

Editorial

El Anuario Colombiano de Derecho Internacional -ACDI- cumple su primer lustro, lo que implica no solo el paso del tiempo sino la realización de muchos de los objetivos propuestos en términos académicos, científicos y, sobre todo, de la contribución al desarrollo del derecho internacional en Colombia, siendo particularmente importante y satisfactoria su reciente admisión en el índice internacional de revistas científicas SCOPUS. Esto ha sido posible gracias al fortalecimiento de una comunidad de internacionalistas en el país que ha traspasado fronteras y que hoy nos permite ver cómo, incluido el volumen que en esta oportunidad presentamos, las contribuciones provienen de los más diversos orígenes nacionales, académicos, ideológicos y temáticos y que han logrado un importante impacto en la comunidad científica internacional.

Lo anterior se puede constatar al revisar unos datos muy generales. Durante estos cinco años, alrededor del 70% de los artículos publicados han sido escritos por profesores de universidades extranjeras, con importantes aportes desde Europa continental (Francia, España, Italia, Grecia, República Checa, Serbia), el Reino Unido, Estados Unidos, Brasil, Venezuela, Chile y Puerto Rico. Así mismo, con gran complacencia hemos recibido artículos de colegas con quienes nos interesa estrechar vínculos en la India y en el África.

Desde la perspectiva temática el Anuario ha abarcado los tópicos más variados, siempre buscando la calidad académica de los escritos, gracias a un estricto proceso de revisión por pares. Al respecto, reflexiones sobre la teoría del derecho internacional han estado siempre presentes, al lado de temas más concretos como el derecho internacional económico, el derecho internacional privado y las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, entre otros. Teniendo en cuenta que esta publicación pretende impactar positivamente en el ámbito nacional y regional ha sido necesario abrir un espacio importante al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, temática a la cual dedicamos un número especial.

Finalmente, también dentro de los propósitos planteados desde el origen de la publicación, hemos logrado que el Anuario se convierta en una herramienta para la investigación y el estudio del derecho internacional, gracias, por un lado, a la inclusión en todos los volúmenes de la traducción al

español de la decisión de la Corte Internacional de Justicia que, a juicio del equipo editorial, sea de especial relevancia para los estudiosos de la materia, y por otro, al Observatorio de Derecho Internacional que recopila, sistematiza, analiza y sintetiza año tras año las decisiones, resoluciones, tratados y declaraciones de los principales tribunales y organismos internacionales. Para lo cual, en el transcurso de estos cinco años, hemos contado con el apoyo de aproximadamente 25 estudiantes de derecho, quienes están en la base de esa comunidad de internacionalistas que queremos seguir construyendo.

Todo ello ha sido posible por el apoyo irrestricto de la Universidad del Rosario y de la Asociación Cavalier del Derecho que, gracias a esta alianza académica, han permitido profundizar en el legado del Maestro Germán Cavalier y posicionar al Grupo de Investigación en Derecho Internacional en el ámbito académico.

Como ha sido costumbre en nuestra publicación, continuamos con la reseña de varios acontecimientos recientes que han sido relevantes para el derecho internacional y para las relaciones internacionales de Colombia, de la región y del mundo.

Como resulta lógico, debemos comenzar por mencionar uno de los hechos que, cerrando el año, puso a la justicia internacional en primera línea de la agenda nacional. El 19 de Noviembre de 2012, la Corte Internacional de Justicia profirió su sentencia sobre el “Diferendo Territorial y Marítimo” (Nicaragua c. Colombia), dando fin a un caso que estudiaba desde 2001 y que ya había producido una sentencia de excepciones preliminares en 2007.

En su fallo, aunque la CIJ ratificó la soberanía Colombiana sobre los siete cayos en disputa (Roncador, Quitasueño, Serrana, Serranilla, Bajo Nuevo, Albuquerque y Este Sureste) teniendo como punto principal los ejercicios de soberanía continuada, efectiva e indiscutida del país sobre tales formaciones marítimas, en lo concerniente a la delimitación marítima entre los dos países no siguió plenamente las solicitudes de las respectivas partes y diseño —acogiendo las consideraciones de ambos equipos de defensa y en aplicación de principios de derecho internacional consuetudinario, como también la observancia de lo que la Corte llama hechos relevantes— una nueva, controvertida y definitiva delimitación marítima.

La sentencia, cuya traducción al idioma español presentamos en el presente volumen, ha sido el centro de grandes debates en el país por su

resultado, sus efectos prácticos, su impacto en las relaciones bilaterales de Colombia con Nicaragua y otras naciones Caribeñas, su precedente en el derecho internacional, sobre su poder vinculante y su relación con el ordenamiento interno Colombiano, debate al cual buscamos contribuir desde la academia con la traducción no oficial del documento.

De otro lado, teniendo en cuenta las eventuales consecuencias de esta decisión de la Corte Internacional de Justicia, el Anuario, además de publicar la traducción del fallo, ha querido incluir un extracto de un artículo escrito por el Dr. Germán Cavelier, fundador de la Asociación Cavelier del Derecho. Este aparte corresponde a un estudio realizado por el Dr. Cavelier a finales del año de 1992 y que fue publicado en el libro elaborado el 2006 para rendirle un homenaje a su vida y obra como abogado y especialmente como internacionalista.

El extracto hace referencia al artículo 101 de la Constitución Política, del que tanto se ha hablado en el derecho interno como consecuencia del fallo proferido por la Corte en lo relativo al archipiélago de San Andrés.

El artículo completo se encuentra en: Cavelier, Germán; “El derecho internacional en la Constitución colombiana de 1991”, en: Abello-Galvis, Ricardo; Derecho Internacional Contemporáneo, lo público, lo privado, los derechos humanos. Liber Amicorum en homenaje a German Cavelier, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, págs. 36 a 38; o en la página web del Anuario Colombiano de Derecho Internacional – ACDI (www.anuariocdi.org).

“El territorio

El artículo 101 de la Constitución de 1991 eliminó en buena hora la enumeración de tratados de límites que venía, con adiciones, desde 1886 y la reemplazó por la del artículo 101, que dice:

Artículo 101.- Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación.

Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la República.

Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y Malpelo, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen.

También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.

Esta norma tiene el defecto de sujetar los límites a los “definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación”, por cuanto la Nación nunca es parte de un pleito: es el Estado o la República de Colombia quienes pueden ser parte de tales procesos. Esta es una contradicción del artículo 101 de la Constitución de 1991 con la del artículo 3º, pues en aquél la Nación puede ser sujeto de derechos soberanos mientras que en éste último artículo 3º la soberanía se le niega a la Nación para trasladársela al pueblo.

Además debe observarse, en cuanto a los laudos arbitrales, que sólo son los pronunciados en el pasado, que ya definieron límites, o sea los dos de Venezuela de 1891 y de 1921, y el de Costa Rica de 1900.

Continúa el artículo 101 diciendo que los límites así fijados solo pueden ser variados por tratados aprobados por el Congreso y ratificados por el presidente, olvidando que también pueden ser fijados por los laudos arbitrales que se pronuncien en el futuro. Es cierto que todo laudo arbitral tiene su origen en un tratado, pero también es cierto que se les menciona en el primer inciso y no en el segundo, como si el constituyente de 1991 hubiera resuelto que los límites no se pudieran modificar por medio de laudos arbitrales.

Sigue el artículo 101 con la antitécnica enumeración del inciso tercero, que dice:

Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y Malpelo, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen.

La defectuosa redacción de este inciso nos puede causar dificultades porque pareciera que se mencionara el Archipiélago “de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y Malpelo”, siendo así que Malpelo no forma parte del Archipiélago de San Andrés; además, deja por fuera los cayos de Alicia, Roncador, Quitasueño y Serrana, que también forman parte del Archipiélago de San Andrés. Hubiera sido mejor referirse solamente al Archipiélago de San Andrés y Providencia como es costumbre, englobando todas las islas y cayos del Archipiélago.

El inciso cuarto del artículo 101 es igualmente inexacto pues se restringen los “espacios oceánicos” indebidamente, siguiendo una terminología obsoleta en la que Venezuela ha debido complacerse pues es la que nos ha instilado en 40 años de discusión de los espacios oceánicos del Golfo de Coquibacoa.

También es inexacto calificar “el subsuelo” como definido por el Derecho Internacional, pues éste no se ocupa de tal cosa.

En su momento propusimos a la Asamblea Constituyente la siguiente redacción de este artículo, que infortunadamente no fue aceptada:

Son parte de Colombia sus dominios terrestre, marítimo, aéreo, y de su segmento orbital, delimitados por medio de tratados celebrados y perfeccionados conforme a esta Constitución y al derecho internacional, o definidos por éste, o por la ley colombiana en ausencia de aquél”.

Refiriéndonos a otros hechos, como tradicionalmente lo hacemos, en Cartagena los días 14 y 15 de abril de 2012 se realizó la Sexta Cumbre de las Américas, donde los 34 Jefes de Estado y de gobierno de la región se reunieron con la idea de avanzar en los temas de pobreza, desarrollo, seguridad, integración, etc., y que bautizaron como “Conectando las Américas: Socios para la Prosperidad”. Si bien los temas tocados son de suma importancia para el hemisferio y contaron con la acogida general de los países, en la Cumbre varios aspectos generaron dificultades, tales como la inasistencia de Ecuador y Venezuela, la insistencia de Argentina por incluir el tema de las Malvinas y en general las diferencias ideológicas de los gobiernos.

Continuado con la región, entre los días 3 y 5 de junio de 2012 tuvo lugar en Cochabamba el cuadragésimo segundo período ordinario de sesiones de la Organización de Estados Americanos -OEA- cuyo tema central fue la seguridad alimentaria y nutricional de las Américas. Así mismo, se aprobó una Carta Social, que complementa la Carta Democrática Interamericana con un contenido optimista pero difícil de realizar. Uno de los aspectos preocupantes en esta reunión fue la percepción de que existe un interés por parte de los gobiernos de varios Estados miembro de limitar la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En el ámbito mundial varios organismos fueron objeto de cambios en su composición.

Así, la Comisión de Derecho Internacional -CDI- eligió a sus 34 miembros, cuyo periodo de cinco años se venció en 2011. Sobre el particular cabe la pena resaltar que el representante de Colombia, Eduardo Valencia-Ospina, fue reelegido y lo acompañan por la región Enrique J. A. Candiotti (Argentina),

Juan Manuel Gómez-Robledo (México), Bernd H. Niehaus (Costa Rica), Gilberto Vergne Saboia (Brasil), Carlos Oswaldo Salgado Espinoza (Ecuador) y Stephen C. Vasciannie (Jamaica). Así mismo, el Dr. Valencia Ospina continúa como relator especial sobre la Protección de Personas en Casos de Desastres.

En la Corte Internacional de Justicia en febrero de 2012 fueron elegidos para los más altos cargos el juez eslovaco M. Peter Tomka (presidente), que venía de ser vicepresidente y quien fue remplazado en su cargo por el mexicano M. Bernardo Sepúlveda-Amor. Así mismo, en este año fueron reelegidos como jueces, el japonés M. Hisashi Owada y la china MmeXue Hanqin y como nuevos magistrados de esta corte fueron designados el italiano M. Giorgio Gaja, la ugandesa Julia Sebutinde y el indio Dalveer Bhandari.

De otro lado, en la 10.^a sesión de la Asamblea de los Estados Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que tuvo lugar en diciembre de 2011, varios cambios se dieron en este organismo, siendo los principales el nombramiento de la nueva Fiscal de la CPI, Fatou B. Bensouda, de Gambia, quien llegó a remplazar al argentino Luis Moreno-Ocampo. Así mismo, después de 15 rondas de votación se eligieron seis nuevos jueces que representan la tercera parte de los mismos. Los jueces elegidos fueron Miriam Defensor-Santiago (Filipinas), Anthony Thomas Aquinas Carmona (Trinidad y Tobago), Robert L. Farmer (República Checa), Olga Venecia Herrera Carbuca (República Dominicana), Howard Morrison (Reino Unido) y Chile Eboe-Osují (Nigeria).

En relación con Colombia y su actividad en el ámbito multilateral hay que resaltar cómo en los dos últimos años ha asumido en dos ocasiones la presidencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (abril de 2011 y julio de 2012), razón por la cual ha tenido que asumir posiciones en temas muy relevantes para el derecho internacional.

Así mismo, varios candidatos han venido siendo postulados para diferentes organismos, con resultados disímiles, pero con una clara presencia del país en los diferentes escenarios. Así, Alfonso Múnera fue elegido secretario de la Asociación de Estados del Caribe y el Magistrado de la Corte Constitucional Humberto Sierra Porto fue elegido en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por su parte el vicepresidente Angelino Garzón no alcanzó la dirección de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ni se logró la elección de Eduardo Cifuentes en la Corte Penal Internacional, a pesar de la fuerte labor diplomática.

Finalmente, la Universidad del Rosario sigue trabajando intensamente en el fortalecimiento del derecho internacional y por ello ha incentivado la

preparación y participación de un grupo importante de alumnos en diferentes concursos internacionales, en los cuales se han obtenido resultados satisfactorios. Así, los equipos preparados por los miembros del grupo de investigación en derecho internacional obtuvieron el tercer lugar en el Concurso Iberoamericano de Derecho Internacional y Derechos Humanos “Francisco Suárez” organizado por la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, realizado en el mes de octubre de 2011. En materia de Derecho Penal Internacional el equipo representante de la Universidad obtuvo el primer lugar en la Fase Nacional Colombia de la Competencia sobre Procedimiento ante la Corte Penal Internacional, el primer lugar en la Competencia Víctor Carlos García Moreno sobre Procedimiento ante la Corte Penal Internacional realizada en México D.F. y el primer lugar en la Ronda Final de la Competencia sobre Procedimiento ante la Corte Penal Internacional realizada en la sede de CPI en Holanda. Finalmente, el equipo representante de la Universidad obtuvo el segundo lugar del Concurso Interamericano de Derechos Humanos, organizado por American University, sobre más de 110 equipos de todo el mundo.

En esta oportunidad hemos querido incorporar al editorial un escrito muy sugestivo presentado por el profesor Joaquín González Ibáñez, permanente colaborador de las actividades académicas en materia de derecho internacional, en el cual nos comparte una mirada personal y profunda sobre el juicio de Baltasar Garzón a partir de su vivencia, enriquecida por reflexiones desde el derecho internacional y desde la literatura.

Laura Victoria García Matamoros

Pedagogía jurídica, Estado de derecho y derechos humanos. El profesor, la toga del juicio de Baltasar Garzón y Miguel de Unamuno

Madrid, 5 de marzo de 2012

Joaquín González Ibáñez*

*Arguments are to be avoided. They are always vulgar and often convincing***

Oscar Wilde

Introducción

La historia del siglo XX y en buena medida la del siglo que estamos forjando podría explicarse en torno a la función que ha desempeñado el Estado de derecho y la aspiración de libertad, desarrollo y democracia. Igualmente sería muy ilustrativa una comprensión adecuada de la situación de los derechos humanos en los diversos países, y cómo los totalitarismos –fascismo y comunismo– y diversos regímenes pseudodemocráticos desmantelaron el Estado de derecho, la democracia y violaron sistemáticamente libertades básicas de las personas o, en su caso, cómo las democracias trataron de reforzar, con o sin éxito, las instituciones democráticas, y ofrecieron un marco de opciones y oportunidades a sus ciudadanos, así como un marco de libertades públicas veraces.

Desde una perspectiva jurídica, creo que todavía desde la universidad nos falta transmitir con eficacia el principio básico que representa en las democracias la aspiración del logro de la justicia y el papel que el Estado de derecho, la democracia, y los derechos humanos desempeñan en ese propósito. Nos hace falta generar una didáctica similar a la obra clásica de Paulo Freire, *Pedagogía del oprimido*, en el sentido de que el Estado de derecho

* Joaquín González Ibáñez ha sido profesor Fulbrighth-Schuman en American University-Washington College of Law y es profesor de Derecho Internacional de la Universidad Alfonso X el Sabio de Madrid. Correo electrónico: joagon@uax.es

** Debemos evitar las discusiones. Resultan mediocres y a menudo convincentes.

es no solo la esencia misma del orden jurídico de un Estado democrático, sino también porque es una aspiración de civilidad y de compromiso ético en la vida pública.

Estas palabras de introducción son necesarias y simbolizan un esfuerzo sobre una mejor comprensión del Estado de derecho y los derechos humanos, alejada de interpretaciones maniqueas o de presupuestos ideológicos, pues el texto que a continuación aparece sobre el juicio de Baltasar Garzón por la investigación de los crímenes de lesa humanidad fue objeto de algunas críticas acerbas y en mi parecer no relacionadas con el objeto del mismo. Puede que estas líneas estén equivocadas, pero como profesor varias han sido las premisas que he tratado de honrar en mi trabajo intelectual y académico. Quisiera señalar tres:

La primera es la duda, pues ha sido una premisa fundamental en el estudio, en el momento de escribir o emplazado en el debate; en el aula he compartido que “No tengo interés en tener razón, sino en entender la razón de las cosas”. Debatir, pensar, dudar y negar o aceptar los errores son parte indispensable de este proceso intelectual, sin el cual es imposible el diálogo: el cruce de razones que redimensionan nuestra crítica y la capacidad de entender los problemas.

La segunda es el derecho entendido como una aspiración denodada con el compromiso de la justicia, y con ello tratar de evitar la indiferencia, especialmente cuando ya no solo se es ciudadano, sino que la responsabilidad aumenta cuando uno participa, dada mi condición de profesor, de ese sistema que llamamos *Derecho* y que cifra nuestra visión de libertad y responsabilidad.

La tercera ha sido entender el derecho como un encuentro con el “otro” en el sentido del encuentro en la diversidad –con la otredad–, apuntado por Riszhard Kapuscinki, y en particular con los más vulnerables y con quienes no han tenido la posibilidad de optar por y ejercer derechos: entre los más vulnerables, las víctimas.

He tratado de hacer propio aquello que el profesor Adbullahi Ahmed An-Na'Im afirma, como ya lo hizo antes Alberto Moravia en su obra *Los indiferentes* (*Gli indifferenti*), que frente a la injusticia la única opción es decir *No*, pues, de otra manera, nos convertimos en cómplices de la misma. Creo que Javier Cercas tiene razón en la parte final de *Soldados de Salamina* al apuntar que tal vez ser decente “significa aprender a decir que no”.

Tal vez este texto comenzó a escribirse en Washington en octubre de 2010, fecha en que se acababa de admitir a trámite la querrela y se producía el procedimiento disciplinario al Magistrado Baltasar Garzón por la investigación de las fosas comunes del Franquismo. En una tarde de otoño

en Massachusetts Avenue, el profesor Claudio Grossman con su habitual humor inteligente afirmaba en una pregunta: “Los españoles no habéis tenido la intención de tratar con vuestras propias víctimas y asistirles, y lo demuestra la acción de los jueces del Tribunal Supremo”. Recuerdo que contesté tratando de mostrar cierto equilibrio entre mi posición de profesor de derechos humanos –y él, Grossman, en buena medida maestro mío por su ejemplo y capacidad– y mi compromiso con el Estado de derecho:

Sin duda puede haber intencionalidades no jurídicas, pero no deseo creer en perversiones políticas de la justicia. Si como ciudadano creo en la probidad general del sistema judicial, quisiera del mismo modo presumir la misma capacidad, dignidad y respeto del Estado de derecho de los magistrados de la más alta instancia jurisdiccional en España, y por ello espero que hable el Derecho y que el magistrado Baltasar Garzón goce de las garantías plenas del debido proceso.

En aquel momento, no tenía las palabras que mi amigo el profesor Javier López de Goicoechea clarificó para resumir buena parte de esta situación:

Probablemente el problema es el personaje que rodea a la figura de Garzón y que él mismo ha contribuido a crear, y que además es también víctima de la misma. Por esa razón posiblemente tanto los lectores españoles como los colombianos no vean en tu artículo otra cosa que una defensa de ese personaje virtual y no la defensa del Estado de derecho.

Es posible que para concluir esta nota introductoria bastara señalar que el ejemplo de las víctimas –mi mejor ejemplo en la persona del profesor Darío Villarroel– y el compromiso público de colegas académicos y amigos –como el profesor Jamin B. Raskin y los mencionados anteriormente– me obligaban a ser coherente y respetuoso con su ejemplo en la defensa del Estado de derecho, incluso con la posibilidad de estar equivocado al escribir este texto y sin la voluntad de tener razón a toda costa. Ojalá que estas líneas sean un ejercicio jurídico-cívico propio del legado humanista que Svetan Todorov, en su obra *El jardín imperfecto (Jardin imparfait)*, recuerda como parte inherente de la tradición ilustrada: “Afrontar el pasado nos permite acceder de una manera más directa y sencilla al mundo que nos rodea. Comprender el pensamiento de ayer nos permite cambiar el pensamiento de hoy, que a su vez incide en el futuro”.

Las víctimas y el derecho internacional de los derechos humanos

Christopher Hitchens, en el prólogo de su última obra *Arguably*, reflexiona sobre qué significa la llegada de la época de madurez en las personas y afirma que llega un tiempo en el que la vida deja de ser interpretada únicamente por los principios que uno tiene, pues media también la experiencia que permite moldear y entender, así como tornar más reales aquellos principios.

En el caso de algunos profesores vinculados al derecho internacional y a los derechos humanos, la ecuación de principios y experiencia nos ha llevado a un compromiso con nuestro tiempo y contexto. En particular en España y los países de América Latina, a los que viajamos con frecuencia para trabajar con magistrados, fiscales, policía, ejército y con profesores universitarios en las cátedras y cursos de maestrías y doctorado para impulsar una más firme consolidación de los estándares internacionales de derechos humanos y una mayor vigencia del Estado de derecho.

Nuestro instrumento de trabajo es un sistema intelectual –una entelequia– que trata de proporcionar esferas de libertad, dignidad y seguridad a las personas; ese instrumento es el Derecho, el derecho internacional de los derechos humanos.

El 7 de febrero de 2012 en el Tribunal Supremo de España, en la causa penal por la investigación de los crímenes de lesa humanidad del Franquismo contra el Magistrado Baltasar Garzón, tras 17 años como profesor universitario decidí ponerme por vez primera la toga y sentarme a su lado en el banquillo de los acusados.

Confieso que decidí asistir a la vista y sentarme en el banquillo junto con el profesor y letrado Manuel Ollé Sesé, porque conozco a Baltasar Garzón personalmente tras haber colaborado como editor y director en un libro de protección de derechos humanos redactado por varios autores, y porque sin duda entiendo que la admisión a trámite y los autos posteriores del magistrado Garzón sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos por el Régimen Franquista durante la Guerra Civil y la posguerra, no son solo ajustados al Derecho porque se deriva del propio contenido del crimen de lesa humanidad –es decir, la obligación de conocer y reparar a las víctimas independientemente del tiempo transcurrido, persona que perpetró el delito y lugar del mismo–, sino además porque el derecho internacional de los derechos humanos tras 1993 no deja dudas en este sentido a través de diversa jurisprudencia y resoluciones de organismos de derechos humanos, entre otros, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Era una acción consecuente e imprescindible de un Estado de derecho como el que rige el régimen jurídico español y del que, por tanto, se presume un espacio de justicia, ética y civilidad.

El pasado 7 de febrero, como decía, durante las cuatro declaraciones de los testigos que se sucedieron, el magistrado del Tribunal Supremo que presidía la Sala permitió, sin ninguna limitación, que los testigos respondieran ampliamente a las cuestiones que les referían los abogados de la defensa y la acusación. Entonces, al comenzar el relato de los testigos, me di cuenta de que no estaba en la causa A, B, o C, o cualquier otra, sino simplemente en la causa de las víctimas, de todas y cada una de las víctimas, y apunté obstinadamente en mi cuaderno la frase de Walter Benjamin “Para las víctimas el estado de excepción es permanente”.

Apunté las frases y expresiones que ya había leído y escuchado en los procesos de violaciones masivas de derechos humanos en Chile, Argentina, Colombia, Perú, Guatemala y El Salvador. La sintaxis era implacable, y el sujeto y la acción inexorablemente idénticos; solo variaban los lugares y los nombres de las personas. Al escuchar en directo los testimonios de una mujer navarra, un cordobés, un catalán y un vallisoletano, constaté que solamente cambiaban los acentos y los lugares del crimen, pero la narración era la misma. La misma narración y sucesión de hechos que coincidían con los crímenes acontecidos en los países a ambos lados del Atlántico.

Recobré espacios de reivindicación cívica y humana que se encontraban sordos en mi memoria. Apunté con caligrafía alterada al escuchar los testimonios: “(...) ellas eran (...), ellos son personas (...)”, “por miedo nunca decidimos actuar (...)” y acudí a la Audiencia Nacional en auxilio de la Justicia (...)” y sobre todo cuando uno de los testigos, de la edad de mi padre, nacido durante la Guerra Civil, afirmó sin temblarle la voz: “soy hijo de desaparecido y toda mi vida ha sido condicionada por este hecho”.

Y entonces, antes de que concluyera la sesión, pasaron por mi mente ideas que me golpearon con denuedo. Pensé que, curiosamente, España ha sido una referencia mundial por reivindicar la memoria de las víctimas a través de la jurisdicción universal implementada por la Audiencia Nacional; las víctimas de Chile, Argentina, Guatemala y otros, pero no para los casos de las españolas. Por ejemplo, mi trabajo en el terreno de Colombia junto a profesores, jueces y magistrados es una continua *cantinela* sobre democracia y derechos humanos y, en particular, sobre la idea de que el Estado de derecho se ha convertido en el elemento espiritual de las sociedades democráticas que aspiran a conformar sociedades más justas e integradoras. Por tanto, el Estado de derecho se ha constituido en un elemento imprescindible para

alcanzar cotas de desarrollo, es decir, un espacio de opción de derechos y oportunidades. El juez británico Tom Birgham lo recreó de una manera definitiva al señalar: “Tengo la impresión de que el respeto por el Estado de derecho es lo que más se aproxima a una religión secular universal” (“So it seems to me that observance of the Rule of law is the nearest we can get to a universal secular religion”). Pensaba que el Estado de derecho es una aspiración de dignidad no exenta de tensión y que constituye uno de los elementos más claros del sistema democrático. Me vino a la mente lo que presencié hace 20 años cuando Andrea Canalis y mis compañeros de estudios italianos en Lovaina empezaron a llorar recibir la noticia de que el juez Giovanni Falcone había sido asesinado por la mafia siciliana el 23 de mayo de 1992. Sus lágrimas de derrota y vergüenza tenían que ver con la visión de Falcone, quien entendía la justicia y el derecho en clave de compromiso cívico y moral en la construcción de una sociedad más equitativa e integradora, pero que la mafia acababa de silenciar. Su creencia en la mejora de la condición humana se cifraba en el valor transformador de la ideas y de los compromisos cívicos que crea el derecho de una democracia: “Los hombres pasan, las ideas permanecen, y permanecen con sus implícitas tensiones morales, continúan caminando con los pies de otros hombres” (“*Gli uomini passano, le idee restano, restano le loro tensioni morali, continueranno a camminare sulle gambe di altri uomini*”).

Pensaba que el Estado de derecho internacional —el derecho internacional de los derechos humanos— representa un intento por parte de la comunidad internacional —y una aspiración ética y moral— que reafirma que la conquista y ejercicio de los derechos humanos simbolizan en sí una de las formas de progreso más importantes de la condición humana, especialmente porque *progreso de la condición humana* significa el acceso al ejercicio de derechos por parte de los grupos vulnerables y excluidos, normalmente las mujeres, niños, poblaciones indígenas, los pobres y marginales, las minorías y, sobre todo, de las víctimas. Los derechos humanos son los *derechos del otro* y *un compromiso con la causa de la justicia*.

Y pensé que, al igual que Isaac Newton, para tener esta visión —de derechos humanos y de las víctimas— los profesores, juristas y ciudadanos teníamos que habernos subido a los hombros de algunos gigantes que nos habían permitido ver y comprender los nuevos horizontes. Yo me apoyé en los hombros del compromiso y las acciones de personas como Baltasar Garzón y de los hombres y mujeres de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de España, porque creí que eran no solo los hombres y mujeres del derecho, sino que con su trabajo —a través

de providencias, autos y sentencias— también eran los hombres y mujeres de la justicia que habían incorporado en este nuevo marco de la legalidad otra oportunidad para las víctimas.

En esa fase de la vida en la que la experiencia matiza los principios, y en la que ya empiezas a entender aquello que, por mucho que te contasen, hasta que no te ocurriese en carne propia no llegabas a aprehenderlo, como saber qué es ser padre —cuando todavía no lo eras— o echar en falta al padre —cuando ese espacio de tiempo y humano no lo puedes ni imaginar—; hasta que todo eso acontece, la vida no se ancla a la tierra con una forma y un color específico. En ese preciso momento pensé en mis amigos y colegas con quienes trabajo a ambos lados del Atlántico promocionando y defendiendo esta visión del derecho que constituyó una revolución de nuestro tiempo. Y ya sabemos que las revoluciones son todas imposibles, hasta que se convierten en inevitables. Esa revolución de derechos humanos nos ha dejado un legado, y lo que está aconteciendo confirma la afirmación del profesor Fabián Salvioli: “los derechos humanos llegaron para molestar, y también para quedarse”.

John Ruskin entendía la acción humana como eventual generadora de un legado llamado civilización. Ese legado de cada civilización puede ser medido por sus palabras (*words*), hechos o acciones (*deeds*) y obras artísticas (*arts*). Y el derecho que aplicamos hoy, que contiene los tres elementos señalados por el escritor británico, será también nuestro legado de civilidad o inequidad. Lo que está pasando en nuestro tiempo, en nuestro sistema jurídico en 2012 es definitivo, para luego, en el futuro, poder interpretar nuestra civilidad. Constatamos cada día que los derechos humanos y la democracia son como las religiones: hay que refrendarlas, creer en ellas y reforzarlas, porque de lo contrario desiste su intensidad y vigencia. Y por eso me vino a la mente Miguel de Unamuno y su San Manuel Bueno Mártir, porque este profesor que escribe las presentes líneas espera que su país esté a la altura de la visión de dignidad y amparo a las víctimas que representa el derecho internacional de los derechos humanos —que es derecho interno español— y no le ocurra como al personaje de Unamuno, a quien la tozudez de los hechos y la injusticia que le rodeaba le hizo perder la creencia y fe en aquello que él representaba y en las cosas que defendía como valores, pero que sigue abocado —por responsabilidad— a trasladar el compromiso y humanidad que significa el Estado de derecho, cuya máxima aspiración es acceder al momento mágico y humano de la justicia.

Madurez democrática y derechos humanos

Con cierta pesadumbre reparo, nuevamente, que la ciudadanía española debe seguir elaborando con mayor solvencia un tejido de tolerancia respecto de algunos asuntos de la *res pública* y de las instituciones. Algunos criticarán estas líneas por la tibieza en la defensa del magistrado Baltasar Garzón, y otros por considerarlas un desacato visceral a las decisiones del Alto Tribunal y una inconsistencia legal palmaria. Y, sin embargo, no es un alegato personalista, pues solo tratan de refrendar lo que nos hace más cívicos, ecuanímenes y solventes como país democrático, es decir, el Estado de derecho. Mi argumentación trata de reivindicar la acción de un funcionario público en la persecución de los presuntos crímenes de lesa humanidad del Franquismo, y que la admisión a trámite de tales crímenes se articuló sobre una interpretación coherente, veraz y jurídicamente sostenible del presente estadio del Estado de derecho a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Mi experiencia en el aula universitaria y en la protección de derechos humanos en el terreno me ha ayudado a reconocer dos problemas generalizados en la comprensión y percepción de los derechos humanos, los cuales permiten entender la polarización civil ante la causa de Baltasar Garzón; por un lado, la ideologización de los derechos humanos y, por otro, un uso demagógico de los mismos. Respecto del primero, la asunción o identificación de los derechos humanos como pertenecientes a una sensibilidad ideológica —sumada a la creación de supuestos ideológicos sobre los derechos humanos— es uno de los tópicos y errores que más ha deteriorado este compromiso con la causa de la justicia. Al igual que el arte, la sensibilidad y otras manifestaciones de la condición humana no son propias de derechas o de izquierdas, es una falacia pensar que los derechos humanos son ámbitos exclusivos de la izquierda tradicional, o de personas liberales o progresistas y no de la derecha, de los conservadores o sectores más tradicionalistas. Al contrario, son de todos aquellos que afirman la vigencia y respeto de los principios democráticos. Cuestión diversa será de qué manera cada una de estas sensibilidades ideológicas concibe la implementación, reconocimiento y trascendencia de las políticas públicas que permiten el ejercicio de los diferentes derechos humanos. El instructor de una de las causas contra Baltasar Garzón ha sido maltratado mediáticamente sin ninguna consideración, pues su condición pública de magistrado y de hombre progresista parecía incompatible con la instrucción del procedimiento, como si la ley y el juez

no fueran precisamente las voces de la protección de los derechos humanos y del Estado de derecho.

En segundo lugar, el uso demagógico de los derechos humanos ha significado un deterioro en la legitimidad y eficacia de protección de las libertades y garantías fundamentales. La demagogia en buena medida se basa en los presupuestos de la ignorancia y el miedo, que son siempre elementos catalizadores de la injusticia que, además, no permiten un análisis crítico y equilibrado de ninguna de las violaciones de los derechos humanos. Estos últimos, junto con el Estado de derecho y la democracia, forman el llamado *triángulo mágico* que permite generar una visión de dignidad del hombre, la *imago ominis* de nuestro tiempo. Pensar que los derechos humanos gozan de carta blanca o especular que su causa justa permite recrear *ordalías* de derechos humanos es un flaco favor al Estado de derecho y a nuestra democracia.

España y la justicia transicional

De igual modo considero interesante señalar que las actuaciones judiciales de Baltasar Garzón en la causa de los crímenes de lesa humanidad responden a procesos bien estudiados en sistemas jurídicos que se asientan ideológicamente en premisas democráticas tras procesos de transición política, desde dictaduras o sistemas autoritarios hasta la democracia (Ruti G., Teitel, *Transitional Justice*). En ciertos supuestos, los altos tribunales, en garantía de la consecución de los principios constitucionales de un Estado de derecho democrático —aquello que los griegos llamaban *isonomia*—, producen desde el poder judicial una hiperactividad jurisprudencial para suplir la falta de políticas públicas y actos legislativos que cristalicen los objetivos jurídico-políticos de un régimen jurídico democrático. El caso de Colombia es paradigmático, pues la proclamación de un Estado social de derecho en la Constitución de 1991 y la falta de asignación presupuestaria, y por ende de políticas públicas que implementen el Estado social, ha provocado que la Corte Constitucional de Colombia a través del sistema de la vía de la tutela constitucional haya ido tejiendo con imaginación sólidos recursos intelectuales y sofisticación jurídica como parte del andamiaje del Estado social, lo cual le ha merecido el respeto y admiración del resto de sistemas jurídicos del continente americano.

En el caso español, el escritor Javier Cercas en un sensato artículo titulado “La izquierda y la transición” (El País, 4 de marzo de 2011) exponía que una transición política como la española, exitosa en muchos aspectos, ha adolecido de un veraz formato de justicia transicional. Afirmo en su artículo

(...) así (en 2012), en vez de hacer lo que había que hacer para resolver el escándalo de que todavía tengamos las cunetas llenas de muertos –es decir: pagar sin más y con dinero del erario público para que los muertos sean exhumados, identificados y enterrados con honor–, nos inventamos una ley pinturera (Ley de Memoria Histórica de 2007) (...) No se tiene razón por no haberla tenido: en 1978 quizá no era razonable –o simplemente era imposible– desenterrar a los muertos; en 2012 es un espanto que sigan enterrados.

Probablemente en un futuro no inmediato sea el Tribunal Constitucional español el que tenga que pronunciarse sobre lo que significa *verdad, justicia y reparación*, y el cometido de los órganos judiciales a la luz de nuestras obligaciones internacionales tanto de derecho convencional como de otras fuentes.

La historia jurídica y judicial reciente en España nos lo ha recordado en otros supuestos, y el Derecho es interpretación y contextualización de tiempo y espacio tanto de normas, usos y principios, como de obligaciones internacionales. Como profesor, una parte del esfuerzo pedagógico con los estudiantes de derecho reside en la comprensión de los caracteres del sistema jurídico democrático, y por ello recordamos continuamente que *quien solo se fija en la Ley, no entiende el Derecho*. Un ejemplo de ello son las sentencias del Tribunal Supremo español sobre la competencia de la jurisdicción española (jurisdicción universal) en Chile, Argentina y Guatemala, cuya sentencia sobre este último país fue anulada por el Tribunal Constitucional a través de la STC 237 del 26 de septiembre de 2005, por la que se confirmó la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidas en Guatemala.

La revolución copernicana hacia las víctimas

Como lector ávido de literatura he aprendido a tratar de no fijarme en la biografía del escritor, sino en la calidad y trascendencia de la obra que crea. Sería muy importante que en España, que es un país generoso y solidario, pero también cainita y madrastra con sus hijos –donde unos celebran brindando con alegría en el ágora pública y otros se sienten humillados y violentados por las resoluciones de nuestro Tribunal Supremo– entendieran que lo que realmente cuenta es la labor pródica, anónima y silenciosa que esos funcionarios realizan para legitimar nuestro sistema jurídico –desde el Juzgado de

Instrucción al Tribunal Supremo— que tiene todavía deberes pendientes, como el de garantizar un debido proceso y acceso a la justicia para todos, y *no meramente un derecho al proceso* donde se diluyen las expectativas de una ciudadanía, a la que le resulta muy difícil comprender lo que está aconteciendo en nuestros tribunales, y en particular con nuestras víctimas.

Otra víctima, Primo Levi, reivindicó un espacio público para la memoria de aquellas, pues su escarnio es múltiple: primero cuando son asesinadas y una vez más cuando se las olvida. Es una triste paradoja que el juicio contra el magistrado Baltasar Garzón haya sido la única oportunidad en nuestra democracia en que las víctimas han tenido voz y memoria en sede judicial, y no podemos olvidar que la revolución copernicana que arriba mencionaba es precisamente porque el epicentro de ese universo jurídico son las víctimas, los más vulnerables.