Traducción

JAIME, LAS VÍCTIMAS Y LA CPI

George P. FLETCHER*

Fecha de recepción: 9 de abril de 2025
Fecha de aceptación: 29 de septiembre de 2025

Resumen

El libro de Federico Morgenstern, *Contra la corriente*, aborda un capítulo vital en el desarrollo del derecho penal internacional: los juicios penales en Argentina en la transición de la dictadura hacia la democracia. Jaime Malamud desempeñó un papel fundamental en esta transición. El resultado fue que el derecho penal pasó a centrarse en las víctimas y no en los acusados, y así surgió el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que aborda en primer lugar la difícil situación de las víctimas cuando el Estado se niega a perseguir penalmente a los presuntos autores. A diferencia de la Declaración de Derechos de los Estados Unidos, que se centra exclusivamente en los derechos de los acusados, el Estatuto de Roma, que dio forma a la experiencia argentina, representa un cambio fundamental en el enfoque de la justicia penal.

Palabras clave: Juicios a las Juntas, Derecho penal internacional, Estatuto de Roma, Víctimas, Corte Penal Internacional

Title: Jaime, the Victims and the International Criminal Court

Abstract

Federico Morgenstern's book *Contra la corriente* addresses a crucial chapter in the development of international criminal law: the criminal trials held in Argentina during the transition from dictatorship to democracy. Jaime Malamud played a fundamental role in this process. The result was that Criminal Law began to focus on the victims rather than the accused, leading to the creation of the Rome Statute of the International Criminal Court, which primarily addresses the plight of victims when the state refuses to prosecute alleged perpetrators. Unlike the United

States Bill of Rights, which focuses exclusively on the rights of the accused, the Rome Statute—shaped by the Argentine experience—represents a fundamental shift in the approach to criminal justice.

Keywords: The Trial of the "Juntas", International Criminal Law, Rome Statute, Victims, International Criminal Court

En la década de 1990 fuimos testigos de un cambio importante en nuestra forma de pensar sobre el delito y la pena. Cambiamos nuestro enfoque desde el acusado hacia la presunta víctima. Cuando digo "nuestros", me refiero a los abogados que se dedican a asuntos prácticos, así como a los estudiosos del derecho penal.

La tesis de este artículo es que Argentina estuvo en el centro de este cambio radical y mi querido amigo de muchos años Jaime Malamud Goti fue uno de los actores clave en este cambio de orientación.

El papel de Jaime en esta transición se explica en el nuevo y brillante libro de Federico Morgenstern, *Contra la corriente*.

Si nos fijamos en la Declaración de Derechos de la Constitución de los Estados Unidos o, de hecho, en cualquier documento jurídico de las democracias occidentales, encontraremos un enfoque centrado únicamente en los derechos del acusado. El debido proceso, el derecho de defensa, el hábeas corpus… todos estos conceptos, y otros no mencionados, parecen estar preocupados por los derechos del acusado.

La prueba del cambio de enfoque desde el acusado hacia la presunta víctima es el Estatuto de Roma, que establece la Corte Penal Internacional a finales de la década de 1990. El preámbulo introduce un nuevo concepto en la justicia penal: "impunity". O, en español: impunidad. La impunidad es el miedo de toda víctima. Se plasma en el siguiente escenario: la víctima siente que ha sido vulnerada, va a la estación de policía, presenta una denuncia y la policía no hace nada. El sufrimiento de la víctima se multiplica.

La diferencia entre el enfoque en la víctima y el enfoque en el acusado se plasma en la distinción entre equidad (*fairness*) y justicia. El acusado, sea culpable o no, quiere un juicio equitativo (*fair*). Las víctimas quieren justicia. Salen a la calle para exigirla. Como las madres y abuelas en Argentina, golpean cacerolas y sartenes hasta que se les escucha.

Quizá sea bien sabido que, después de que las juntas militares en Argentina privaron de su libertad a sospechosos, los torturaron, nunca los juzgaron y muchos de ellos fueron arrojados desde aviones en el Río de la Plata. Quizás sea bien sabido que la experiencia en Argentina se encuentra en el centro de este cambio global, pero quizás no. No es casualidad que el primer fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, sea argentino. Sin embargo, sigue siendo un poco misterioso por qué Argentina fue el país que debió estar en el centro de este cambio cuando había dictaduras en todo el mundo.

No me refiero a los casos obvios anteriores a la Segunda Guerra Mundial. Después de eso, solo tenemos que mirar a China, Corea del Norte y Rusia, por nombrar los ejemplos más claros. Sin embargo, por alguna razón, el hermoso país que rodea Buenos Aires ha pasado a primer plano en la imaginación popular. Me acuerdo de esto cada vez que escucho a Madonna cantar "Don't Cry for Me, Argentina", una canción con un mensaje fascista. El llamamiento es a la lealtad al líder, como si fuera un amante benevolente.

1. ¿Quién es una víctima? En la superficie, la tesis parece simple: un cambio de perspectiva desde el acusado a la víctima. Pero debajo de la superficie se encuentran muchos problemas de teoría del derecho. El primero es: ¿Quién es una víctima? Este problema me llamó la atención durante el famoso juicio de Bernhard Goetz por disparar y herir gravemente a cuatro jóvenes afroamericanos en el tren subterráneo de Nueva York a principios de los ochenta. El fiscal Gregory Waples se refería constantemente a los cuatro jóvenes heridos como víctimas. El abogado defensor, naturalmente, se opuso: el uso de la palabra generaba simpatía por los cuatro jóvenes frente al jurado. Pero ¿cuál debería ser la descripción adecuada? "Presunta víctima" (*alleged victim*) no suena bien en inglés. Al final, el juez Stephen Crane decidió que los abogados debían utilizar simplemente el término "jóvenes" para referirse a las personas que recibieron los disparos de Goetz.

2. Ya que estamos con el tema del lenguaje, no es tan fácil traducir las palabras "equidad" (*fairness)* y "justicia" al español o, de hecho, a cualquier idioma importante, excepto, curiosamente, al hebreo, el idioma de la Biblia. Esto me parece bastante extraño. Parece que hay algo británico en el dicho: "Lo que cuenta no es ganar o perder, sino cómo se juega" (*It is not winning or losing that counts, but how you play the game*). Pero esto se escucha al comienzo de cada pelea de boxeo: el árbitro siempre dice: "Y que haya una pelea limpia" (*And have a fair fight*).

3. Considérese el problema de traducir el famoso principio de John Rawls: "Justicia como equidad" (*justice as fairness*). Lo que Rawls quiso decir es que, si los principios de justicia se eligen mediante un procedimiento equitativo, los principios resultantes serán justos. Los alemanes simplemente mantuvieron el inglés: "*Gerechtigkeit als Fainess*". Esa parece ser la mejor solución. Pero podría haber un aspecto cultural más profundo en juego. Por alguna razón, el idioma inglés está profundamente influenciado por metáforas del mundo de los deportes. Considérese la siguiente: igualdad de chances (*level playing field*), no esconder la pelota (*don't hide the ball*), no repartir desde el fondo del mazo (*don't deal from the bottom of the deck*). Hay, por supuesto, muchas más, pero el problema interesante es el porqué. Los argentinos están obsesionados con el fútbol y, en particular, con el famoso número 10: Diego Maradona y Lionel Messi. Sin embargo, no conozco metáforas del fútbol que se hayan infiltrado en ningún idioma.

4. En cuanto a la traducción, una vez le pregunté a un colega italiano, Ugo Mattei, qué diría un niño italiano en la siguiente situación: los niños están jugando a las bolitas y uno de ellos hace trampa, ¿qué dirían sus competidores? Me respondió, para mi sorpresa: *Non e leale.* En otras palabras, el niño tramposo es un participante legítimo del grupo. Es fiel a los principios que hacen posible el juego entre amigos, pero es desleal. Hay algo importante aquí. Si no me equivoco, la noción de "*unfair competition*" se traduce al español y al italiano como "competencia desleal".

5. En un punto técnico: ¿quién es la víctima en un caso de homicidio? Obviamente, el muerto, pero esto no tiene relación con quién podría hacer la declaración de impacto de la víctima en el momento de la imposición de la pena. Así que la elección habitual son los parientes cercanos, pero eso parece arbitrario. Podría haber tíos que querían al acusado, otros que lo odiaban. ¿Y por qué importan sus opiniones? Bueno, en realidad no sabemos por qué castigamos a los delincuentes condenados. Como mínimo hay una controversia constante entre los que están a favor de la retribución, otros que apoyan la disuasión y otros que tienen otros puntos de vista o ninguno en particular.

6. Otro problema es el papel de las "víctimas" en la sociedad en general. En un libro que escribí en 1995, *With Justice for Some: Protecting Victims' Rights in Criminal Trials*, como indica el título, me centro en las víctimas colectivas. El libro se inspira en las protestas públicas de cuatro grupos de víctimas, que se analizan a continuación:

7. Los gays de San Francisco salieron a la calle tras el asesinato de Harvey Milk y el juicio de Dan White. White fue condenado por homicidio simple (*manslaughter*) y la comunidad gay local

no quedó satisfecha. Lo interesante es que el alcalde George Moscone, un italoamericano, también fue asesinado, pero los italianos no protestaron.

8. Las víctimas eternas de la sociedad estadounidense: los afroamericanos, en aquel entonces llamados negros. Por supuesto, para esta minoría, como para todas las demás, hay términos despectivos que usan los intolerantes. El capítulo de mi libro fue provocado por el asesinato de Rodney King a manos de cuatro oficiales de la policía de Los Ángeles. Una fuente perenne de historias de injusticia, a veces merecida, pero más comúnmente injustificada. Rodney King pronunció la famosa frase: "¿No podemos llevarnos bien?" (*Can't we all just get along?*).

9. El tercer grupo son los judíos, víctimas (con las que me identifico personalmente) de una persecución un tanto disparatada por parte de una pequeña minoría. El tema central de mi libro fue el juicio de Lemrick Nelson, un afroamericano que asesinó a un judío jasídico en Crown Heights, un barrio de Brooklyn donde los judíos jasídicos y los afroamericanos viven muy cerca. La razón es que muchos jasídicos viven en esa zona porque el rabino de Lubavitch estableció su centro en la calle 770 de Riverside Parkway y sus seguidores siguen vinculados al barrio. Casi no hay contacto social entre estos dos grupos de vecinos y, naturalmente, surgen conflictos.

10. El cuarto grupo son las mujeres que no son una minoría pero que han sufrido discriminación, aunque no protestaron hasta el reciente movimiento feminista. Otros países (Argentina, Alemania, Chile, México e Italia) han tenido fuertes líderes políticas. Curiosamente, Estados Unidos no. Los hombres afroamericanos recibieron el derecho al voto en la 15.ª Enmienda después de la Guerra Civil (1865). Las mujeres no recibieron el derecho al voto hasta la 19.ª Enmienda (1922). La razón de esta aparente discrepancia no está clara.

11. Me permito contarles una anécdota de mi experiencia como fiscal en Los Ángeles alrededor de 1970. En ese momento yo era profesor en UCLA, pero el fiscal del distrito creía que todos nosotros estábamos haciendo propaganda a favor de los acusados en nuestros cursos y creo que tenía razón. Pensó que la mejor cura era llevarnos a un grupo de nosotros a la oficina local y ponernos en el frente de batalla. Yo era miembro del colegio de abogados, así que estaba más que feliz de aceptar el trabajo. Me tocó un caso de violación. Era un típico caso de "declaración contra declaración". Los casos de violación son muy difíciles porque, por lo general, no hay testigos y la cuestión del consentimiento provoca una controversia constante. En este caso, la testigo denunciante admitió que tenía experiencia sexual previa. Cuando llegó el momento de determinarle las instrucciones del jurado, resultó que había una instrucción estándar en California

que decía lo siguiente: "la testigo denunciante ha admitido que no era casta y, por lo tanto, pueden inferir que consintió en el hecho expuesto".

12. Casi me muero de la risa. ¿Alguien sabía lo que significaba la palabra victoriana "casto" en el mundo de la televisión y los espectáculos de striptease? Naturalmente, me opuse y, para mi sorpresa, el juez dio la instrucción estándar. Me quedé duro como una piedra, pero aprendí algo muy importante: no está claro lo que pensó el juez, pero no importó. La verdad es que si el juez cambiaba la instrucción y el acusado era condenado y apelaba, el tribunal de apelación probablemente habría revocado la sentencia; si el juez daba la instrucción estándar y el acusado era absuelto, justamente o no, nadie podría apelar (en el sistema jurídico del common law, solo el acusado condenado tiene derecho a apelar). Desde el punto de vista personal del juez, no le sentaba bien que se revocara la sentencia en apelación, así que, naturalmente, pensó en lo que era bueno para él y para su carrera.

13. Y así nació el movimiento feminista. Hicieron falta muchos libros y publicidad para cambiar las instrucciones por medio de una ley. Merece una mención especial Susan Brownmiller, *Against Our Will: The Case for Hope* (1975).

14. Otra líder destacada en este campo es mi amiga Catharine McKinnon, que presentó un caso de acoso sexual ante la Corte Suprema de los Ustados Unidos y ganó. Véase Meritor Savings Bank contra Meritor (1986).

15. Antes de pasar a otros temas, debemos señalar que, hasta donde tengo entendido, el término "víctima" se utiliza únicamente en casos penales. No hay "víctimas" en casos de derecho privado. Hay un punto más profundo detrás de este matiz lingüístico, que exploraremos en los siguientes puntos.

16. Podemos abordar el punto más significativo planteando la pregunta: ¿Por qué la imprudencia autoprovocada no es relevante en los casos penales cuando sí lo es en los casos de responsabilidad civil? Supongo que esto es cierto en todos los sistemas jurídicos del common law y del derecho civil. Mi respuesta nos lleva a un ámbito que no se considera con frecuencia en la teoría del derecho penal, a saber, la relación entre el derecho y la religión. La palabra víctima, que deriva del latín, tiene cognados en prácticamente todos los idiomas del mundo occidental. Por supuesto, podríamos decir simplemente "la parte perjudicada", y creo que en el antiguo sistema soviético y quizás en el ruso contemporáneo esto es así.

17. La palabra en hebreo es *Korban* y se ha trasladado al turco. La palabra aparece en el Levítico al prescribir los criterios para un sacrificio ritual. El animal sacrificado debe estar libre de toda mancha. A partir de este origen improbable, el sistema jurídico occidental ha asumido simplemente, sin razonar, que la "víctima" en los casos penales (recuérdese que la palabra no se utiliza en el derecho privado) se supone que está libre de manchas, de faltas y, por lo tanto, la imprudencia autoprovocada se considera irrelevante en el derecho penal. Permítanme añadir que nunca he conocido a muchos académicos que acepten esta tesis, principalmente porque no aceptan la suposición de que el derecho y la religión están entrelazados.

18. En resumen, en honor a mi viejo amigo Jaime Malamud, así como a Carlos Nino y Carlos Rosenkrantz, Argentina ha desempeñado un papel clave en el desarrollo del derecho penal internacional y ha ayudado a explicar el cambio hacia la justicia para las víctimas en la década de 1990. En el futuro, esperamos encontrar una manera de honrar a las víctimas y, al mismo tiempo, proteger todos los derechos procesales de los acusados en un proceso penal.

Este último punto aparece con especial claridad en el libro de Federico Morgenstern sobre la labor de Jaime Malamud Goti en un juicio histórico. Disfruté esta obra sobre mi gran amigo Jaime y la considero una magnífica exploración de la vida intelectual, la cultura y el derecho comparado de los últimos cincuenta años aproximadamente. En particular, quedé muy impresionado con las discusiones sobre Avishai Margalit, en el marco de las Leyes de Punto Final, así como las referencias a autores como Edward Said, Bruce Ackerman, John Gardner y al pensamiento judío en general. En definitiva, el libro de Federico Morgenstern aborda un capítulo vital en el desarrollo del derecho penal internacional: los juicios penales en Argentina en la transición de la dictadura hacia la democracia. Jaime Malamud Goti desempeñó un papel fundamental en esta transición.