por todas las personas o cosas en el mundo o en un grupo particular; aplicable a todos los casos".<sup>26</sup> Por tanto, puede argüirse que la "universalidad" en el campo del Derecho Internacional, se refiere a la constante aspiración, y en ocasiones realidad, de un campo que encapsula una variedad de normas aceptadas por todas las personas o que pueden aplicarse en todo el mundo.<sup>27</sup> El renombrado jurista Hersch Lauterpacht desarrolló la idea de comunidad global y universalidad de la siguiente manera:

*"La noción de derecho internacional per se y de una comunidad internacional bajo el régimen de derecho se basa en el supuesto —que, al analizarlo, es una declaración de hecho— de que existen reglas y principios de derecho internacional, validez universal que obliga a todos los sujetos del derecho internacional, ya sean Estados o no, sin importar*

21. Para un análisis integral acerca de la jurisdicción universal, *cfr.* por ejemplo, Devika Hovell, "The Authority of Universal Jurisdiction", *The European Journal of International Law* 29 (2018): 427; Roger O'Keefe, "Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept", *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), 735.

22. *Cfr.*, por ejemplo, James Leslie Brierly, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 42-43.

23. *Ibid.*, 41.

24. Robert Cryer, Darryl Robinson y Sergey Vasiliev, *An Introduction...*, 3.

25. Gerry Simpson, "International Law in Diplomatic History", en: *The Cambridge Companion to International Law*, eds. James Crawford y Martti Koskeniemi, (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 25 - 26.

26. "Universal | Definition of Universal in English by Oxford Dictionaries", *Oxford Dictionaries | English*, acceso el 30 de noviembre del 2021, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/universal>.

27. Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity* (Martinus Nijhoff Publishers, 2001), 3.

su raza, religión, situación geográfica, credo político, o grado de civilización.<sup>28</sup>

Dicho eso, sería ingenuo aceptar la universalidad como cierta característica del Derecho Internacional. Por ejemplo, Anthea Roberts insinúa que debemos ser suspicaces de esta retórica, especialmente con respecto al rol de los abogados y profesionales en el campo del Derecho Internacional. Dice que *"el derecho internacional aspira a ser un campo universal, pero también es, inevitablemente, un producto profundamente humano. Ningún abogado dedicado al derecho internacional puede entender todos los aspectos del campo desde todos los puntos de vista."*<sup>29</sup> Esta manera de pensar surge no solo del hecho de que *"todos estamos moldeados por nuestras experiencias, intereses, y perspectivas privilegiadas"*<sup>30</sup>, sino también de nuestros *"patrones de habla o tics, y [...] conjunto identificable de costumbres culturales."*<sup>31</sup> Nosotros hacemos, practicamos, aprendemos y enseñamos Derecho Internacional desde nuestras diferentes "posiciones de privilegio".

Para identificar el verdadero significado de universalidad, es necesario examinar este concepto en el contexto del Derecho Internacional de

los Derechos Humanos. En efecto, se argumenta que los Derechos Humanos son universales porque son *"los derechos de todas las personas del mundo"*<sup>32</sup>, sin importar su ubicación o incluso el rol que juegan en la comunidad global. Brems usa el término "inclusividad total"<sup>33</sup>, que representa el *"rechazo de la noción de 'no-personas' o seres humanos inferiores."*<sup>34</sup> Precisamente, estas dos etiquetas eran usadas frecuentemente por el régimen nazi durante la Segunda Guerra Mundial, una práctica que podría haber influenciado la "creencia" de Lauterpacht sobre la "estrecha conexión" entre "crímenes contra la humanidad" en el juicio de Núremberg y *"la idea de Derechos Humanos fundamentales y su protección a través del derecho penal."*<sup>35</sup>

Sobre el particular, el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos comienza con el reconocimiento de la "dignidad intrínseca" y de los *"derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana."* Más aun, los proclama *"como un estándar de realización común para todos los pueblos y todas las naciones."*<sup>36</sup> Al respecto, Brems agrega que *"la inclusividad total de la declaración"*<sup>37</sup> también fluye del artículo 1, que declara que *"todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad*

- 
28. Hersch Lauterpacht, *International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht* / Vol.1, The General Works. (Cambridge: Cambridge University Press, 1970), 113.
  29. Anthea Roberts, *Is International Law International?* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 321.
  30. *Ibid.*
  31. Gerry Simpson, "The Sentimental Life of International Law", *London Review of International Law* 3 (2015): 6.
  32. Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, 4.
  33. *Ibid.*
  34. *Ibid.*
  35. Philippe Sands, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity* (Weidenfeld & Nicolson, 2016), 361.
  36. Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, acceso el 30 de noviembre de 2021, <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.
  37. Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, 4.

y derechos<sup>38</sup>, y del artículo 2, que expresa que “[t]oda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”<sup>39</sup>

Dos problemas relevantes que surgen de la relación entre la universalidad y los Derechos Humanos, que también afectan al Derecho Penal Internacional hasta cierto punto, son la preocupación por su aceptación formal y por la jerarquización. Primero, aceptar que los Derechos Humanos son universales puede implicar volverse parte de la utopía en la que todos los Estados cumplen cabalmente con sus obligaciones en esta área.<sup>40</sup> No obstante, el retiro de los Estados Unidos en el año 2018 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas es un ejemplo de que la realidad es ligeramente diferente.<sup>41</sup> Este problema también es fácilmente reconocible en nuestro campo de interés. Por ejemplo, al momento de redactar el borrador de este artículo, solo 123 países eran Estados Miembros del Estatuto de Roma.<sup>42</sup> Además, los Estados Unidos y la Federación Rusa son dos antagonistas permanentes del sistema de justicia penal internacional. Incluso un país como Sudáfrica, miembro del Estatu-

to, obstaculizó el trabajo de la Corte Penal Internacional incumpliendo la solicitud para arrestar y entregar al ex presidente Al-Bashir.<sup>43</sup> Entonces, ¿cómo podemos intentar construir un concepto de universalidad en Derechos Humanos, o en el Derecho Penal Internacional, si no todos los Estados se adhieren a los instrumentos internacionales y reconocen las instituciones que componen dichos sistemas? En este asunto estamos de acuerdo con Brems, quien sostiene que “la no participación de unos cuantos estados en el sistema internacional de derechos humanos no puede restarle valor a la universalidad formal de los derechos humanos.”<sup>44</sup> No solo eso, en base a las ideas de Lauterpacht, el carácter universal tanto del Derecho de los Derechos Humanos como del Derecho Penal Internacional, se basa en un conjunto de “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”<sup>45</sup>

Segundo, de acuerdo con Otto, el hecho de que hayamos incorporado a nuestro lenguaje legal expresiones como “primera generación de derechos”, “segunda generación de derechos”, etc., oculta una verdad problemática. Ella sostiene que:

*“La jerarquización de las categorías de derechos atribuye una universalidad cada vez*

38. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

39. *Ibid.*

40. *Cfr.*, por ejemplo, Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, 5.

41. *Cfr.*, por ejemplo, Julian Borger, “US Quits UN Human Rights Council – ‘a Cesspool of Political Bias’”, *The Guardian*, 19 de junio del 2018, <http://www.theguardian.com/world/2018/jun/19/us-quits-un-human-rights-council-cesspool-political-bias>; Gardiner Harris, “Trump Administration Withdraws U.S. From U.N. Human Rights Council”, *The New York Times*, 20 de junio del 2018, <https://www.nytimes.com/2018/06/19/us/politics/trump-israel-palestinians-human-rights.html>.

42. “The States Parties to the Rome Statute”, *International Criminal Court*, acceso el 30 de noviembre de 2021, [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx).

43. *Cfr.*, por ejemplo, Erika de Wet, “The Implications of President Al-Bashir’s Visit to South Africa for International and Domestic Law”, *Journal of International Criminal Justice* 13 (2015): 1049.

44. Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, 6.

45. Hersch Lauterpacht, *International Law...*, 114.

más cuestionable a las categorías generacionales posteriores. El resultado es afirmar la universalidad incuestionable, y por tanto el dominio de los derechos de la primera generación, legitimando menores estándares de responsabilidad y exigibilidad con respecto a los derechos de siguientes generaciones.<sup>46</sup>

Otto complementa su argumento indicando que el Derecho: "ha legitimado jerarquías particulares de conocimiento y ha silenciado o borrado otras [...] extendido el poder (global) legal mediante el reemplazo de mecanismos (locales) no legales que también protegen y promocionan la dignidad humana."<sup>47</sup> Así, la aspiración por la universalidad en el Derecho Internacional Humanitario podría convertirse en una espada de doble filo porque, a pesar de que aquella es en efecto una declaración virtuosa, la lucha entre la jerarquización y la universalidad puede provocar un estado de falta de atención hacia otras demandas legítimas como el derecho a la auto-determinación, a la paz, el derecho de las minorías sexuales, entre otros.

En lenguaje teatral, cuando el director decide iluminar un área particular del escenario, al mismo tiempo puede, a propósito, estar ensombreciendo otra. Asimismo, cuando los líderes del mundo establecen jerarquías dentro de los Derechos Humanos, podrían haber

intentado afirmar implícitamente que algunas demandas no eran tan urgentes. Podría argumentarse que este problema también se ha manifestado a través de la historia del Derecho Penal Internacional. Por ejemplo, a partir del disenso o voto en minoría del juez Pal en el Juicio por Crímenes de Guerra de Tokio, resulta claro que su objeción general se basó en el razonamiento de que, al criminalizar primero ciertos hechos y luego castigar a los altos oficiales japoneses, los Aliados intentaban imponer una "visión de un nuevo orden mundial"<sup>48</sup>, que comprendía dos aspectos. Primero, una total indiferencia hacia "el punto de vista y los intereses de los estados del tercer mundo."<sup>49</sup> Con respecto a este punto, Simpson sostiene que "la criminalización de la agresión era sólo una forma de congelar el status quo", y "para asegurar que las fronteras creadas por el pecado original de la mala distribución colonial se mantuvieran fijas por medio de la fuerza legitimadora de un principio de legalidad internacional."<sup>50</sup> Segundo, era una manifestación de la ideología de "guerra justa" de los Estados Unidos<sup>51</sup>, la cual implicaba un intento por legitimar el lanzamiento de las bombas atómicas de Hiroshima y Nagasaki<sup>52</sup>, acontecimientos que, desde el punto de vista de Pal, eran "un excelente ejemplo de un crimen contra la humanidad."<sup>53</sup> En otras palabras, etiquetar solo determinadas acciones terribles como universal-

46. Dianne Otto, "Rethinking the Universality of Human Rights Law", *Columbia Human Rights Law Review* 29 (1997): 5 - 6.

47. Erika de Wet, "The Implications of...".

48. Elizabeth S. Kopelman, "Ideology and International Law...", 383.

49. Erika de Wet, "The Implications of...".

50. Gerry Simpson, *Law, War & Crime*, 147. También, *cfr.* Tor Kvever, "International Criminal Law: An Ideology Critique", *Leiden Journal of International Law* 26 (2013): 707 —"En cambio, es en el nivel ideológico donde la ley, el juicio y el texto operan para limitar la conciencia - para crear, en otras palabras, un consenso social que pueda persuadir a la gente a aceptar la legitimidad pero también la aparente inevitabilidad del status quo, con sus arreglos jerárquicos existentes"—.

51. Elizabeth S. Kopelman, "Ideology and International Law...": 375, 401, 430.

52. *Ibid.*: 375, 401, 430 - 431.

53. *Ibid.*: 407.

mente penales —por ejemplo, Pearl Harbor—, también implica lanzar otros hechos inhumanos —por ejemplo, Hiroshima y Nagasaki— bajo la sombra de impunidad justificada en una necesidad militar.

Es por esto que, recogiendo la lógica de Otto, el Derecho Internacional ha resultado ser “un espacio de lucha”<sup>54</sup>; por tanto, debemos ser cuidadosos y estar preparados para resistir nociones perniciosas de universalidad.<sup>55</sup>

### III. LA LUCHA ENTRE EL DERECHO NATURAL Y EL POSITIVISMO

Antes de comenzar el análisis de las dos narrativas más significativas de universalidad dentro del Derecho Penal Internacional, deberíamos hacer una pausa y concentrarnos en otro problema. Podría argumentarse que esta rama del Derecho ha estado en una búsqueda perpetua de algún origen sólido. En efecto, un estudio sobre la literatura académica revela que tanto el Derecho natural como el positivismo han estado luchando constantemente por asumir la condición de fuente u origen del Derecho Penal Internacional.

En este sentido, el Derecho natural puede definirse como “la suma de aquellos principios que deberían controlar la conducta humana, puesto que está fundado en la misma naturaleza del hombre como ser racional y social.”<sup>56</sup> En otras palabras, se basa en la “idea de un orden moral superior”<sup>57</sup>, y en un “llamado a la razón”.<sup>58</sup> No es

difícil ver por qué muchos conceptos, o incluso el lenguaje, del Derecho Penal Internacional, están inherentemente entrelazados con el Derecho natural. Sobre este tema, Bernard Röling, también miembro del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente —Juicio de Tokyo—, indicó que:

*“[L]a Segunda Guerra Mundial, al crear nuevas situaciones, al confrontar al mundo con nuevos fenómenos, ha acelerado el reconocimiento del derecho natural. Los juicios de la post-guerra, con la adopción de la responsabilidad penal individual por crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad, se basaban en él. Significaron una revolución en el derecho positivo, guiados por principios del derecho natural. (...) Hoy en día la humanidad voltea instintivamente hacia el derecho natural, puesto que la función del derecho es servir al bienestar del hombre, mientras que el derecho internacional positivo actual tiende a su destrucción. En todos lados prevalece la convicción de que el derecho internacional actual no es rival para las actuales condiciones mundiales.”<sup>59</sup>*

Sin embargo, la principal desventaja de confiar en el Derecho natural es su vaguedad. De acuerdo con Brierly, este problema surge del hecho de que el Derecho de la naturaleza “rara vez puede recibir una definición definitiva”<sup>60</sup>, porque, al final, es meramente un producto del razonamiento humano, que no sólo depende de “condiciones de tiempo y lugar”<sup>61</sup>, sino que tam-

54. Dianne Otto, "Rethinking the Universality of Human Rights Law": 43.

55. *Ibid.*

56. James Leslie Brierly, *Brierly's Law of Nations...*, 16.

57. Amanda Russell, *Justice and Morality: Human Suffering, Natural Law and International Politics* (Ashgate, 2010), 53.

58. James Leslie Brierly, *Brierly's Law of Nations...*, 22.

59. B.V.A. Röling, *International Law in an Expanded World* (Amsterdam: Djambatan, 1960), 2.

60. James Leslie Brierly, *Brierly's Law of Nations...*, 20.

61. *Ibid.*

bién ha sido y siempre será imperfecto.<sup>62</sup> A este respecto, Heller sostiene que:

*"[p]ara comenzar, el naturalismo es casi por definición incapaz de resolver los muchos desacuerdos sobre qué actos califican como crímenes internacionales, porque no puede decidir entre puntos de vista opuestos basándose en evidencia empírica de lo que los estados creen realmente [...]. Como resultado, la identificación naturalista de los crímenes internacionales es ya sea completamente tautológica – determinando los crímenes internacionales por referencia a los valores primordiales de la comunidad internacional, y determinando los valores primordiales de la comunidad internacional por referencia a aquellos actos que son criminalizados internacionalmente —o basada únicamente en criterios que son sustantivos, discutibles, e irremediablemente políticos. [...] Confiando en el naturalismo para determinar el concepto central del DPI— lo que califica como un crimen internacional— es, por tanto, opuesto para la legitimidad del DPI."*<sup>63</sup>

Siempre ha existido un ambiente de desconfianza sobre la relación entre el Derecho Penal Internacional y el *jus naturale*, que ha dado como resultado una permanente discusión hacia el positivismo, que *"determina las reglas del derecho internacional inductivamente, en base a lo que los estados hacen y dicen."*<sup>64</sup> Para ilustrar, proporcionaremos algunos ejemplos de las repercusiones legales de ambas guerras mundiales. Primero,

del Memorándum de Reservas presentado por las delegaciones estadounidense y japonesa en la sesión del 29 de marzo de 1919 de la Conferencia de Paz Preliminar<sup>65</sup>, se puede inferir que había una clara presión hacia el positivismo y un escepticismo cordial<sup>66</sup> respecto a las leyes y principios de humanidad, que eran finalmente una manifestación del Derecho natural. No obstante, una mirada más cercana al artículo 227 del Tratado de Versalles muestra que los Aliados, al final, decidieron usar un lenguaje que se origina en el Derecho natural.<sup>67</sup> En efecto, el ex káiser, mientras vivía cómodamente en Huis Doorn, fue acusado de un *"crimen supremo contra la moralidad internacional"*. Además, el tribunal que supuestamente tenía que juzgarlo debía ser *"guiado por los más altos motivos de política internacional, con una visión de justificar las obligaciones solemnes de las promesas internacionales y la validez de la moralidad internacional"*.

Segundo, respecto a la base legal de los Juicios de Núremberg de los principales criminales de guerra nazi, Robert Jackson —fiscal durante dichos juicios— dijo en una ocasión que:

*"[e]l juez toma una decisión en gran medida después de tomar en consideración la calidad inherente y efecto natural del acto en cuestión. Aplica lo que a veces se ha llamado un derecho natural que obliga a cada hombre a abstenerse de actos tan inherentemente malos e injuriosos para con otros, que debe saber que serán tratados como criminales."*<sup>68</sup>

62. *Ibid.*

63. Kevin Jon Heller, "What is an International Crime?...", 365–366.

64. *Ibid.*, 356.

65. Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, "Report Presented to the Preliminary Peace Conference", *American Journal of International Law* 14 (1920): 127-152.

66. *Cfr.*, por ejemplo, Gerry Simpson, "Revisiting the Tokyo War Crimes Trial", *Pacific Historical Review* 78 (2009): 612.

67. "The Versailles Treaty", *The Avalon Project*, acceso el 30 de noviembre del 2021, <http://avalon.law.yale.edu/imt/partvii.asp>.

68. Robert H. Jackson, "Nuremberg in Retrospect: Legal Answer to International Lawlessness", *American Bar Association* 35 (1949): 885.

Las ansiedades de Jackson surgieron cuando, para superar la crítica de la ley *ex post facto* contra Núremberg, afirmó que el fallo también aplicó leyes —precedentes— que eran vinculantes para todas las naciones. Por ejemplo, el Tratado General de Renuncia a la Guerra de 1928, también conocido como el Pacto Kellogg–Briand, que fue firmado por los representantes de “sesenta y tres naciones incluidas Alemania, Italia y Japón.”<sup>69</sup> Por medio de este instrumento, los estados miembros “condenan recurrir a la Guerra para la solución de controversias internacionales, y renuncian a ella, como un instrumento de política nacional en sus relaciones unas con otras.”<sup>70</sup> Sin embargo, como explica Luban, “el pacto en efecto significaba que Alemania había violado un tratado al comenzar la guerra; pero la violación del tratado no había sido tratada anteriormente como un crimen penal individual de un líder nacional, por lo que el precedente no viene al caso.”<sup>71</sup> En el mismo sentido, pero ahora en el contexto de los Juicios de Tokio, Joseph B. Keenan, fiscal principal durante los procesos judiciales, mostró que estaba dando vueltas entre el positivismo y el Derecho natural. Comenzó su alegación en el juicio diciendo que, “llevar a cabo una guerra agresiva era un crimen de acuerdo con el derecho internacional incluso antes de que el Acuerdo de Londres o el Estatuto lo dijeran.”<sup>72</sup> Sin embargo, más adelante defendió que, “incluso si ese no hubiera sido el caso, el Tribunal tenía justificado el juzgar a los acusados de todas maneras porque la civilización y la humanidad demanda-

ban que dicho juicio se llevara a cabo.”<sup>73</sup> El juez Pal pensaba que esta falta de certeza por parte del equipo de la fiscalía indicaba una “debilidad”.<sup>74</sup> En cuanto a la importancia del Pacto Kellogg–Briand, el juez disidente fue convencido de que “no afectaba el carácter de la guerra y no pudo introducir ninguna responsabilidad penal respecto a ninguna categoría de guerra en la vida internacional.”<sup>75</sup>

Tal como revelan estos acontecimientos, puede que el Derecho Penal Internacional no sea capaz de elegir un solo origen y deba conformarse con ser el producto “a veces virtuoso, y otras veces pecaminoso”, tanto del Derecho natural como del positivismo.

#### IV. NARRATIVAS ACERCA DE LA UNIVERSALIDAD

La contra-historia de Simpson del Derecho Penal Internacional concluye que “sólo aquéllos del lado equivocado de la historia son enjuiciados.”<sup>76</sup> Uno podría agregar que solo cierto grupo de personas encajan en el rol de “enemigos de la humanidad”, mientras que existen otros malhechores que, sin importar la gravedad e inmoralidad de sus actos, nunca recibirán esa etiqueta. Es verdad que los horrores perpetrados por los “Eichmanns”, “Mladićs”, y “Charles Taylors” de este mundo necesitan ser castigados; sin embargo, las tensiones internas de esta rama del Derecho aumentan cuando algunos otros horrores son silenciados y no son llamados por su

69. *Ibid.*, 886.

70. “Kellogg-Briand Pact 1928”, *The Avalon Project*, acceso el 30 de noviembre del 2021, [http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/kbpact.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/kbpact.asp).

71. David Luban, “The Legacies of Nuremberg”, *Social Research* 54 (1987): 797.

72. Elizabeth S. Kopelman, “Ideology and International Law...”: 397.

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*

75. *Ibid.*, 410.

76. Gerry Simpson, “The Conscience of Civilisation and Its Discontents: A Counter History of International Criminal Law” en: *International Criminal Law in Context*, ed. Philipp Kastner (Routledge, 2018) 24.

nombre. El argumento general de este ensayo es que estamos ante un problema complejo que no puede ser resuelto por el concepto de la universalidad. Por tanto, como ya lo hemos expuesto, tenemos que aceptar que el discurso de universalidad es en efecto solo una ficción que no responde a las más nobles razones.

En esta sección, intentaremos descubrir los fundamentos de la universalidad en base a una explicación sobre dos narrativas claramente identificadas en la literatura académica. La primera narrativa es una que sigue las historias entrelazadas acerca de la llegada progresiva del concepto de humanidad y la criminalización universal de un conjunto particular de actos. La segunda es una historia que pone a la universalidad como un esfuerzo por articular una respuesta legal a las barbaridades y atrocidades que tuvieron lugar durante el siglo veinte.<sup>77</sup>

## 1. La universalidad como una manifestación de la llegada del concepto de humanidad.

### 1.1. Los piratas como los primeros *hostis humanis generis*.

La historia de la llegada progresiva del concepto de humanidad y su impacto en promover un sentido de universalidad en el derecho penal internacional comenzó con el enemigo origi-

nal de la humanidad: el pirata.<sup>78</sup> El crimen de la piratería es considerado el primer crimen internacional<sup>79</sup> y sentó las bases de la jurisdicción universal.<sup>80</sup> Schwarzenberger describe que, "en la Edad Media era costumbre entre los príncipes del cristianismo obligarse mediante tratados recíprocos para prevenir y castigar la piratería o el saqueo de un naufragio."<sup>81</sup>

Los piratas eran bandidos universales, que, oponiéndose al imperio y cometiendo supuestos actos de terror, no sólo estaban atacando abiertamente al proyecto de la humanidad sino que también se estaban poniendo a sí mismos fuera de la categoría de humanidad.<sup>82</sup> No obstante, existían dos confusiones sobre ello. Primero, de acuerdo con Hovell, "un problema clásico es que la comunidad relevante —la de la humanidad— aún no ha establecido adecuadamente su existencia, y mucho menos sus parámetros"<sup>83</sup>, una realidad que ha sido prolongada hasta hoy en día. En otras palabras, creamos un enemigo antes de que el sentido de humanidad siquiera hubiera nacido en nuestra imaginación. Segundo, los piratas eran "enemigos del imperio o de estados particulares pero no de la humanidad".<sup>84</sup> En efecto, la humanidad nunca estuvo en peligro por estas acciones. El carácter penal universal originalmente asociado a la piratería fue "otorgado por la necesidad de proteger intereses estatales fundamentales (a saber, el comercio internacional)".<sup>85</sup> Basado en estas premisas, se puede argüir que los piratas

77. Cfr., por ejemplo, Immi Tallgren, "The Sensibility and Sense of International Criminal Law", *European Journal of International Law* 13 (2002): 562.

78. Cfr., por ejemplo, Gerry Simpson, "Atrocity, Law, Humanity: Punishing Human Right Violators", en: *The Cambridge companion to human rights law*, eds. Conor Gearty y Douzinas Costas (Cambridge University Press, 2012), 117.

79. Cfr., por ejemplo, Gerry Simpson, *Law, War & Crime*, 161.

80. Cfr., por ejemplo, Devika Hovell, "The Authority of Universal Jurisdiction": 437.

81. Georg Schwarzenberger, "The Problem of an International Criminal Law", *Current Legal Problems* 3 (1950): 266.

82. Cfr., por ejemplo, Gerry Simpson, "Atrocity, Law, Humanity: Punishing Human Right Violators", 115.

83. Devika Hovell, "The Authority of Universal Jurisdiction": 446.

84. Gerry Simpson, *Law, War & Crime*, 41.

85. Devika Hovell, "The Authority of Universal Jurisdiction": 443.

nunca fueron un *hostis humanis generis* real: en el mejor de los casos eran adversarios de "formas severamente atenuadas de humanidad"<sup>86</sup>; en el peor, eran solo enemigos de los "gobernantes" de la humanidad.

## 1.2. La Gran Guerra.

Avanzando hasta el siglo veinte, el concepto de humanidad fue una idea extendida durante la Primera Guerra Mundial, y particularmente en sus repercusiones. En efecto, cuando las fuerzas británicas capturaron dos submarinos alemanes, sus tripulaciones fueron acusadas de "*crímenes contra la ley de las naciones y [...] humanidad común*".<sup>87</sup> Pero, ¿qué es esta humanidad común? O, ¿vale la pena preguntarse si dicha humanidad común siquiera existe?<sup>88</sup> A este respecto, el intento de Çubukçu de pensar contra la humanidad podría ser esclarecedor. Ella afirma que a través de la historia siempre hemos tenido momentos "*que involucraban el retiro de la solidaridad y la negación de la igualdad de ciertos seres humanos cuya humanidad, como miembros de una especie, aún así se les había otorgado*".<sup>89</sup> Es por esto que agrega que "*no estamos unificados como una humanidad*".<sup>90</sup> Durante la Primera Guerra Mundial no existía un sentido de humanidad común, y tampoco lo existe ahora. Por lo tanto, lo úni-

co que nos queda es "*una humanidad potencial que requiere cultivarse, desarrollarse y fomentarse*"<sup>91</sup>, una incipiente capacidad de humanidad que necesita ser protegida, incluso recurriendo a medios legales, tales como la criminalización universal de actos específicos.<sup>92</sup>

Después del fin de la Primera Guerra Mundial, dentro del Gabinete de Guerra Imperial empezó una intensa discusión sobre la responsabilidad personal de Guillermo II. Cuando alguien preguntaba cuál era el crimen cometido por el ex káiser, Lloyd George inmediatamente respondía: "*el crimen del que es responsable es de sumir a este mundo en una guerra*".<sup>93</sup> Esta declaración fue complementada por Robert Borden, primer ministro canadiense, quien agregó: "*es un crimen contra la humanidad*".<sup>94</sup> Simpson afirma que este es "*el momento en el que las Grandes Potencias comenzaron a pensar en sí mismas como humanidad*".<sup>95</sup> Dos problemas surgen de llamarse a sí mismos "humanidad" en este contexto. Primero, como el mencionado académico señala, "*aquí humanidad incluía a los belgas, franceses y británicos cada uno de los cuales era, para este momento, responsable de tres siglos de Imperialismo a veces violento y ciertamente con un tono racial*".<sup>96</sup> Un segundo problema está relacionado con el eurocentrismo: podría argumentarse que

86. Gerry Simpson, "Atrocity, Law, Humanity: Punishing Human Right Violators", 117.

87. Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, 61.

88. Cfr., por ejemplo, Devika Hovell, "The Authority of Universal Jurisdiction": 446.

89. Ayça Çubukçu, "Thinking Against Humanity", *London Review of International Law* 5 (2017): 265–266.

90. *Ibid.*, 266.

91. *Ibid.*, 256.

92. Cfr., por ejemplo, *ibid.*, 260.

93. Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, 66.

94. *Ibid.*

95. Gerry Simpson, "The Conscience of Civilisation...": 20.

96. *Ibid.*, 21. También cfr., por ejemplo, Adam Hochschild, *King Leopold's Ghost: A Story of Greed, Terror, and Heroism in Colonial Africa* (Houghton Mifflin, 1999), 3.

lo que tanto Lloyd George como Borden implicaban es que el nieto mayor de la reina Victoria era responsable de la imprudencia de sumir a la humanidad en una guerra y de llevar al mundo que conocían —Europa— a una intensa destrucción. En efecto, ¿qué podría haber pasado si la guerra hubiera durado otros cuatro años? Probablemente muchos millones más de personas hubieran muerto, y la vida europea contemporánea podría haber dejado de existir. Esta parece ser una interpretación sin sentido. Sin embargo, como explica Koskenniemi, *“las historias tradicionales son terriblemente eurocéntricas”*.<sup>97</sup> Así, no sería muy difícil imaginar que esta necesidad de juicios por crímenes de guerra estaba determinada solo por el deseo de convertir lo particular en universal o para mostrar que “sus enemigos” —los enemigos de un concierto de naciones en Europa— se habían convertido en enemigos de la humanidad.<sup>98</sup>

El 25 de marzo de 1919, las Grandes Potencias decidieron establecer una comisión para indagar sobre las responsabilidades de los autores de la guerra, los hechos, leyes y costumbres de guerra vulnerados, entre otros.<sup>99</sup> Al final de la investigación, el informe en mayoría estableció que la guerra fue el producto de una *“conspiración oscura”*<sup>100</sup> entre Alemania, Austria, Turquía y Bulgaria. En relación con las violaciones de las leyes y costumbres de guerra, la comisión comentó que:

*“Es imposible imaginar una lista de casos tan*

*diversos y tan dolorosos. Las violaciones de los derechos de los combatientes, de los derechos de los civiles, y de los derechos de ambos, se multiplican en esta lista de las prácticas más crueles que la barbarie primitiva, ayudada por todos los recursos de la ciencia moderna, podría haber ideado para la ejecución de un sistema de terrorismo cuidadosamente planeado y llevado a cabo hasta el final.”*<sup>101</sup>

Es por esto que no sólo concluyeron que los métodos utilizados por el Imperio Alemán violaron las leyes y costumbres de guerra, sino también *“las leyes elementales de humanidad”*.<sup>102</sup> No obstante, es difícil comprender hasta qué punto esta “humanidad” fue ofendida por *“el asunto de la falsificación de dinero reportada por el Gobierno Polaco”*, también incluido en el informe en mayoría de la citada comisión.<sup>103</sup>

En cuanto a si el ex káiser podía ser enjuiciado o no, el informe en mayoría concluyó que:

*“[s]i la inmunidad de un soberano es declarada como que se extiende más allá de los límites antes expuestos, supondría establecer el principio de que las atrocidades más grandes contra las leyes y costumbres de guerra y las leyes de la humanidad, si se probaran en su contra, bajo ninguna circunstancia podrían ser castigadas. Dicha conclusión conmovió la conciencia de la especie humana civilizada.”*<sup>104</sup>

97. Martii Koskenniemi, "Histories of International Law...": 222.

98. Gerry Simpson, *Law, War & Crime*, 175.

99. Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, "Report Presented to the Preliminary Peace Conference": 95.

100. *Ibid.*, 98.

101. *Ibid.*, 113.

102. *Ibid.*, 115.

103. *Ibid.*, 114.

104. *Ibid.*, 116.

Por eso, con el fin de la Primera Guerra Mundial, se desató una nueva lucha, pero ahora entre la humanidad y la impunidad. Y, como explicaremos, al final de la lucha, la última salió victoriosa. En primer lugar, el informe en mayoría de la comisión argumentó que una guerra de agresión no está proscrita en ningún derecho positivo. Por tanto, ninguno de los autores de esta "conspiración oscura" debería ser acusado o enfrentar un juicio.<sup>105</sup> En segundo lugar, la narrativa del concepto de humanidad y su relación con la universalidad recibió un golpe directo de la delegación estadounidense a través de su Memorándum de Reservas. En efecto, objetando las referencias en el informe en mayoría a "las leyes de humanidad", Lansing y compañía argumentaron que *"las leyes y principios de humanidad no son definitivos, varían con el tiempo, lugar y circunstancias, y, por consiguiente, pueden estar sujetos a la consciencia del juez individual. No existe un estándar fijo y universal de humanidad."*<sup>106</sup> Dicho de otro modo, los representantes del gobierno estadounidense insinuaron que, en 1919, luchar por la humanidad o plantear una demanda por justicia en nombre de la humanidad era solo una ilusión. En tercer lugar, con respecto al Tratado de Versalles<sup>107</sup>, debe recalarse que el lenguaje "ambiguo"<sup>108</sup> y casi santurrón del artículo 227 nunca se hizo cumplir, lo que permitió al ex káiser *"morir por edad avanzada en Holanda"*.<sup>109</sup>

La impunidad triunfó y, con ello, la demanda legítima por hacer responsables a los criminales de guerra se desvaneció. No obstante, la repercusión más importante fue que sentó las bases para un asalto más grave y sistemático contra la humanidad; o, para lo que Arendt describió como *"masacres administrativas a escala gigantesca cometidas con medios de producción masiva — la producción masiva de cadáveres"*.<sup>110</sup>

### 1.3. La Segunda Guerra Mundial.

En 1940, horrorizado por el derramamiento de sangre en Europa, H.G. Wells preguntó a la opinión pública británica *"¿por qué estamos peleando?"*<sup>111</sup> La esencia de su razonamiento era que los soldados Aliados estaban arriesgando sus vidas por cierto conjunto de derechos, "los derechos del hombre", que pertenecen a *"todas las comunidades y colectivos reunidos bajo el concepto de Paz Mundial"*.<sup>112</sup> Así pues, cualquier inglés tenía que preocuparse por cualquier *"acto de flagrante crueldad o injusticia"*<sup>113</sup>, sin importar si ocurriera en Manchuria, Danzig, o Cardiff.<sup>114</sup> Cinco años más tarde, el antes nombrado Robert Jackson expresó un lenguaje y sentimiento similar, quizás sin querer, en su informe al presidente Truman. Sostuvo que los actos perpetrados por el régimen nazi, que han *"ofendido la consciencia"* del pueblo americano, *"fueron criminales de acuerdo con los estándares generalmente acepta-*

105. *Ibid.*, 118–120.

106. *Ibid.*, 144.

107. "The Versailles Treaty", *The Avalon Project*.

108. Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, 76.

109. *Ibid.*, 87.

110. Hannah Arendt, "Introduction" en: *Auschwitz: a report on the proceedings against Robert Karl Ludwig Mulka and other before the court at Frankfurt*, Bernd Naumann, (Pall Mall Press, 1966), xxii.

111. H.G. Wells, *The Rights of Man* (Penguin, 2015), 6.

112. *Ibid.*, 13.

113. *Ibid.*, 111.

114. *Ibid.*

dos en todos los países civilizados". Además, el Fiscal General de los Estados Unidos en Núremberg intentó describir la angustia interna de la sociedad estadounidense y dijo que "cada vez se sentía más que estos eran crímenes cometidos contra nosotros y contra toda la sociedad de las naciones civilizadas por una banda de forajidos que se apoderaron del organismo de un estado".<sup>115</sup>

Podría argumentarse que los juicios de los crímenes de guerra y la criminalización universal de las persecuciones y asesinatos que tuvieron lugar durante la Segunda Guerra Mundial fueron determinados por la comprensión de que estos crímenes eran "diferentes no sólo en grado de gravedad sino en esencia".<sup>116</sup> Estos no solo eran ataques contra los judíos, gitanos, polacos y otros grupos, porque "no pueden ser reducidos a crímenes contra personas o grupos particulares".<sup>117</sup> De acuerdo con Arendt, estos crímenes rompieron un "orden totalmente diferente" y violaron "una comunidad totalmente diferente".<sup>118</sup> En esencia, todos se dieron cuenta de que estos eran asaltos directos contra una característica diferente de la humanidad, a saber, la "diversidad humana"<sup>119</sup>, "sin la cual las palabras mismas de 'especie humana' o 'humanidad' estarían desprovistas de significado".<sup>120</sup>

Luban introduce una contra-narrativa de crímenes contra la humanidad y, aunque no condena la lógica de Arendt, piensa que "el problema con considerar la diversidad de grupos como la característica que define la humanidad es que ignora el valor de los individuos separados de los grupos a los que pertenecen".<sup>121</sup> A este respecto, ofrece una interpretación en la que los crímenes contra la humanidad —"es decir, los crímenes de los Nazis"<sup>122</sup>— representan una afrenta a nuestra humanidad, un concepto que también puede entenderse como "género humano"<sup>123</sup>, el cual identifica "nuestra naturaleza como animales políticos".<sup>124</sup> Luban concluye que "los crímenes contra la humanidad agreden nuestra individualidad atacándonos únicamente debido a los grupos a los que pertenecemos, y agreden nuestra sociabilidad transformando comunidades políticas en trampas mortales".<sup>125</sup>

En retrospectiva, una narrativa de humanidad parece tener fundamentos sólidos. Sin embargo, también contiene tensiones internas. Por ejemplo, Joseph Keenan, Procurador General en los Juicios de Tokio, enfatizó en su presentación del caso que la "civilización" era el principal demandante, y la civilización misma podría ser destruida si estos procesos judiciales no tie-

115. Robert H Jackson, "Report to the President on Atrocities and War Crimes", *The Avalon Project*, acceso el 30 de noviembre de 2021, [http://avalon.law.yale.edu/imt/imt\\_jack01.asp](http://avalon.law.yale.edu/imt/imt_jack01.asp).

116. Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem...*, 267.

117. Frédéric Mégret, "The Anxieties of International Criminal Justice": 214.

118. Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem...*, 272.

119. *Ibid.*, 268.

120. *Ibid.*, 269.

121. David Luban, "A Theory of Crimes Against Humanity", *The Yale Journal of International Law* 29 (2004): 116.

122. Gerry Simpson, "The Conscience of Civilisation and Its Discontents: A Counter History of International Criminal Law", 23.

123. David Luban, "A Theory of Crimes Against Humanity": 86.

124. *Ibid.*: 159.

125. *Ibid.*: 160.

nen éxito en prevenir futuras guerras.<sup>126</sup> Sobre el mismo tema, Henry Stimson, entonces Secretario de Guerra de los Estados Unidos y figura líder del Proyecto Manhattan<sup>127</sup>, argumentó que la idea de llevar a cabo juicios por crímenes de guerra era “consistente con el avance de la civilización” y “tendría un mayor efecto en la posteridad”.<sup>128</sup> No obstante, nos preguntamos por qué la destrucción de Hiroshima y Nagasaki, equiparada por el juez Pal con los crímenes dirigidos por el ex káiser<sup>129</sup>, no fue llevada a juicio. Es quizás que con este doble estándar el gobierno estadounidense de ese entonces intentaba enviar el mensaje de que los habitantes de las naciones derrotadas no eran parte de esta llamada “civilización” ni de la humanidad.<sup>130</sup>

El Preámbulo del Estatuto de Roma proclama que “*todos los pueblos están unidos por lazos comunes*” y “*sus culturas enlazadas en una herencia compartida*”.<sup>131</sup> Aun así, ¿cuánto de eso es real, y cuánto es solo una aspiración? De acuerdo con Kopelman: “*Pal insistió en que hasta que las naciones lograran adoptar los mismos estándares de moralidad, el derecho mundial no podría regular su comportamiento*”.<sup>132</sup> Su colega Bernard Röling estaba “*preocupado de que la noción de piratería*

*no pudiera extenderse a los crímenes de guerra o terrorismo precisamente debido a la falta de solidaridad en el sistema internacional; o debido a que la ‘comunidad internacional’ no existía*.”<sup>133</sup> Con todas las disparidades y declaraciones de “selectividad” o “inmunidad de Gran Potencia”<sup>134</sup> que son evidentes en este mundo, ¿alguien se atrevería a contradecir a Çubukçu y decir que estamos unificados como una humanidad?<sup>135</sup> Asimismo, Mégret argumenta con precisión que “*la invocación de ‘Humanidad’ en gran medida fracasa en decirnos por qué la [jurisdicción universal] se usa en algunos casos y en otros no, una decisión que seguramente se basa en algo más que en pura ciudadanía buena universalista*”.<sup>136</sup> Por tanto, este ensayo argumenta que, basado en las inconsistencias analizadas anteriormente, la narrativa de la humanidad no puede por sí sola explicar por qué un conjunto particular de hechos ahora se consideran universalmente criminales.

## 2. La universalidad como una construcción legal para desafiar las atrocidades.

### 2.1. La Gran Guerra.

Guillermo II ciertamente no fue el único res-

126. John W. Dower, *Embracing Defeat: Japan in the Aftermath of World War II* (Penguin, 2000), 444.

127. Cfr., por ejemplo, “Biographies of the Secretaries of State: Henry Lewis Stimson (1867–1950)”, *Office of the Historian*, acceso el 30 de noviembre del 2021, <https://history.state.gov/departmenthistory/people/stimson-henry-lewis>.

128. John W. Dower, *Embracing Defeat*... 445.

129. Cfr., por ejemplo, *ibid*, 473.

130. Cfr., por ejemplo, *ibid*.

131. “Estatuto de Roma”, Corte Penal Internacional, acceso el 30 de noviembre de 2021, <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Esp.pdf>.

132. Elizabeth S. Kopelman, “Ideology and International Law...”: 440.

133. Gerry Simpson, *Law, War & Crime*, 175.

134. Gerry Simpson, “Atrocity, Law, Humanity: Punishing Human Right Violators”: 128.

135. Ayça Çubukçu, “Thinking Against Humanity”: 266.

136. Frédéric Mégret, “The ‘elephant in the room’ in debates about universal jurisdiction: diasporas, duties of hospitality, and the constitution of the political”, *Transnational Legal Theory* 6 (2015): 94.

ponsable de los horrores de la Primera Guerra Mundial, e incluso algunas personas afirmaron que él “no vivía en el mundo real”.<sup>137</sup> Pero los británicos y franceses —aunque con pocas notables excepciones entre sus filas— pensaban que el más alto grado de culpabilidad recaía en el ex káiser. Por lo tanto, eran necesarios todos los esfuerzos diplomáticos y legales para llevarlo ante la justicia.

El sufrimiento era un factor esencial en este impulso por establecer un tribunal de crímenes de guerra. Bass describe que “los países que sufrieron más presionaron más fuertemente por los juicios. Los partidarios más entusiastas fueron Bélgica y Francia, que se habían llevado la peor parte del ataque alemán, luego Gran Bretaña, al otro lado del Canal, que no fue invadida, [...] y finalmente Estados Unidos”.<sup>138</sup> El ex káiser fue etiquetado como el “archicriminal del mundo”<sup>139</sup>, y esto no solo se debió al sufrimiento y la indignación pública, sino también a la colosal crueldad de los crímenes —por ejemplo, el uso de gas mostaza—. Por ejemplo, Lord Curzon sintetizó su ira cuando dijo a Lloyd George: “[t]e ruego lo consideres seriamente. La opinión pública no consentirá voluntariamente a dejar que este archicriminal escape por un acto final de cobardía. La naturaleza suprema y colosal de su crimen parece exigir una condena suprema y sin precedentes.”<sup>140</sup> Discutiendo sobre el destino de

Guillermo II, Lloyd George incluso hizo varias referencias disfrazadas a Carlos I y Luis XVI. Por ejemplo, argumentó que:

*“Si acaso es culpable entonces es culpable de un delito. (...) Reyes han sido juzgados y ejecutados por delitos que no se pueden comparar con los delitos de los que estos dos delincuentes han sido culpables, y creo que los gobernantes que sumen al mundo en toda esta miseria deberían ser advertidos siempre de que deberán pagar la pena tarde o temprano.”*<sup>141</sup>

En otra ocasión, el ex primer ministro británico dijo que “los hombres responsables por esta atrocidad contra la raza humana no deben ser absueltos porque sus cabezas llevaban coronas cuando perpetraron los hechos”.<sup>142</sup> Estas proclamaciones por un juicio por crímenes de guerra, incluso contra un ex emperador, muestran, a pesar del fracaso de su resultado legal, que la Gran Guerra fue un momento que “rompió el contexto”.<sup>143</sup> Además, con respecto a la ejecución de Edith Cavell, puede argumentarse que la ira causada por este acontecimiento no solo fue el episodio fundacional para el campo<sup>144</sup>, sino que también señaló una ruptura del orden político y legal.<sup>145</sup> Ya no importaba el título o rango del acusado porque debido a estas atrocidades nació la presión por la criminalización universal de actos específicos, que antes eran considerados

137. Miranda Carter, “What Happens When a Bad-Tempered, Distractible Doofus Runs an Empire?”, *The New Yorker*, 6 de junio del 2018, <https://www.newyorker.com/culture/culture-desk/what-happens-when-a-bad-tempered-distractible-doofus-runs-an-empire>.

138. Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, 58.

139. *Ibid.*, 65.

140. *Ibid.*

141. *Ibid.*, 66.

142. *Ibid.*, 74.

143. Martii Koskenniemi, “Histories of International Law...”: 239.

144. *Cfr.*, por ejemplo, Gerry Simpson, “The Conscience of Civilisation and Its Discontents...”: 15.

145. *Cfr.*, por ejemplo, Martii Koskenniemi, “Histories of International Law...”: 240.

una prerrogativa del soberano. La narrativa de la atrocidad intentaba perforar el velo de la soberanía.

Con respecto a los Estados Unidos, podría argumentarse que esta narrativa de atrocidad que presiona por el universalismo no tuvo el mismo impacto sobre ellos. En base al legalismo y la neutralidad, inicialmente afirmaron que no tenían obligación de protestar ni de intervenir militarmente y mucho menos de presionar por que se llevaran a cabo juicios por crímenes de guerra acerca de las barbaridades cometidas por el Imperio Alemán contra los belgas y franceses.<sup>146</sup> Sin embargo, ese estado de ánimo cambió parcialmente cuando *“un submarino alemán hundió el Lusitania, matando a 1,198 personas —incluyendo 128 ciudadanos estadounidenses—.”*<sup>147</sup> Es por esto que el 2 de abril de 1917, el presidente Wilson se dirigió a su Congreso y afirmó que:

*“[L]a presente guerra submarina alemana [...] es una guerra contra la humanidad. [...] Pero el derecho es máspreciado que la paz, y pelearemos por las cosas que siempre hemos llevado más cerca de nuestros corazones, por la democracia, por los derechos de aquellos que se someten a la autoridad para tener una voz en sus propios gobiernos, por los derechos y libertades de las pequeñas naciones, por un dominio universal del derecho por parte de un concierto de pueblos libres que traerá paz y seguridad a todas las naciones y hará que el mundo mismo finalmente sea libre.”*<sup>148</sup>

Aunque Wilson hizo este fuerte clamor por la humanidad, representada en las vidas esta-

dounidenses perdidas en el Lusitania, Ancona, y Sussex, con el fin de la guerra traicionó su propia declaración y abandonó a sus aliados en su búsqueda de juicios por crímenes de guerra contra el káiser. Las atrocidades que tuvieron lugar en Europa durante la Gran Guerra no perforaron el velo que protegía los intereses de los políticos estadounidenses; como resultado, el cuerpo de Guillermo II yace en una tumba rodeado por un bosque verde infinito, sin haber sido juzgado por tribunal internacional alguno.

## 2.2. La Segunda Guerra Mundial.

Con el fin de la guerra, estaba claro que *“cada ser humano individual tenía derecho a ser protegido de acuerdo con la ley, una ley que no podía ignorar la atrocidad.”*<sup>149</sup> Y, aunque hubo algunos llamados a ejecuciones sumarias o tratos despiadados para los altos oficiales nazis capturados<sup>150</sup>, estaba claro que debía llevarse a cabo un procedimiento legal para aplicar justicia y castigo a las personas responsables por algunos de los hechos más monstruosos y grotescos que hayan ocurrido en la tierra. Sobre el particular, Mettraux señala que:

*“[L]os conceptos de ‘genocidio’ y ‘crímenes contra la humanidad’ esencialmente surgieron como una reacción contra los crímenes cometidos por la Alemania Nazi durante la Segunda Guerra Mundial. ‘Nunca antes en la historia, la inhumanidad del hombre hacia otro hombre había alcanzado tal abismo’, observó un Tribunal estadounidense en Nuremberg. Si no hubiera sido por los horrores de la Segunda Guerra Mundial, los crímenes de genocidio y*

146. Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, 93–94.

147. *Ibid.*, 95.

148. Woodrow Wilson, “Wilson’s War Message to Congress”, *WWI Document Archive*, acceso el 30 de noviembre de 2021, [https://wwi.lib.byu.edu/index.php/Wilson%27s\\_War\\_Message\\_to\\_Congress](https://wwi.lib.byu.edu/index.php/Wilson%27s_War_Message_to_Congress).

149. Philippe Sands, *East West Street...*, 339.

150. *Cfr.*, por ejemplo, Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, 7; Frédéric Mégret, “The Politics of International Criminal Justice”: 1268; John W. Dower, *Embracing Defeat...*, 445.

*crímenes contra la humanidad podrían nunca haber cobrado vida legal.*<sup>151</sup>

Como Bass señaló posteriormente, *“la novedad de algunos cargos, como genocidio [...], no fue el resultado de un deseo por condenar a los acusados por cargos inventados; por lo general fue producto de las innovaciones en términos de crueldad de los acusados.”*<sup>152</sup> Pero de acuerdo con Mettraux, es paradójico que el genocidio *“de hecho fuera tan descuidado en el Juicio del Tribunal Militar Internacional en Nuremberg”*.<sup>153</sup>

Esta presión por juicios de crímenes de guerra y la criminalización universal de los hechos cometidos por los Nazis dependían de la convicción, de acuerdo con Arendt, de que estos eran crímenes *“independientes de la guerra y eso anunciaba una política de asesinato sistemático que continuaría en tiempo de paz”*.<sup>154</sup> Esta conciencia creó una atmósfera de incertidumbre, una *“ansiedad”* porque las atrocidades del pasado pudieran reaparecer en el futuro.<sup>155</sup> Por tanto, era necesario articular algunas respuestas legales para condenar y repudiar estos crímenes a nivel internacional.

No obstante, luego de estas grandes tragedias, hubo varios acontecimientos que *“debilitaron la causa de justicia internacional”*<sup>156</sup> y, finalmente, la legitimidad de la narrativa de

atrocidad como fundamento para el concepto de universalidad. Por ejemplo, en el contexto de los Juicios de Tokio, el Emperador Hirohito escapó de todas las acciones judiciales. Los jueces Webb y Bernard escribieron opiniones separadas sobre este tema.<sup>157</sup> Los oficiales del Escuadrón 731 de Manchuria, quienes realizaron experimentos letales en prisioneros, fueron exonerados de ser enjuiciados.<sup>158</sup> ¿Fueron atrocidades o no?

## V. CONCLUSIÓN: EL CONCEPTO DE UNIVERSALIDAD COMO FICCIÓN

En base al análisis anterior sobre las fortalezas y tensiones internas asociadas con las narrativas de humanidad y atrocidades, hemos llegado a la conclusión de que el concepto de universalidad en el Derecho Penal Internacional es una ficción.

Primero, acontecimientos pasados y actuales confirman la proposición de Morgenthau de que las relaciones internacionales son *“un esfuerzo continuo por mantener y aumentar el poder del Estado y en el camino reducir o ajustar el poder de otras naciones.”*<sup>159</sup> Además, a pesar de que ningún Estado tiene el poder de definir por sí solo qué constituye Derecho Internacional<sup>160</sup>, es innegable que *“Estados Unidos ha disfrutado de un poder sin precedentes desde la Segunda*

151. Guénaël Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals* (Oxford, 2005) 193.

152. Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, 25.

153. Guénaël Mettraux, *International Crimes...*, 194.

154. Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem...*, 257.

155. Frédéric Mégret, "The Anxieties of International Criminal Justice", 199.

156. John W. Dower, *Embracing Defeat...*, 460.

157. *Cfr.*, por ejemplo, *ibid.*

158. *Cfr.*, por ejemplo, *ibid.*, 465.

159. Amanda Russell, *Justice and Morality...*, 45.

160. *Cfr.*, por ejemplo, Anthea Roberts, *Is International Law International?*, 9.

*Guerra Mundial y ha abogado por una concepción occidental y liberal de un orden mundial.*<sup>161</sup> Así, sería correcto reconocer que, luego del fin de la Primera Guerra Mundial, el Derecho Penal Internacional fue instrumentalizado como un arma por las grandes potencias<sup>162</sup> y los Estados etiquetaron actos específicos como universalmente reprochables penalmente o crearon tribunales internacionales para promover sus intereses particulares y legitimar sus objetivos.<sup>163</sup> Es por esto que algunos crímenes son considerados universalmente reprochables penalmente, y otros no. Por ejemplo, no es difícil prever que la corrupción y el terrorismo nunca alcanzarán el umbral de universalidad de crímenes contra la humanidad, porque, desafortunadamente, hoy en día aún existen muchos gobernantes y altas autoridades que todavía participan en prácticas corruptas y que directa o indirectamente patrocinan actividades terroristas.

Segundo, en base a esta historia continua sobre la "justicia de los vencedores", podemos encontrarle sentido a las demandas con respecto a la falta de voluntad política y recursos para apoyar el significativo trabajo de la Corte Penal Internacional<sup>164</sup>, que la ejecución aún es "el talón de Aquiles del derecho internacional"<sup>165</sup>, o que incluso en el contexto de este sistema

de justicia "cosmopolita" y "refinado" los jueces aceptan modos vagos de responsabilidad y reglas de procedimiento que podrían afectar los derechos de los acusados. A través del discurso de la universalidad, la justicia penal internacional se ha puesto a sí misma una enorme carga de la prueba que es imposible de cumplir en términos prácticos, y es por esto que le cuesta avanzar.

Tercero, contrario a lo que dice Simpson, no estamos convencidos de que "no hacer" Derecho Penal Internacional sería la elección correcta.<sup>166</sup> Esto es especialmente cierto porque la "consciencia de la humanidad" ha sido sacudida más que suficiente y, aunque algunos académicos sostengan que "la justicia penal internacional logra muy poco, y que lo poco que logra lo hace a un costo muy alto"<sup>167</sup>, las instituciones como la Corte Penal Internacional sí ayudan a poner fin a la impunidad para algunos perpetradores de los crímenes más nefastos<sup>168</sup>, y a brindar consuelo a las víctimas de estas atrocidades. Sin embargo, si nos comprometemos a terminar con las desigualdades heredadas dentro del campo del Derecho Penal Internacional, primero debemos reconocer que el concepto de universalidad podría no responder a las razones más virtuosas.

161. *Ibid.*, 324.

162. *Cfr.*, por ejemplo, Costas Douzinas, *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism* (Routledge-Cavendish, 2007), 216.

163. Frédéric Mégret, "The Politics of International Criminal Justice": 1267.

164. M Cherif Bassiouni, "International Criminal Justice in Historical Perspective: The Tension Between States Interests and the Pursuit of International Justice" en: *The Oxford companion to international criminal justice*, ed. Antonio Cassese (Oxford: Oxford University Press, 2009) 141.

165. Anthea Roberts, *Is International Law International?*, xvii.

166. Gerry Simpson, "The Conscience of Civilisation and Its Discontents: A Counter History of International Criminal Law": 26.

167. Frédéric Mégret, "The Anxieties of International Criminal Justice": 216.

168. Estatuto de Roma.