

JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL *VERSUS* IMPUNIDAD: ¿LA CORTE PENAL INTERNACIONAL?

MÓNICA ZAPICO BARBEITO

Investigadora FPU del Área de Derecho Penal

Universidade da Coruña

Resumen

En este artículo se pretende poner de manifiesto cómo las limitaciones estructurales y, en definitiva, la falta de independencia de la Corte Penal Internacional hacen de ésta no sólo un mecanismo ineficaz para la persecución de los crímenes contra la humanidad, sino que su deficiente actividad la convierte en un mecanismo potencialmente peligroso que contribuye indirectamente al enraizamiento de la impunidad.

1. Introducción

Si bien la Corte Penal Internacional (CPI) nació con la pretensión de convertirse en un mecanismo verdaderamente universal, para impartir una justicia penal internacional, permanente, obligatoria, ni temporal ni espacialmente limitada, en definitiva, en un auténtico mecanismo para el ejercicio del *ius puniendi* global, está a día de hoy muy lejos de serlo. Sin olvidar que la CPI es un hito en el que se refiere a la lucha por la defensa de los derechos humanos y contra la impunidad de los crímenes más execrables, hay que poner de manifiesto que, bajo la euforia generada desde su creación, bajo las visiones exageradamente positivas y escasamente críticas sobre lo que significa la CPI¹, se esconden importantes deficiencias y limitaciones competenciales y estructurales en su funcionamiento, así como importantes y poderosos opositores a su mera existencia.

¹ Vid., para una visión crítica del papel de la CPI, PASTOR, *El poder penal internacional. Una aproximación crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2006, *passim*.

2. Las limitaciones de la Corte Penal Internacional

2.1 Limitaciones competenciales

Como decimos, ya desde su creación la CPI presentaba sustanciales limitaciones que dificultaban *a priori* que pudiese ser un instrumento eficaz en la lucha contra la impunidad. Por una parte, importantes delitos internacionales no fueron introducidos en su Estatuto de creación o sólo lo fueron parcialmente. Así, se excluyeron de su jurisdicción multitud de supuestos que sí están recogidos en el derecho penal internacional. A título meramente ilustrativo, no recoge los supuestos de intervención, dominio colonial, reclutamiento, uso, financiación o entrenamiento de mercenarios, terrorismo internacional o tráfico de drogas².

Por otra parte, se permitió la inclusión de cláusulas que limitaban la competencia *ratione temporis*, admitiendo que los países que ratificasen el Estatuto pudiesen retrasar la aplicación de la jurisdicción de la CPI respecto a los crímenes de guerra por un período de siete años, establecido en el artículo 124³ del Estatuto de Roma, lo que permite elegir un sistema *opting out* para los crímenes de guerra⁴.

Además, su alcance está limitado por la complementariedad de su jurisdicción con respecto a la de los Estados, condicionado por la efectiva ratificación de su Estatuto y porque su eficacia depende plenamente de la cooperación de los Estados los cuales, en demasiadas ocasiones, no estarán interesados en cooperar con la CPI⁵.

2.2. La posición de los EEUU

No es menos importante la actitud beligerante que los EEUU han mantenido con respecto a la CPI, oposición nada baladí, primero, por ser la principal potencia económica y militar mundial; segundo, por su implicación directa en muchos de los acontecimientos bélicos que se han sucedido y se suceden a lo

² Vid. FAKHOURI GÓMEZ, “La competencia de la Corte Penal Internacional: competencia material, personal y temporal y sus condiciones de ejercicio y control” en BACIGALUPO; CANCIO MELIÁ (Coord.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pág. 89

³ Artículo 124. Disposición de transición.

“No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio(....)”

⁴ Cfr. FAKHOURI GÓMEZ, “La competencia de la Corte Penal Internacional...”, *op.cit.*, pág. 99.

⁵ Su dependencia de la efectiva cooperación de los Estado para poder desarrollar su actividad hace que haya sido definida por la doctrina como un “cuerpo sin manos”, un poder sin una fuerza ejecutiva real.

largo de los años y, por último, porque es uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (CdS), con todas las implicaciones que, como veremos, esto conlleva.

Los EEUU no han ratificado el Estatuto de Roma -a pesar de haber sido los que presionaron para que la Corte estuviese limitada en sus competencias materiales y de autonomía- y si bien el presidente Clinton firmó el Estatuto de Roma el 31 de diciembre de 2000, no lo ratificó por miedo a que sus ciudadanos y militares pudieran verse sometidos a la jurisdicción de la CPI. Pero de esta oposición inicial, con la llegada del gobierno del presidente Bush, tan sólo cinco meses después de la firma, la actitud de los EEUU ha pasado de un inicial desapego hacia la CPI, a una actitud activa y abiertamente hostil, tratando de sabotear directa e indirectamente su actividad.

Por una parte, por medio de la aprobación el 2 de agosto de 2002 de la *American Servicemembers' Protection Act*. Por medio de esta ley se prohíbe a los gobiernos y a los organismos federales, estatales y locales estadounidenses toda asistencia a la CPI, prohibiendo así la extradición de cualquier ciudadano de los EEUU a la CPI e impidiendo a los agentes de la Corte llevar a cabo investigaciones en los Estados Unidos. El Acta también es conocida como la "*The Hague Invasión Act*" pues se autoriza al presidente de los Estados Unidos a utilizar "todos los medios necesarios y adecuados para lograr la liberación de cualquier [personal estadounidense o aliado] detenido o encadenado, en nombre de, o a solicitud de la Corte Penal Internacional", es decir, se autoriza una intervención armada en La Haya en caso de que se iniciara allí un juicio contra un ciudadano estadounidense o uno de sus aliados.

Por otra parte, insistió en incorporar en resoluciones del CdS (Resolución 1422 de 12 de julio de 2002, renovada por la Resolución 1487 de 1 de junio de 2003⁶) disposiciones destinadas a excluir de la jurisdicción de la CPI a ciudadanos de países que no hubieran ratificado el Estatuto aunque estuvieran acusados de crímenes con competencia de la Corte en relación a su participación en misiones de mantenimiento de la paz. Es decir, consiguió que el CdS hiciese uso del poder de suspensión que le otorga el art. 16 del Estatuto de Roma⁷ pero ya no sobre un caso en particular, sino declarando su incompetencia *a priori* sobre determinados asuntos. Esta resolución, afortunadamente no fue renovada en 2004.

⁶ "1. Pide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de el Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas y autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal y antiguo personal de cualquier Estado que en el sea parte en el Estatuto de Roma y atribuirte contingentes, que ni inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir de el 1º de julio de 2003, investigaciones e enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario."

⁷ Vid. *Infra* "1.3. Limitaciones en la autonomía."

Pero el ataque más importante a la CPI se encuentra en los intentos de los EEUU de firmar acuerdos de impunidad con otros países. En este sentido, usando a su favor el art. 98 del Estatuto de Roma que autoriza a un Estado a no entregar a la CPI un ciudadano de otro Estado si entre los dos Estados hay un tratado que prohíbe la extradición⁸, inició una campaña mundial en 2003 para firmar acuerdos de impunidad ilegales con varios países para garantizar la impunidad de sus ciudadanos, acuerdos que de no ser firmados implicaban la retirada de la ayuda militar en estos países⁹, consiguiendo que más de 100 países hubiesen firmado esos tratados en 2005, aunque muchos finalmente no se han ratificado ni entrado en vigor.

2.3. Limitaciones en la autonomía.

Muchos fueron los debates para decidir acerca de la relación entre el CdS y la CPI, en tanto que la actividad del CdS, como garante de la paz y seguridad internacional, se podría ver afectada por la actividad jurisdiccional de la CPI. Se barajó desde la más absoluta dependencia y sometimiento a los intereses políticos del CdS a la aseguración de una total independencia y autonomía del Tribunal¹⁰. Se presentaba así, de manera expresa, la tensión entre el particularismo político del CdS y las aspiraciones universalistas de la jurisdicción penal de la CPI¹¹. Finalmente, la relación entre el CdS y la CPI se sustenta sobre tres pilares.

El primero de ellos es la incorporación al Estatuto de Roma de una condición de procedibilidad que exige que para que la CPI pueda iniciar un proceso en virtud de la competencia que tiene para perseguir el crimen de agresión, toda agresión debe ser declarada *a priori* como tal por el CdS.

⁸ Artículo 98.2. “La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”.

⁹ En el caso de países de la UE fue sonado el intento de firmar esos acuerdos por parte de los aliados de EEUU en la guerra de Irak, tanto que el propio Parlamento Europeo tuvo que declarar que estos acuerdos impunidad eran incompatibles con la pertenencia a la UE (Resolución de 22 de septiembre de 2002) porque “el Estatuto de Roma es un componente esencial del modelo y los valores democráticos de la Unión Europea y pide los Estados miembros que hagan de el Estatuto de Roma parte del acervo comunitario”.

¹⁰ Vid. ESCUDERO ESPINOSA, *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad. Hacia la paz por la justicia*, Dilex, Paracuellos del Jarama, 2004, págs. 135 a 139

¹¹ Vid. ZOLO, “Luces y sombras del Tribunal Penal Internacional” en *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, I (2005), 1 (<http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/wlgo/icc.htm>)

El segundo de los tres pilares que sustenta la relación entre la CPI y el CdS es la potestad de activación de la competencia que el CdS tiene sobre la CPI¹². En virtud de lo previsto en el artículo 13.b del Estatuto de Roma, la Corte podrá ejercer su competencia si el CdS lo considera conveniente en aras al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas y esto aunque el Estado interesado (en el que se cometieron los hechos o sus nacionales cometan los hechos) no haya ratificado el Estatuto¹³. Es decir, en el caso de las remisiones realizadas por el CdS a la CPI, esta tendrá una verdadera jurisdicción universal, sobre cualquier persona en relación a cualquier asunto independientemente de la vinculación del país con el Estatuto, independientemente del lugar de comisión, de la nacionalidad de los sujetos e incluso de la vinculación de los Estados al Estatuto de Roma, es decir independientemente de los requisitos establecidos en el artículo 12¹⁴ -que el Estado en el que se haya cometido el crimen o el Estado del que sea nacional el acusado del crimen sea parte del Estatuto de Roma-.

La parte positiva es que de este modo se podrían llegar a denunciar hechos que entrando dentro del marco material de competencia del Estatuto, no lo hacen dentro del personal. Permitiría que en casos en que los Estados o, incluso el Fiscal de la CPI, no pudiese o no quisiese iniciar el enjuiciamiento, que aún así pudiese conocer la Corte. Del mismo modo, también se argumentó que por esta vía se evitaría el potencial recurso a la creación de Tribunales penales internacionales *ad hoc* por parte del CdS.

Pero lo cierto es que todos los mecanismos que afecten a la independencia de la Corte distan mucho de poder ser valorados positivamente de suerte que lo que se está haciendo no es evitar el potencial recurso a los Tribunales penales

¹² La introducción de este mecanismo de puesta en marcha fue muy controvertida. Sobre los debates para el establecimiento de esta potestad del CdS y las posturas a favor y en contra vid., ESCUDERO ESPINOSA, *La Corte Penal Internacional y...*, op.cit., págs. 147 a 153.

¹³ Artículo 13. Ejercicio de la competencia:

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

(...) b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; (...)

¹⁴ Artículo 12. Condiciones previas para el ejercicio de la competencia

1. El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5.

2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:

a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;

b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen. (...)

internacionales *ad hoc*, sino abrir una vía para su introducción a través de la CPI¹⁵. Al plasmar en el Estatuto de Roma la facultad del CdS de activar la jurisdicción de la CPI se viene a reconocer implícitamente el no poco controvertido poder que presuntamente le otorga el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas para la creación de tribunales cuando establece que ha de “decidir que medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones”¹⁶.

Si bien son debatidos los efectos positivos de esta introducción en el Estatuto de Roma, hay que centrarse también en las consecuencias prácticas, y en ocasiones muy negativas, de otorgar al CdS la facultad de activación de la CPI. La consecuencia más importante es la injusticia que se deriva del hecho de que el acuerdo de los cinco miembros permanentes del CdS podría llevar a juzgar los criminales de un país que no ratifique el Estatuto, pero siempre manteniendo a salvo su impunidad gracias al poder de veto que estos cinco países tienen, tres de los cuales (EEUU, China y Rusia) no sólo no han ratificado el Estatuto de Roma sino que han mostrado una fuerte oposición a ella. Es decir, los miembros del CdS podrían imponer la jurisdicción de la CPI a Estados que no son parte del Estatuto de Roma, aun cuando ellos no se someten a la misma.

No obstante, lo cierto es que en mayor o menor medida, estas interferencias podrían llegar a ser justificables. Y así, como hemos visto, la creación de una suerte de tribunal *ex post facto* dentro del marco del Estatuto de Roma podría evitar la impunidad de casos que quedan fuera de la competencia de la CPI. Del mismo modo, y por lo que respecta al requisito de procedibilidad ya mencionado, en tanto que el CdS tiene este deber de mantener y restablecer

¹⁵ Además, no sólo puede remitir los asuntos -al igual que lo pueden hacer los Estados partes y el Fiscal-, sino que en el caso del CdS el sistema de tramitación posterior tiene ciertas diferencias de manera que se ha llegado a afirmar que el Estatuto de Roma establece dos sistemas de jurisdicción. Uno sería el cauce determinado por la remisión de los asuntos por parte del CdS y que tendría carácter universal, y el otro estaría configurado por las remisiones realizadas por un Estado parte o por el Fiscal y sometidos a los requisitos previos para el ejercicio de la competencia.

¹⁶ El CdS dispuso en la Resolución 808 de 2 de febrero de 1993 en el caso de Yugoslavia y la Resolución de 1994 en el caso de Ruanda, la necesidad de la creación de un Tribunal internacional para enjuiciar los presuntos responsables de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en estos territorios y ello porque según el CdS suponía una amenaza a paz y la seguridad internacionales; no ante las políticas de limpieza étnica o por el mero hecho de la protección del individuo como tal, sino por el mantenimiento de la paz y seguridad. Pero resulta jurídicamente muy objetable, y muestra un importante déficit de legitimidad ético-jurídica, que el CdS tenga esta potestad según lo dispuesto el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, porque quien está facultado para hacer la guerra en un país con el pretendido fin del deber de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacional, no está del mismo modo facultado para la administración de justicia. Si ya es muy dudoso y difícil aceptar que la CdS sea un mecanismo acertado para mantener la paz y seguridad o evitar las guerras que suceden en el mundo, es tremendamente osado creer que puede ser fuente de justicia.

la paz y seguridad internacionales, puede argumentarse desde la lógica que se haga necesario que sea este organismo el que declare una agresión, por ser esta uno de los principales ataques a la paz internacional.

Pero lo que no tiene ningún tipo de justificación es el tercer pilar en el que se basa la relación entre el CdS y la CPI, por el cual el CdS no sólo tiene la facultad positiva de activar la jurisdicción de la CPI sino también la negativa de paralizarla. De esta suerte, en virtud del artículo 16 del Estatuto de Roma¹⁷, el CdS podrá suspender por un año una iniciativa, procedimiento o investigación propuesta por la Fiscalía de la CPI con arreglo a lo establecido en el Capítulo VII de la Carta das Naciones Unidas que le da la potestad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales¹⁸, lo que va a significar la subordinación de la Fiscalía de la CPI a los intereses de lo miembros permanentes del CdS. Una situación que se agrava si tenemos en cuenta que de los cinco miembros permanentes del CdS, sólo dos (Francia e Inglaterra) se muestran favorables a la creación del Tribunal y tres (China, EEUU y Rusia) son reticentes a que desarrolle plenamente su actividad. Por si esto fuera poco, aunque la petición de suspensión es inicialmente por un año, el cierto es que se puede reiterar esta solicitud tantas veces como se quiera por lo que en la práctica la suspensión podría ser por tiempo indefinido.

El CdS tiene por lo tanto un importante papel en las funciones y actividad de la CPI comprometiendo seriamente su autonomía e independencia. Con la introducción de estas facultades del CdS de activar, suspender, e incluso impedir a su discreción las iniciativas de la Fiscalía del Tribunal, estamos ante una clara contaminación “constitucional”¹⁹ pues se supedita la labor de la CPI a un órgano con un fuerte componente político, lo que va en contra del espíritu de autonomía intrínseco a todo órgano judicial.

Estas ausencias, carencias y fallos que presenta el Estatuto de la CPI surgen en la medida de que se trata de un Estatuto fruto de una discusión política, no técnica jurídica, de manera que se pone en evidencia que lo realmente importante no será el bien jurídico protegido. Este sólo será protegido en la medida en que no colisione con otros intereses que sí son considerados como prioritarios por los Estados y en el momento en el que se produce esta colisión, el bien jurídico, sea este cual fuera, será olvidado y subordinado a estos

¹⁷ Artículo 16. Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento: “En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.”

¹⁸ Surge aquí la inevitable, nada desdeñable y al mismo tiempo controvertida cuestión de hasta que punto la búsqueda de la paz y la seguridad ha de tener preeminencia sobre la justicia, o por el contrario, sólo a través de esta se consigue alcanzar una verdadera paz.

¹⁹ Vid. ZOLO, “Luces y sombras del Tribunal Penal...”, op.cit.

intereses mucho más prioritarios para los Estados: los económicos, políticos y militares.

3. Los peligros de la Corte Penal Internacional

Estas limitaciones en su autonomía e independencia, sus deficiencias competenciales y los no menos importantes “enemigos”, no sólo hacen de la Corte un mecanismo de *ius puniendi* global muy limitado y deficiente para la persecución de los crímenes internacionales, sino que evidencian peligros que van más allá de estas deficiencias, sombras que lo convierten en un mecanismo potencialmente peligroso.

3.1. La Corte Penal Internacional: ¿un tribunal permanente de vencedores?

En la actualidad, el nuevo *governance* mundial, que no debe ser interpretado exclusivamente como los EEUU, si bien la centralidad política de estos en el *governance* es innegable, se sitúa por encima del Derecho penal internacional clásico, imponiendo una nueva estructura neo imperial del mundo. En este contexto, se ha pasado de los intentos de que la ONU monopolizase el uso de la fuerza a través del CdS, a su abandono definitivo para dar paso a la construcción de un sistema jerárquico donde el nuevo *governance* global será el propietario del uso legítimo de la fuerza; de una precaria horizontalidad del derecho internacional a la verticalidad del derecho transnacional fruto de la jerarquización del poder a escala global concentrado en manos de la hegemonía imperial. El nuevo gobierno global ha elaborado una teoría militar y práctica bélica que contradice los principios de la ONU, ignora sistemáticamente los principios y reglas del derecho internacional por obsoletas y va en contra de la teoría de la defensa de los derechos humanos. El nuevo orden global mantendrá las estructuras obsoletas como la ONU o el CdS en la medida en que se han convertido en instituciones subordinadas al gobierno mundial, sometidas sistemáticamente a presiones o directamente marginadas, cuando no, sencillamente, le ha sido imposible llegar a cualquier acuerdo por el derecho a veto de los cinco miembros permanentes del CdS o directamente sus resoluciones han son ignoradas, como ocurrió con la agresión a Irak, donde fallaron todos los intentos de “pacifismo jurídico”.

Si en el momento de la creación de la CPI, con los arduos debates que llevaron finalmente a la firma del Estatuto de Roma, ya se evidenció el poder de algunos países a la hora de imponer su configuración, a lo largo de los últimos años se ha ido viendo que la construcción del nuevo orden y gobierno global no ha hecho sino aumentar las posibilidades de intervención sobre la actividad de la CPI. El poder de determinados países se impone con claridad, rompiendo

el precario equilibrio (si alguna vez este existió) que se trató de buscar en su creación.

En este contexto, aunque la CPI se presentaba como el mecanismo idóneo para poner freno a la justicia de vencedores iniciada en Nüremberg y Tokio y continuada por los Tribunales *ad hoc* y los Tribunales nacionales creados por las fuerzas ocupantes, lo cierto es que sus limitaciones hacen que en la práctica no se aleje demasiado de lo que, en esencia, estos fueron: una justicia de vencedores, de los poderosos sobre los que carecen de este poder²⁰. Y esto es así porque todas las limitaciones e intromisiones a las que nos referíamos en la autonomía de la CPI por parte del CdS no hacen sino evidenciar su subordinación como mecanismo creado en su mayoría por los poderosos para cumplir sus expectativas. De este modo, la CPI no sólo podrá perseguir un número muy restringido de casos debido sus limitaciones competenciales, temporales y personales, sino que siempre habrá de contar con el previo beneplácito de las grandes potencias que, de lo contrario, simplemente usarán el poder que tienen para paralizar la actividad de la CPI a través del CdS. Del mismo modo, a través de sus facultades de activación del proceso, se asegurarán de que se juzgue los casos que les interesa que sean juzgados, imponiendo al resto de países sus pretensiones.

Coexisten así muchas buenas y malas intenciones alrededor de la CPI. Por una parte están los que realmente buscan en la existencia de un poder penal internacional, la lucha contra la impunidad y la persecución de los crímenes contra la humanidad. Por otra parte, no son menos los que la ven como un mecanismo muy favorable y útil para conseguir sus propios intereses y perpetuar su impunidad.

La CPI no sólo es incapaz de alcanzar la utopía kantiana de un mundo de paz y estabilidad en el que reine la justicia universal, sino que su existencia puede contribuir a acrecentar la brecha entre una justicia para unos y otra justicia para otros; contribuir con su configuración tan deficiente a una justicia discriminatoria que perpetúe la presencia de diferentes varas de medir en función de quien comete el crimen. En definitiva, contribuir a una justicia de los vencedores, de los poderosos, un instrumento en manos de quien detenta el poder para que juzgue aquellos que quiere que sean juzgados, dejando impunes los crímenes cometidos por ellos, que ya en la creación del Estatuto de Roma se aseguraron de no dejar abierta ninguna posibilidad de poder ser juzgados por la CPI.

La justicia dualista²¹ que impuso el nuevo orden global promueve la venganza de los vencedores sobre los vencidos a través de mecanismos jurídicos o extra

²⁰ Sobre la justicia de los vencedores, vid. ZOLO, *La justicia de los vencedores: de Nuremberg a Bagdad*, Trotta, Madrid 2007, *passim*.

²¹ Vid., *Ibidem*, págs. 48 y ss.

judiciales dependientes de ellos, al mismo tiempo que perpetúa la impunidad por los delitos, no menos graves, que ellos cometen. Las grandes potencias operan, y seguirán haciéndolo, en el marco de la impunidad porque el sistema global, y tristemente también la justicia internacional, tiende a perpetuar esta impunidad.

Permanecen así impunes por sus delitos de agresión enmascarados en guerras humanitarias, por sus delitos contra la humanidad calificados como daños colaterales o males necesarios en la lucha contra el terrorismo, pues para ellos se ha establecido una justicia a medida²². La comisión de delitos de agresión, el calificado como “crimen internacional supremo”, son ignorados sistemáticamente cuando la agresión es cometida por un “vencedor”. Los responsables de estos crímenes de agresión son totalmente inmunes a la jurisdicción no sólo de los Tribunales *ad hoc* sino de cualquier otra, incluida la CPI²³. De ahí que otro peligro que genera la actuación deficiente de la CPI es que su inactividad supone de alguna forma una legitimación *ex post* de los resultados de la guerra, legitimando con su no persecución las guerras de agresión enmascaradas en intervenciones humanitarias²⁴.

¿Qué casos quedarán entonces reservados para la jurisdicción de la CPI? Para ella quedará reservado el ejercicio del *ius puniendi* sobre los países subdesarrollados. La persecución de los casos que a nadie parece preocupar y de los que todos se desentienden. Los cometidos en países del tercer mundo por nacionales de estos países; los genocidios y crímenes contra la humanidad que los países ricos, las grandes potencias, dejaron que sucedieran sin tratar de ponerles fin por medio de la diplomacia, sencillamente porque no se sacaba

²² Como acertadamente puso de manifiesto el juez indio Radhabinod Pal, miembro del Tribunal Penal Internacional de Tokio, al final “sólo la guerra perdida es un crimen internacional”.

²³ Son ejemplificativos los casos de la guerra de Kosovo, Afganistán o Irak, donde las potencias occidentales han empleado toda su fuerza militar ignorando el derecho internacional y violando los derechos fundamentales de las personas. La fiscal jefe del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Carla del Ponte, haciendo gala de una total falta de autonomía e imparcialidad, ignoró las denuncias interpuestas sobre las responsabilidades de las autoridades políticas y militares de la OTAN por el bombardeo interrumpido durante sesenta y ocho días a la ciudad de Belgrado -que podría ser considerado un crimen de agresión- y a pesar de que el Tribunal era competente respecto de estos crímenes archivó todas las denuncias presentadas por considerarlas “manifiestamente infundadas”. También podía haber habido responsabilidades por la utilización de bombas de racimo cuyo uso está prohibido por el derecho internacional, así como por el uso de proyectiles cargados con uranio empobrecido. ZOLO, *La justicia de vencedores...*, op.cit., págs. 53 y ss.

²⁴ Es más, ahora el hecho de que la agresión armada tenga éxito y fructifique en la ocupación de un estado provoca una suerte de subsanación de la posible criminalidad de esta, legitimando así los resultados de los vencedores. Es significativo a este respecto la resolución del CdS de la ONU 1511 de 16 de octubre de 2003, dictada a posteriori de la invasión de Irak por la que de alguna forma algunos autores opinan que se “legalizó” retroactivamente la presencia de fuerzas de ocupación en este país. Se modifica así la lógica jurídica que implica que si una agresión es ilegítima lo es también la ocupación que se deriva de ella, al mismo tiempo que se legitima el hecho de negar la legítima defensa al país ocupado porque el ataque, finalmente, es legítimo. Vid, ZOLO, *La justicia de vencedores...*, op.cit., págs. 61 y ss.

ningún provecho de ello. Es ciertamente significativo al respecto que, después de siete años en funcionamiento, en las cuatro causas abiertas en la actualidad en la CPI, casualmente todas ellas sean en países del continente africano (Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana y Sudán), a pesar de los no pocos crímenes cometidos en estos años por los países poderosos.

3.2. ¿Tiene la Corte Penal Internacional alguna eficacia preventiva?

Uno de los principales argumentos que sustentaron la idea de la necesidad de una CPI fue que con un auténtico mecanismo para el ejercicio del *ius puniendi* global se podría no sólo impartir justicia, sino también evitar que se cometieran los más graves crímenes, una advertencia para los criminales de que las violaciones de derechos humanos nunca volverían a quedar impunes.

No obstante, ¿es la CPI verdaderamente un instrumento preventivo eficaz ante la comisión de crímenes de guerra, genocidios y crímenes contra la humanidad? El principal argumento que se aduce a su favor es que los Tribunales internacionales no sólo son más imparciales y están más capacitados en la toma de decisiones que los tribunales nacionales para la interpretación y correcta y uniforme aplicación del derecho penal internacional, sino que siendo sus juicios más visibles a la comunidad internacional, dado que los medios de comunicación les prestan una mayor atención y difusión, todo ello favorecerá el carácter preventivo de los Tribunales penales internacionales.

Al margen de las dudas teóricas evidentes de que un castigo ejemplar pueda tener efectividad para evitar la comisión de los crímenes internacionales (dicho sea de paso, la misma duda que ante la comisión de cualquier delito), en el Estatuto de Roma por el que se establece la CPI se incurre en un grave error: establecer la posibilidad de diferentes criterios de actuación en función de quien comete el crimen y, por tanto, ello supone que se ponga en duda su fiabilidad, certeza y, en definitiva, credibilidad como instrumento preventivo. Las intromisiones en su independencia y autonomía por parte del CdS, ha generado que en circunstancias similares de impunidad los poderosos saben que ellos nunca serán juzgados por la CPI porque se han asegurado la invulnerabilidad a través de toda una serie de mecanismos que vuelven imposible sino quimérica esta posibilidad.

Esa suerte de discrecionalidad en la elección de los delitos que serán perseguidos y aquellos que no lo harán hace que sus condenas pierdan su carácter disuasorio pues todos los gobernantes de los países poderosos e influyentes saben que difícilmente sus crímenes serán juzgados por la CPI. Al mismo tiempo, este trato desigualitario genera desconfianza y rechazo en el

resto de los países²⁵, cuando no esperanza en que sus amigos poderosos les vayan a evitar compadecer ante la Corte vetando esa posibilidad ante el CdS.

3.3. Principio de jurisdicción universal *versus* la Corte Penal Internacional

Por otra parte, la euforia suscitada tras la creación de la CPI y la confianza absoluta en su potencialidad como mecanismo idóneo para la persecución de los más execrables crímenes, ha generado una suerte de placidez generalizada, una sensación de que con el Estatuto de Roma todo estaba ya hecho y que la lucha contra la impunidad debe centrarse en su fomento y protección, olvidando otros instrumentos igualmente válidos y seguramente más eficaces. En concreto, el discurso exageradamente entusiasta sobre su potencial eficiencia y efectividad provocó una calma y despreocupación por parte de los Estados a la hora de asumir sus responsabilidades de perseguir la comisión de los crímenes internacionales ignorando que, para bien o para mal, la jurisdicción de la CPI es meramente complementaria de las jurisdicciones nacionales, complementaria incluso de la de los Estados cuando estos ejercen la jurisdicción universal²⁶.

Del mismo modo, también olvidando que la CPI dista mucho de ser realmente un verdadero instrumento de justicia universal, los Estados se escudaron en su existencia para alegar la innecesaridad del principio de jurisdicción universal y así eliminarlo progresivamente, a través de sucesivas limitaciones en las posibilidades de su ejercicio, de los ordenamientos jurídicos nacionales. De esta suerte, este fue uno de los argumentos oficiales para eliminar la jurisdicción universal del ordenamiento jurídico español²⁷, pues el no oficial, que subyace a esta decisión, no es otro que los problemas diplomáticos

²⁵ Y no sólo carecen de eficacia disuasoria por la discrecionalidad de los criterios para juzgar a unos y no a otros, sino porque elegir discrecionalmente a unos cuantos individuos para su estigmatización los convierte, en algunas ocasiones, en mártires, produciendo exactamente el efecto contrario al pretendido, como así ocurrió en cierto modo con el procesamiento a Slodoban Milosevíc.

²⁶ Así lo ha interpretado la doctrina el artículo 17.1 a) del Estatuto de Roma cuando señala que la CPI resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando este sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción, salvo que no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo. Se interpreta así que la CPI no intervendrá incluso cuando no sea la jurisdicción del territorio y lo haga aplicando el principio de justicia universal.

²⁷ La Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre de 2009, modificó el artículo 23 de la Ley orgánica del Poder judicial español, estableciendo ahora que “para que puedan conocer los tribunales españoles deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España”, limitando, sino derogando el ejercicio de la jurisdicción universal que hasta ese momento se mantenía “puro” en el ordenamiento jurídico español, ya que permitía juzgar sin limitaciones los crímenes contra la humanidad independientemente de los intereses particulares de los Estados.

y, los no menos influyentes, económicos que se estaban generando con EEUU, Israel y China a causa de los intentos de la Audiencia Nacional española de investigar los crímenes cometidos en Guantánamo, Gaza y el Tíbet respectivamente. En este punto, no debemos olvidar que estos crímenes difícilmente, sino quiméricamente, podrán ser juzgados alguna vez por la CPI, ya que ninguno de los tres países ha ratificado el Estatuto de Roma y, por otra parte, EEUU y China son miembros permanentes del CdS, con todo lo que eso significa.

Desafortunadamente, son muchos los ejemplos del uso criminal de la fuerza global que la CPI nunca podrá perseguir y sancionar y que sin el ejercicio de la jurisdicción universal quedarán en la más absoluta impunidad: la agresión del Israel al Líbano; la agresión ilegal a Irak, que causó y sigue causando miles de muertos; las torturas en los interrogatorios a las que fueron sometidos los presos de la cárcel de Guantánamo y un inmenso etc. de supuestos.

3.4. Perpetuación de la impunidad

El cuarto, peligro que lleva implícita la actual CPI es que nos encontramos ante un instrumento que, en definitiva, contribuye tácitamente con su inactividad al enraizamiento en el nuevo orden global de una impunidad que se vuelve estructural, una impunidad que se hace ley para las grandes potencias por la comisión de crímenes que no interesa ni investigar ni perseguir.

Ante la impunidad de los vencedores la CPI permanece impotente, con una inercia cómplice e incapaz ya no de garantizar la justicia, sino de tan siquiera disuadir mínimamente a las grandes potencias del uso de su fuerza descomunal, por lo que con su negligente falta de actividad y eficacia, con la falsa sensación que genera de ser el único instrumento idóneo para perseguir la impunidad, contribuye a la continuación y perpetuación de los más execrables crímenes contra la humanidad. Paradójicamente, el que había sido creado como mecanismo esencial en la lucha contra la impunidad y en la defensa de los derechos humanos, no sólo se ve incapaz de cumplir con su labor, sino que contribuye tácitamente a la impunidad y a la comisión de los crímenes contra la humanidad.

4. Conclusión

Si bien no se trata de poner aquí en duda la necesidad de la CPI –seguramente más necesaria que nunca–, es necesario criticar su configuración actual, pues entraña peligros que ensombrecen su potencialidad original como instrumento efectivo para la persecución de los crímenes contra la humanidad y convierten un instrumento necesario en algo que entraña más riesgos e injustas que justicia imparte. Sólo con una CPI completamente independiente

y sin manipulaciones externas, con una jurisdicción amplia e imparcial, se podría hablar de una verdadera justicia penal internacional. Pero el cierto es que es quimérico y ciertamente ingenuo pensar que las grandes potencias renunciarán a su posición privilegiada en la organización mundial para permitir que la justicia impere sobre la venganza; que la justicia impere sobre la impunidad.