

ZOLO, Danilo; *La Giustizia dei Vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2006.

Cuando las tropas del ejército occidental entraron airoso en tierras de Oriente, el talante literario y social en Atenas se expresó significativamente en las palabras de Esquilo en los Persas: sumo respeto hacia el enemigo Jerjes. Casi dos mil años más tarde la aproximación cultural ha cambiado por completo. El mensaje final que Danilo Zolo pretende lanzar a la opinión pública y a los más advertidos intérpretes del Derecho reside en la descripción, en ocasiones impiadosa, del enmascaramiento de la justicia penal internacional- y en especial modo de las cortes especiales para los crímenes de guerra - al servicio exclusivo de los pueblos vencedores. El fin último de la justicia penal internacional está en la humillación del enemigo mediante el rito público del proceso penal, contraviniendo a los principios de objetividad e imparcialidad, a los derechos de *habeas corpus* de los imputados, a los más básicos avances del Derecho penal moderno en tema de función rehabilitativa. Existe, según el profesor italiano, una “justicia a medida” para las grandes potencias occidentales, la cuales disfrutaban de una situación jurídica de impunidad respecto de las guerras de agresión libradas en estos últimos años y justificadas bajo el escudo jurídico de guerras humanitarias o guerras preventivas contra el terrorismo. Por otro lado, se va abriendo camino una justicia de los vencidos que se aplica a los derrotados y a los pueblos oprimidos, con la connivencia de las instituciones internacionales y la “*omertà di larga parte dei giuristi accademici*”.

El fascinante libro de Zolo se presta a múltiples planos de lectura: constituye un *caveat* contra la supuesta superioridad de la cultura occidental de los derechos humanos, es una denuncia acorada contra la manipulación conceptual del Derecho Humanitario a fines bélicos, es un manifiesto contra la actual situación del Derecho Internacional y de la mayoría de los juristas internacionales.

Desde el primer punto de mira, el autor va progresivamente perfilando una posible conflagración cultural entre la concepción occidental de los Derechos Humanos y del Estado de Derecho, imbuida sustancialmente de individualismo anglosajón, y las creencias orientales, el confucianismo, por ejemplo, que privilegia instancias colectivas sobre las propiamente personales. Se trata de una tradición autoritaria fundada en torno a la Verdad y Bien, como *mutatis mutandis* ocurría en la cultura europea clásica y cristiana. Pero la investigación filosófica en “*La Giustizia dei vincitori*” va más allá de una simple colisión entre culturas distintas: se centra, en primer lugar, en la naturaleza efectiva del Derecho Internacional y del Estado de Derecho internacional.

La estratificación conceptual - si bien muy sugestiva a nivel filosófico - no se refleja, sin embargo, en una adecuada distribución del cuerpo de la monografía, que termina por resultar harto incoherente. Comienza el libro con una indagación en torno a la evolución histórica de la negación de la guerra desde la visión westfaliana hasta el giro copernicano de la mitad del siglo XX con la Carta de San Francisco para llegar al

sistema de la justicia penal internacional¹. Aborda en el segundo capítulo la temática de la guerra humanitaria para desnudarla de sus oropeles retóricos y criticar *ab imis* la tutela universal de los derechos subjetivos. Se llega así a ligar la guerra humanitaria al universalismo de los derechos en el tercer capítulo para volver a analizar la guerra a lo largo de los últimos dos siglos. Poco casa con este entramado filosófico la parte del libro dedicada a la noción de Imperio, que los lectores españoles más advertidos habrán tenido oportunidad de leer en la obra colectiva “*El nuevo orden americano ¿la muerte del derecho?*”, Almuzara, 2005, 205 ss., así como la parte dedicada a las razones del terrorismo post-moderno. Mucho más convincente resulta el último capítulo dedicado a las recientes creaciones de cortes penales internacionales. El intento de realizar un giro completo a la actual situación del Derecho Internacional y la reiteración de conceptos ya abundantemente esgrimidas anteriormente resulta ciertamente loable, pero termina por provocar una sensación más de vértigo y desconcierto que de una visión amplia. Queda en toda su imperiosa hondura, sin embargo, el examen sobre la radcada incoherencia de la actual justicia penal internacional, ya avanzada hace tiempo en España². En el análisis del estado actual del Derecho Internacional, y en particular en la crítica a la institución de tribunales que juzguen la actuación *de iure bello* de personalidades estatales, Zolo desarrolla un excelente trabajo que merece detenida atención también por parte de la academia española.

Pasar la presente estructuración del Derecho Internacional por el tamiz de su efectividad y coherencia es operación que entraña el riesgo de resultar banal (ya sólo por recoger la *vox pupuli* de índole periodística) y, al mismo tiempo, fascinante si el análisis está suficientemente argumentado. Zolo no incurre en ningún momento en el primer error: su estudio sobre la parcialidad de los tribunales instituidos *ad hoc* es fundamentada y, en muchos aspectos, convincente. La tesis última sostenida por el profesor de filosofía del Derecho Internacional termina por resumirse en la expresión de la *dissenting opinión* de un juez indio del tribunal de Tokio – Radhabinod B. Pal, según la cual cuando se estudie a fondo la conducta de las naciones, se llegará a la conclusión de que existe una ley por la que la guerra perdida es un crimen internacional. Esta cita figura significativamente por última – a modo de conclusión final - en las frases reportadas en la primera página del libro.

En primer lugar se toma en consideración la evolución del concepto de guerra y de las consiguientes secuelas de la misma: hasta la conclusión de la Segunda guerra mundial, el Derecho Internacional a penas había previsto sanciones de carácter individual para los

¹ En el tema cfr. AA.VV., *La criminalización de la barbarie : la Corte Penal Internacional*, editado por J. A. Carrillo Salcedo y E. W. Petit Gabriel, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000; AA.VV., *Crimes internationaux et juridictions internationales*, editado por A. Cassese y M. Delmas-Marty, Paris, Presses Universitaires de France, 2002; AA.VV., *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, editado por M. Chiavario, Giuffrè, Milano, 2003; A. CASSESE- M. CHIAVARIO –G. DE FRANCESCO, *Problemi giuridici attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2005.

² L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Un Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia*, en *Revista Derechos Y Libertades*, 1996, pp. 519-540; en el ámbito europeo M. WELLER, *The Kosovo Indictment of the International Criminal Tribunal for Yugoslavia*, en AA.VV., *The Kosovo Tragedy. The Human Rights Dimensions*, editado por Ken Booth, Frank Cass, London-Portland, 2001.

Estados que hubiesen violado sus normas. En la concepción clásica del Derecho Internacional el individuo no podía estar considerado sujeto de este ordenamiento ni siquiera en su aspecto penal-procesal. Sólo a partir de la primera década del siglo XX bajo la influencia de la cultura norteamericana se ha ido paulatinamente consolidando la dúplice idea según la cual la guerra de agresión había de considerarse crimen internacional y que a la vez fuese necesario introducir una suerte de justicia penal internacional en el ordenamiento internacional al fin de punir los responsables de las guerras de agresión. En las abundantemente citadas obras de Schmitt la conclusión de la primera guerra mundial coincide con el ocaso del *jus publicum europeum*, fundado en la idea de un ordenamiento internacional “espacializado” que trataba de poner la *guerre en forme* según la celebre frase de Emmerich de Vattel. Surge una *Weltanschauung* geopolítica distinta radicada en una institución universalista y “despacializada”. La misión de este nuevo ordenamiento internacional, liderado por Estados Unidos, residía en abolir la guerra y no en limitarla o ritualizarla en los términos previstos por el derecho público europeo. La aspiración del pacto Kellog-Briand, posteriormente formalizada por el art. 2 de la Carta de la ONU, consistía en prohibir cualquier acto de agresión incluso bajo forma de amenaza. Claro está que el intento kantiano de una paz universal en ausencia de conflictos se ha visto constantemente frustrado por la realidad de numerosas guerras que han acompañado la evolución de la ONU, al punto tal que la guerra ya se ha banalizado y normalizado en la vida diaria.

En el perfeccionamiento de la nueva concepción de prohibición absoluta de la guerra, Zolo considera punto neurálgico de inflexión la incriminación del kaiser Guillermo II de Hohenzollern al final del primer conflicto mundial. Los Estados vencedores lo acusaron de ultraje supremo contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados, pero el proceso contra el jefe de Estado derrotado al final no se celebró. El salto conceptual elaborado en la persecución de un jefe de Estado implicaba que se tratase de “*criminalizzare e sanzionare la guerra come tale e si riteneva che ad essere giudicati dovessero essere anche i singoli individui*” (pag. 24). La imputación, en efecto, no se refería a la comisión de crímenes de guerra, relativos a la violación de la noción del *ius in bello*, sino a la propia realización de una conducta de agresión internacional.

Tal operación se realizó veinte años más tarde en Nuremberg y Tokio donde se instituyeron tribunales penales internacionales con el objetivo explícito de procesar y condenar a los enemigos derrotados. Surgido en la estela de la concepción kelseniana de una paz universal realizada mediante la consolidación de los mecanismos del Derecho y máxime de las cortes internacionales, el tribunal de Nuremberg aclara en uno de sus puntos más emblemáticos que la “guerra es esencialmente un mal. Es el crimen internacional supremo”. Es un concepto de guerra *toto coelo* opuesto al *bellum* como medio de resolución de las relaciones conflictivas en el *ius publicum europaeum*. Contemporáneamente los jefes de Estado de las potencias vencedoras del conflicto habían procedido en Dumbarton Oaks a redactar el borrador de la Carta de las Naciones Unidas, donde la guerra de agresión está considerada en término de crimen y se atribuye al Consejo de Seguridad la competencia para usar la fuerza para impedir o sancionar tal conducta. Sin embargo, a la proclamación universal de la prohibición del uso de la fuerza sigue la fundada crítica formulada por el propio Kelsen del fracaso total del juicio de Nuremberg. En la opinión del jurista austriaco, también los Estados

vencedores habrían tenido que someterse al mismo juicio ante una corte independiente, imparcial y con una jurisdicción amplia: el proceso de Nuremberg no debe ser considerado como un precedente judicial a seguir. Sin embargo el modelo-Nuremberg se propaga en los últimos tiempos en los nuevos tribunales penales *ad hoc* (Tribunal de la Haya para la ex Yugoslavia de 1993; Tribunal de Arusha para el Ruanda de 1994). “*La proscrizione giuridica della guerra non ha dato luogo a un sistema normativo unitario, coerente ed exhaustivo, in grado di ottenere, anche in modo imperfetto e tendenziale, l’obiettivo dichiarato: la pacificazione del mondo*” (pág. 44). Al contrario, según el autor italiano la disciplina floreciente jurídica del fenómeno de la guerra consolidada a lo largo del siglo XX denota lagunas normativas tan graves que no se ha producido ni la mínima contención del uso de la fuerza internacional. El *ius contra bellum* no se ha revelado más eficaz que el *ius belli*. Zolo apunta a una serie de motivos esenciales para explicar estas incongruencias sistémicas: la estructura antidemocrática y asimétrica del Consejo de Seguridad de las NU con el derecho de veto en especial, la vaguedad de la definición normativa de “agresión” o “guerra de agresión” por reticencia por parte de las grandes potencias, tanto es que Zolo retoma la expresión ya precedentemente acuñada de “modelo cosmopolita de la Santa Alianza”.

El ordenamiento internacional es a la vez problemático en su validez e injusto en la repartición de poderes y competencias entre sus miembros. La alternativa de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que tiende a proteger el individuo en su calidad de sujeto del Derecho Internacional, rompiendo la dinámica de la jurisdicción estatal en la protección de los derechos humanos, a los ojos de Zolo aparece funcionalmente análoga a la estructura dominante del Imperio. La Declaración no sólo no es capaz de disponer de herramientas jurisdiccionales para ser algo más que un simple elenco de buenas intenciones políticas, sino que proyecta a escala mundial un conjunto de pretensiones, fruto predominantemente de la cultura occidental y que no deben elevarse a parámetro universal. La declaración y la filosofía de los derechos humanos en general estaría una vez más viciada de un fenómeno de etnocentrismo y del intento de dominar el mundo mediante el propio lenguaje y cultura: *Caesar dominus et supra grammaticam*.

La tesis esgrimida por Danilo Zolo va página tras página adquiriendo tintes sugestivos y a la vez intensos: en la post-guerra las llamadas superpotencias gozan de impunidad en la persecución internacional del uso de la fuerza gracias a la utilización del derecho de veto. Los conflictos en Vietnam y en Afganistán vienen a corroborar la consideración según la cual bien en verdaderas guerras de agresión como las mencionadas bien en intervenciones en Guatemala, Líbano, Cuba o Santo Domingo, Grenada, Libia, Panamá o todas las acciones militares conducidas por la URSS en Europa Oriental en 1956 y 1968, las dos naciones más poderosas han podido impunemente violar el art. 2 de la Carta de la ONU. Todos estos conflictos humanitarios, impensables en la época del *ius publicum europaeum*, celan la voluntad de dominar partes del mundo *manu militari*. La justicia de los vencedores sigue su evolución también después de la experiencia de la guerra fría, asumiendo en los años Noventa las dimensiones de juicio penal contra Slobodan Milosévić y el vértice militar y político de la República Federal yugoslava. La entrega del ex presidente está considerada por Zolo la cesión de a un chantaje

económico de los Estados Unidos al fin de procesarlo en la Haya. Años más tarde la justicia de los vencedores asume el rostro de Saddam Husein y de los miembros del partido Ba'th, responsables de graves violaciones de los derechos humanos. Aquí el examen de Zolo adquiere no sólo la coloración de actualidad sino también de expresa y grave denuncia contra la guerra de agresión llevada a cabo por Estados Unidos y Gran Bretaña. El *J'accuse* de Zolo – permítaseme el juego de palabras literario – se eleva estentóreo. “*Sia Milosêvic che Saddam Hussein sono incarcerati e sottoposti a processo per volontà degli Stati Uniti e della Gran Bretagna dopo la conclusione vittoriosa di due guerre di aggressione: quella ‘umanitaria, in nome della tutela internazionale dei diritti dell’uomo, scatenata nel 1999 e quella ‘preventiva’ contro l’Iraq [...]’*” (pag. IX). Frente a una justicia sacrificial, ejemplar, retributiva según el modelo-Nuremberg³ se halla la justicia de los vencedores que según Zolo no han sido procesados por los crímenes de guerra en las matanzas de Hiroshima y Nagasaki de agosto 1945 o de los bombardeos brutales de las ciudades alemanas y japonesas cuando el conflicto bélico había concluido. Ningún responsable político y militar de la OTAN ha sido imputado por crímenes de guerra en la guerra de agresión por razones humanitarias en la república Yugoslava. La fiscal del Tribunal de la Haya, Carla del Ponte, archivó todas las acusaciones presentadas contra los vértices de la OTAN. Zolo procede, luego, a la asimilación político-jurídica de la intervención de tropas multinacionales en Irak a raíz de la invasión del territorio kuwaití por parte del ejército de Saddam a principios de los años Noventa con la guerra desencadenada contra el mismo sátrapa a principios del siglo XXI. En ambos supuestos la comunidad ha sido cómplice de crímenes de guerra, representados por la muerte de más de cien mil personas en la intervención bajo la égida de la ONU y de casi la misma cifra en la situación actual. Moviéndose en el plano de la actualidad sostiene Zolo “*del tutto impunita resterà in particolare la strage di civili nella città irachena di Fallujah – la strage al napalm e al fosforo bianco – del novembre 2004*” (pág. X).

Latente en toda argumentación anterior, la tesis de Zolo se explicita a todas luces cuando aborda el tema del sistema dualístico de la justicia internacional⁴, a saber una justicia de los vencedores, cuyos hechos ilícitos se trata de encubrir bajo la vestimenta jurídica de las guerras humanitarias y que se resuelve en una impunidad absoluta bien en los términos de crímenes de guerra bien en el plano de las guerras de agresión, y una justicia de los vencidos que se aplica a los “*sconfitti, ai deboli e ai popoli oppressi, con la convenza di larga parte degli giuristi accademici, la complicità di sedicenti organizzazioni non governative*”. La crítica se va extendiendo progresivamente también a las instituciones internacionales, la ONU *in primis*, y a las cortes internacionales, incapaces - en la opinión de Zolo – no tanto de garantizar la utopía kantiana de una paz estable y universal, sino de condicionar mínimamente la actuación de las grandes

³ Cfr. M. MINOW, *Between Vengeance and Forgiveness. Facing History after Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, Boston, 1998.

⁴ Siempre en ámbito académico italiano, reafirma en otros términos una cierta incoherencia en la justicia penal internacional A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, Bologna, il Mulino, 2005; G. GREPPI, *I crimini di guerra e contro l’umanità nel diritto internazionale. Lineamenti generali*, UTET, 2001.

potencias. Una vez más la iconoclastia de Zolo embiste cualquier organización legal con argumentos extremadamente serios.

El análisis de inspiración abiertamente schmittiano llevado a cabo por Danilo Zolo produce seguramente sensaciones de inquietud o perplejidad en el lector, sobre todo porque desvela determinados mecanismos procesales, desmitifica justamente una cierta idea de justicia penal internacional basada preponderantemente en la condena *a priori* de los enjuiciados, en la humillación de determinados pueblos incapaces de proceder ellos mismos a la condena *ad intram* de sus jefes de Estados⁵. La *parte destruens* de la monografía, ya abundantemente anticipada en otros escritos anteriores⁶, constituye, por tanto, la mayor aportación de la concepción del Derecho Internacional esgrimida por el intelectual italiano. El filósofo de Florencia da en el blanco cuando aborda el tema de los elementos de debilidad e incoherencia del sistema jurídico internacional. Adolece este esfuerzo persuasivamente iconoclasta de una correlativa *parte construens* que se perfila cada vez más ineludible en estos últimos días pues, aunque desmitificada, una intervención fuertemente radicada en el terreno del Derecho Internacional reviviría las esperanzas de una justicia internacional menos ligada al interés de una sola nación. Zolo corre el riesgo, tantas veces prefigurado por él respecto de la utopía kantiana y kelseniana de adherirse poco o mal a la realidad mundial, condenando *tout court* la configuración lagunosa actual del Derecho Internacional, demonizando cualquier tipo de justicia penal internacional, allí donde sostiene que los tribunales internacionales son realmente incapaces de incidir en las razones profundas de la agresividad humana, del conflicto y de la violencia. “*Il Consiglio di Sicurezza, la giurisdizione penale internazionale e l'intero diritto di guerra sono utili se svolgono una funzione di legittimazione ex post dei risultati di guerre che esse hanno unilateralmente deciso di fare*” (pag. 46).

Acerca de las reiteradas críticas a la Carta de 1948, no es vano remarcar que el documento ha sido aprobado por consenso unánime de los Países que entonces formaban parte de la ONU, ni se debe apresuradamente liquidar su alcance histórico con el argumento de ser instrumento de manipulación de las potencias occidentales. Habría de pronto que liberarse de la equivocación de fondo por la que se pretende interpretar el texto de 1948 en un plano exclusivamente positivista⁷. La declaración sirve de base para la elaboración de un derecho de gentes eficaz, un elenco de cuestiones que se van imponiendo a la atención de la opinión pública mundial. A este propósito se ha registrado, en efecto, la elaboración de un verdadero *ius cogens* en los derechos

⁵ Imprescindible es el estudio de K. JASPERS, *El problema de la culpa : sobre la responsabilidad política de Alemania*, introducción de Ernesto Garzón, traducción de Román Gutiérrez Cuatango, Madrid, 1998.

⁶ D. ZOLO, *Chi dice umanità Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino, 2000; IDEM, *La giurisdizione penale internazionale; dal Tribunale di Norimberga al Tribunale dell'Aja, alla nuova Corte penale internazionale*, en AA.VV., *Dal Tribunale di Norimberga alla tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, en *Passato e Presente*, XX/2002, a cura di Mariuccia Salvati, 48.

⁷ M. BLECHER, *Law in Movement - Paradoxontology, Law and Social Movements*, en AA.VV., *Human Rights and Capitalism*, editado por J. Dine y Andrew Fagan Elgar, 2005.

fundamentales del trabajo, confluído en 1998 en la Declaración sobre los *core labour rights*. En tema de la aceptación de los *human rights* como de una posible colisión cultural entre creencias occidentales y orientales no ha de incurirse en la errónea perspectiva de extremizar las diferencias lógicas; al contrario, se debe dar por descontado un horizonte de persistentes tensiones culturales en un marco jurídico único⁸.

En este contexto normativo general, no es elemento a minimizar la irrupción en la escena mundial de un actor que la propia corriente realista considera secundario, deteniéndose mayoritariamente en las relaciones de fuerza entre Estados: la sociedad civil internacional⁹. El juicio negativo sobre las ONG que estarían condicionadas por los Países de origen parece excesivamente apresurado, casi apodíptico; el mundo de las ONG no ha de ser abordado ni con lentes pesimistamente negras á la Zolo ni apriorísticamente róseas¹⁰. Es indudable, sin embargo, que la consolidación de una vasta red de movimientos y asociaciones ofrece una visión diversa del presente momento del Derecho Internacional¹¹. La única alternativa avanzada por Zolo parece reductiva: conceder espacio exclusivamente a los medios diplomáticos entre Estados, reduciendo cualquier iniciativa que pase por las manos de los Gobiernos nacionales, no soluciona o soluciona sólo en parte las cuestiones internacionales. Los fenómenos no-estatales (ONGs) o supra-estatales (la Unión Europea) no deben ser defenestrados acríticamente como utópicos. Anclándose excesivamente a la óptica schmittiana, Zolo incurre en el error prospectivo de aplastar dialécticamente bien el proceso de efectiva extensión de los derechos humanos que podría, bien interpretado, beneficiar aquellas poblaciones opresas de las que habla Zolo, así como de liquidar todas las guerras como actos de agresión. La estrategia de los derechos humanos con la progresiva cristalización en *ius cogens*, sancionable ante tribunales realmente independientes, permanentes y autónomos se perfila como un horizonte realmente viable si fuese acompañado por una más importante participación de la sociedad civil mundial.

En última instancia, el sugestivo y corrosivo análisis de Zolo, que se espera sea pronto traducido en español, suscita, por un lado, unas provocadoras cuestiones - por última la equiparación del terrorismo de Estado israelí y norteamericano con el terrorismo más conocido de Al Qaeda y Hezbolá- sobre la misma razón de ser de la actual jurisdicción penal internacional, pero refuerza paradójicamente la necesidad de crear tribunales penales realmente objetivos e imparciales, realizar intervenciones basadas en razones realmente humanitarias y alejar el Derecho Internacional de las tentaciones de ser instrumento jurídico de los vencedores¹². Esquilo describe la *pietas* por los vencidos,

⁸ S. BENHABIB, *I diritti degli altri*, Cortina, Milano, 2006; IDEM, *La rivendicazione dell'identità culturale*, Il Mulino, 2006.

⁹ L. PÉREZ-PRAT, *Sociedad Civil y Derecho Internacional*, Valencia, 2004; IDEM, *Sociedad civil y seguridad colectiva*, en *fride.com*.

¹⁰ Buena prueba de un intento mesurado de análisis procede de P. ALSTON, *Non state-actors and human rights*, Oxford University Press 2005.

¹¹ Cfr. M. ABAD CASTELOS, *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie? Las ONG en la nueva sociedad global*, Madrid, CIDEAL, 2004; C. TEIJO GARCÍA, *Organizaciones Internacionales No Gubernamentales y Derecho Internacional*, Editorial Dilex, Madrid, 2005.

¹² Cfr. AA.VV., *The New Punitiveness. Trends, Theories, Perspectives*, Willan, Cullompton (Darton), 2005.

relatando la batalla de Salamina desde el punto de vista de los mismos orientales vencidos. No aparecen ni dioses ni venganza alguna.

Antonio LAZARI
Profesor Investigador de Derecho Internacional Público
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)