

NO SOBRESTIMAR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL *

*David Wippman***

Introducción

Los debates suscitados sobre la legitimidad y la utilidad de la recién formada Corte Penal Internacional (CPI), se saturan por una retórica singular por parte de sus partidarios y antagonistas. Los defensores definen a la CPI como la institución internacional más importante creada en muchos años; este sector piensa que la Corte es un arma poderosa en la lucha para terminar con la cultura de la impunidad. Con esta institución se detendrán las atrocidades, se promoverá la conciliación nacional en sociedades divididas, y será un gatillo de progreso en los esfuerzos por imponer la legalidad.

Desde otra perspectiva, los críticos ven a la Corte como una drástica intrusión hacia la soberanía estatal, un foro de persecuciones políticas y un medio para terminar con las justificaciones de seguridad nacional (hechas valer especialmente por los Estados Unidos de América). Los críticos perciben a la Corte como un organismo antidemocrático, difícil de explicar, y temen que el fiscal de la Corte se convierta en una especie de Ken Starr internacional. Peor aún, los críticos piensan que la

* Traducción del inglés por Enrique Benet-Gregg, Instituto Tecnológico Autónomo de México.

** Profesor de Derecho, Cornell Law School. En 1998-99, el autor trabajó en cuestiones relacionadas con la CPI para el gobierno de los EUA como Director de la Oficina de Asuntos Multilaterales y Asuntos Humanitarios en el Consejo de Seguridad Nacional. El autor agradece a Jenia Iontcheva, Steven Rickard, Eric Schwartz, Robert Summers, Don Wallace, y los participantes en los seminarios de la Universidad de California en Irvine, la Universidad de Western Ontario, y el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) por sus comentarios sobre la versión pasada del presente artículo. Una versión más extensa del artículo fue publicada como capítulo en *Bringing Power to Justice: The Prospects of International Criminal Law*, eds. Joanna Harrington, Michael Milde and Richard Vernon (2004).

Corte impedirá la resolución política de conflictos prolongados e impedirá la privación de los derechos de atropellar de los dictadores excluyendo la amnistía y las herramientas diplomáticas.

En ambos sentidos, exageraciones hechas hacia la CPI son inevitables. Ambas posiciones han inflado el debate sobre el desarrollo de esta nueva y costosa institución internacional. Los casos correspondientes a la Corte Internacional de Justicia y su predecesor a la Corte Permanente de Justicia Internacional, recibieron influjos similares a los que hoy resiste la CPI. Sin embargo, la intensidad retórica que la CPI recibe se encuentra estrechamente ligada a la oposición americana. Estados Unidos de América ha sido un obstáculo al más grande proyecto de cooperación internacional y su posición resulta paralela al rechazo que este país ha tenido en contra de otros tratados importantes, tales como la “Convención de Minas”, el “Protocolo de Kyoto”, entre otros.

La polarización de las opiniones sobre la CPI ha conseguido disuadir lo que realmente se puede esperar de la institución. El rumbo ha impedido que la asignación de recursos políticos y financieros sean destinados a su verdadero objeto. La realidad es que ambas posiciones son extremas. Hay poca evidencia empírica para apoyar las demandas preventivas; los países donde las atrocidades están extendidas cuentan con sistemas legales que son normalmente inadecuados y puede preverse que serán a menudo incapaces de cumplir el papel asignado a ellos en el estatuto de la CPI. La Corte puede contribuir a la marginación de extremistas en algunos contextos, y puede, en un término a largo plazo reforzar los apremios normativos en contra de la comisión de atrocidades. Es más, la Corte probablemente evitará la zona gris que cubre a la mayoría de casos temidos por EUA y otros críticos, para que su impacto en las decisiones sobre la soberanía estatal y la seguridad nacional sean modestas.

1. Escollos prácticos en la persecución de responsables

Indudablemente la Corte intentará sancionar a individuos que cometan los crímenes tipificados (hasta el momento... genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra). Los defensores ven a este organismo como un vehículo que proporcionará una responsabilidad

importante y transformadora. Ellos creen que la CPI suplantarán la “cultura de responsabilidad” por una “cultura de impunidad”.

Asumiendo que las proyecciones puedan contribuir significativamente al logro de estos fines, mucho dependerá si la CPI puede superar sus limitaciones prácticas. Reed Brody, Director de Human Rights Watch, propuso lo siguiente:

¿Las lagunas jurisdiccionales en el Estatuto de Roma, la desconfianza en la cooperación gubernamental, y la negativa americana permitirán al Consejo de Seguridad someter los casos y crear una institución burocrática cara y desempleada? ¿O la extendida ratificación y la determinación política para perseguir a los peores delincuentes darán a la CPI un arma para combatir la impunidad en el siglo XXI?¹

1.1. Ambigüedades jurisdiccionales

Las características jurisdiccionales del Estatuto de la CPI son consideradas demasiado rigurosas por EUA y otros críticos; y se consideran débiles para alcanzar sus objetivos. Como resultado de un compromiso disputado, la Corte puede ejercer su jurisdicción sólo si el crimen ocurrió en el territorio de algún estado o si el estado de donde el nacional a quien se acusa, aceptó la jurisdicción de la Corte ratificando el Estatuto de la CPI o aceptando la jurisdicción de la Corte por encima de una situación particular *ad hoc*. Los partidarios de la CPI no están de acuerdo con este compromiso, en la mayoría de los casos, el estado territorial y el estado de nacionalidad son probablemente el mismo. Como resultado, la CPI a menudo será incapaz, ausente una referencia del Consejo de Seguridad, para intervenir sobre violaciones humanitarias serias cometidas por autoridades políticas de Estados que no sean partes del Estatuto en el territorio de ese Estado, y contra sus propios nacionales. Ejemplos de esto es que los escenarios de Pol Pot y Milosevic no podrían ser cubiertos.²

¹ Reed Brody, “Book Review,” *American Journal of International Law* 96, no. 1 (2002): 268-73.

² Mauro Politi, “The Rome Statute of the CPI: Rays of Light and Some Shadows,” in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, ed. Mauro Politi and Giuseppe Nesi, 7-16 (Aldershot: Ashgate, 2001), 8.

Esta “falla crítica”³ en el régimen jurisdiccional de la CPI podría superarse a través de la ratificación extendida del Estatuto, o a través de las referencias del Consejo de Seguridad. Pero hay razones suficientes para ser escéptico que cualquiera de las dos ocurrirá, por lo menos en el corto plazo. A partir de octubre del 2003, 92 todos han ratificado el Estatuto de la CPI, y se espera que otros se unan. Pero la mayoría de los estados que experimentan conflictos militares no son partidarios del Estatuto. Excepciones notables incluyen Afganistán, Colombia y la República Democrática del Congo. Grandes ausentes son Israel, la mayoría de los Estados Árabes, y estados que experimentan los conflictos brutales en Asia y África Subsahariana. Otros omisos son los estados poderosos, incluyendo a los Estados Unidos de América, China, India, y Rusia (quien ha firmado pero no ha ratificado el Estatuto de la Corte).⁴

Este gran vacío en los alcances del Estatuto de la CPI podría ser mediado por el Consejo de Seguridad, quien tiene la autoridad para referir situaciones a la Corte. Pero esta posibilidad parece excluida por la vehemente oposición americana. La administración Bush es muy probable que rechace cualquier referencia del Consejo de Seguridad por el miedo de legitimar una institución a la que se opone vigorosamente.

1.2. Barreras procesales

El limitado alcance jurisdiccional de la CPI se agrava por los dispositivos procesales abiertos a los estados (y a individuos) que desean obstruir el trabajo de la Corte. Como Leila Sadat y Richard Carden obser-

³ *Ibid.* Muchas de las debilidades jurisdiccionales, procesales, y financieras discutidas en esta parte pueden atribuirse en buena parte a posiciones tomadas por EUA en las negociaciones de Roma. Al mismo tiempo, algunas de las fuerzas del estatuto de la Corte, como su inclusión de crímenes comprometidos en los conflictos interiores, también pueden atribuirse al poder de cabildeo de EUA. Mi propósito aquí es no evaluar el crédito o culpar las provisiones particulares del Estatuto de la CPI, sino para evaluar qué tan eficaz puede ser ésta.

⁴ Como la cabeza de la comisión de India a las negociaciones de CPI observó al explicar las objeciones al Estatuto de Roma, “nosotros estamos a punto de adoptar un Estatuto para que los Gobiernos que representan dos-terceras partes de humanidad no sean un partido. Ésta es una medida de éxito extraña”: *Explanation of Vote by Mr Dilip Lahiri*, [online], (17 July 1998), online: United Nations[cited 13 March 2003]; available from <<http://www.un.org/CPI/speeches/717ind.htm>>.

van, el régimen procesal “sumamente complejo y potencialmente pesado del Estatuto de la CPI y los desafíos gubernamentales hacia la jurisdicción y admisibilidad... pueden impedir que la Corte cumpla de forma eficaz su misión primaria para administrar la justicia.”⁵ Este régimen procesal fue instituido para implementar el principio de complementariedad (que otorga autoridad primaria a un tribunal nacional para investigar y dar seguimiento a asuntos que entran bajo los parámetros jurisdiccionales de la CPI), y para evitar invocaciones inapropiadas de la jurisdicción de la CPI. El resultado de esto es que en casi todas las fases procesales, las partes pueden presentar recursos interlocutorios respecto de la admisibilidad y jurisdicción de la CPI.⁶ De esta forma, “es probable que la CPI pasará mucho tiempo en cuestiones relacionadas con la admisibilidad y jurisdicción.” Por razones similares, Hans Peter Kaul, delegado alemán a las negociaciones de Roma que abanderaron a una CPI enérgica, concluye que el Estatuto en efecto crea dos Cortes diferentes: la primera “muy fuerte” (al actuar con fundamento en una referencia del Consejo de Seguridad), y otra “bastante débil” (al actuar en base a una queja Estatal o acción del Fiscal).⁷ Pero las referencias del Consejo de Seguridad son improbables, dejando sólo la operación débil de la CPI.

Desde un panorama más oscuro, “la jurisdicción de la Corte es tan débil que tiene el potencial para minar la eficacia de la Corte completamente...”⁸ La Corte no tiene el poder para exigir a Estados que obedezcan sus órdenes, y muchos casos ningún derecho para llevar a cabo investigaciones en el territorio de los estados solicitados, sin el consentimiento y cooperación de las autoridades de esos estados. A su vez, la CPI será dependiente de la cooperación de los estados para la ejecución de las “órdenes de aprehensión, juicios, órdenes de arresto, ejecución de sentencias...”⁹ Sadat y Carden concluyen que “debido la dificultad que el tribunal de Yugoslavia ha tenido con los arrestos de sos-

⁵ Leila Nadya Sadat and S. Richard Carden, “The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution,” *Georgetown Law Journal* 88, no. 3 (2000): 381-474, 398.

⁶ *Ibid.*, 417.

⁷ Hans Peter Kaul, “The International Criminal Court: Jurisdiction, Trigger Mechanism and Relationship to National Court Jurisdictions,” in Politi & Nesi, *supra* note 2, 59-64, 62.

⁸ Sadat & Carden, *supra* note 5, 415.

⁹ *Ibid.*

pechosos y conductas investigadas, aún cuando cuenta con el apoyo del poder del Consejo de Seguridad, el futuro de la CPI es bastante vago.”¹⁰

En muchos casos, estas aseveraciones pueden sonar pesimistas, y los cambios políticos dentro de cada estado pueden mejorar la perspectiva de cooperación. En Ruanda, el éxito militar trajo al poder un gobierno comprometido con la prosecución de aquellos responsables de delitos como genocidio. El resultado, un número considerable de figuras paternas envueltas con genocidios cometidos en Ruanda han sido juzgados, y algunos otros estados en África y en otros continentes han cooperado con el tribunal de Ruanda para lograr la detención de sospechosos y recopilación de evidencia. Más aún, en los últimos años, después de la publicación del artículo de Sadat y Carden, la cooperación internacional con el tribunal para la ex Yugoslavia aumentó significativamente. Un número importante de figuras líderes, entre las que destaca Milosevic, han sido aprendidos y enjuiciados. Pero a aun así con estos ejemplos, la cooperación estatal es un gran problema para lograr un desempeño eficaz de ambos tribunales.

La CPI es el candidato perfecto para tener problemas de cooperación. Contrario a lo que sucede en Yugoslavia y en Ruanda, la corte no puede contar con la asistencia del Consejo de Seguridad para obtener la cooperación; todo esto gracias a la actitud del actual gobierno norteamericano. Además, no puede contar con la presión estratégica de organismos internacionales, que han hecho grandes contribuciones en países como Croacia y Serbia, toda vez que el consenso internacional necesario para aplicar presiones políticas y económicas que obstruyen en Yugoslavia puede no existir.

1.3. Impedimentos financieros

Los tribunales de Yugoslavia y Ruanda son instituciones extremadamente caras. El de Yugoslavia formado en 1993 cuenta con un modesto presupuesto anual de \$276.000.00 dólares. El organismo cuenta con 25 jueces (16 permanentes y 9 *ad litem*) y más de 1200 empleados. El presupuesto para 2002-2003 fue la suma extraordinaria de \$223,169,800

¹⁰ *Ibid.*, 416-17.

dólares.¹¹ El tribunal de Ruanda también ha crecido dramáticamente. Tiene una staff de 870 personas y su presupuesto para el 2002-2003 fue de \$177,739.40.¹² El presupuesto combinado de ambos tribunales excede los 400 millones, una suma equivalente a 1/7 del presupuesto de Naciones Unidas para la búsqueda de la paz (aproximadamente 2.6 millardos).¹³

El presupuesto de ambas instituciones ha sido canalizado a atender procesos legales, y tal como se detalla más adelante, el número de casos procesados por los dos tribunales es muy pequeño. Conclusión... Los juicios ante estas instancias de justicia criminal internacional han probado ser largos y costosos.

Es preferible abrir una pregunta y pensar si la CPI tendrá un desempeño comparable a los tribunales existentes. Entre otras cosas la CPI no recibirá ningún financiamiento por parte de EUA; dicha provisión no sólo es contraria a las políticas públicas de este país, sino que están prohibidas por sus leyes.¹⁴ EUA ha sido el contribuyente más grande de los tribunales existentes y el panorama no queda claro si otros países adquirirán la responsabilidad económica. La asamblea de los estados partidarios aprobaron un primer presupuesto de 31 millones •, esto entre otras cosas para mantener un staff de 202 empleados.¹⁵ El presu-

¹¹ *The ICTY at a Glance*, [online:], [cited 13 March 2003]; United Nations <available from <http://www.un.org/icty/glance/index.htm>>.

¹² *About the Tribunal*, online: International Criminal[Tribunal for Rwanda <<http://www.ictcr.org/about.htm>>.

¹³ *United Nations Peacekeeping Operations*, Background Note: 18 June 2003, UN doc. DPI/1634/Rev.30, online: United Nations Department of Peacekeeping, <<http://www.un.org/peace/bnote010101.pdf>>.

¹⁴ El estatuto para la Protección de Miembros del Servicio Americano de 2002, las Apropia-ciones Suplementales actúan para la Recuperación Extensa a la Contestación a los Ataques de Terroristas en EUA. Taberna L. No. 107-206, §§ 2001-2015, 116 Stat. 820 (2002), prohíbe a cualquier estado o la agencia federal, incluso cualquier tribunal, de proporcionar apoyo a la CPI. El estatuto tiene autoridad de renuncia presidencial amplia, sin embargo, y en todo caso se enfoca principalmente en los esfuerzos frustrados de la CPI para proseguir a los nacionales americanos. Es más, la sección 2015 parece devolver mucho de lo que el resto del estatuto dice con respecto a la capacidad americana de ayudar a la CPI con la prosecución de nacionales extranjeros. Lee: "Nada en este título prohibirá a los Estados Unidos para dar la ayuda a los esfuerzos internacionales traer a la justicia a Saddam Hussein, Slobodan, Osama, miembros de Al Qaeda, los líderes de Jihad islámico, y otros acusados de genocidio, crímenes de guerra, o crímenes contra la humanidad."

¹⁵ Véase Resolution ICC-ASP/1/Res. 12, September 3, 2002.

puesto y el espacio indudablemente crecerán cuando la CPI comience los juicios. La perspectiva de amnistía internacional considera que el presupuesto de la CPI crecerá en 100 millones de forma anual, pero ahora en ese nivel, la corte tendrá tan sólo una fracción de los recursos que hoy se destinen a los otros dos tribunales internacionales de los que hablábamos. A su vez, y por las razones destacadas arriba, mucho del tiempo, energía y presupuesto serán destinados a resolver conflictos sobre admisibilidad y jurisdicción. Además, contrario a lo que hoy sucede con los otros dos tribunales que tienen una jurisdicción definida sobre un país específico, el enfoque de la CPI es global. Dadas las circunstancias es difícil imaginar el nivel de apoyo financiero necesario para lograr que la CPI sea una institución efectiva, sin soslayar la duda de destinar grandes cantidades de dinero a un proyecto como éste.

1.4. La oposición norteamericana hacia la CPI

La administración del presidente Clinton firmó el estatuto de la CPI.¹⁶ Pero la nueva administración del presidente Bush se opuso determinantemente a la CPI. En mayo del 2002, esta nueva administración renunció formalmente a la firma del tratado de la CPI.¹⁷ En el verano de 2002, EUA demandó que los árbitros de las Naciones Unidas fueran exentos de la jurisdicción de la CPI, esto en virtud del artículo 16 del Estatuto de la CPI. EUA también lanzó una campaña con el fin de persuadir a otros estados a entrar en un convenio bilateral relativo al “artículo 98” consistente en un acuerdo por el cual los nacionales de aquellos estados signatarios no entregarían a sus nacionales a la jurisdicción de la CPI. Para el mes de octubre del 2003, 62 países habían firmado este acuerdo. Este tipo de acciones desacreditan a la CPI en muchos sentidos; el primero de ellos al probar que los acuerdos del artículo 98

¹⁶ Véase Eric P. Schwartz, “The United States and the International Criminal Court: The Case for Dexterous Multilateralism,” *Chicago Journal of International Law* 4, no. 1 (2003): 223-36.

¹⁷ Los Estados Unidos enviaron una carta al ONU declarando: “Mi motivo es informarle, en relación con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional adoptado el 17 de julio de 1998, que los Estados Unidos no piensan volverse parte del tratado. De acuerdo con los estatutos de EUA, este país no tiene ninguna obligación legal respecto a la firma del 31 de diciembre de 2000”. (Israel envió una carta similar el 28 de agosto de 2002).

han sido efectivos,¹⁸ estos han limitado la perspectiva y alcance jurisdiccional de la corte. El segundo, y más importante, la oposición norteamericana combinada con la oposición de otros estados poderosos; esto socava la legitimidad de la institución y su interés por ser un representante de la comunidad internacional. Tercero, la oposición de EUA hará menos probable que la CPI lleve a cabo su misión. EUA, además de otorgar recursos financieros a los dos tribunales internacionales *ad hoc*, otorga información vital en inteligencia, apoyo político y diplomático y, ocasionalmente, ayuda militar para la aprehensión de sospechosos. Nada de esto será proveído a la CPI. Mientras que países europeos y otros que piensan que pueden llenar estos cabos, es poco probable que estén dispuestos a otorgar los recursos necesarios.

Es posible (y hasta probable) que futuros presidentes norteamericanos miren a la corte con menos hostilidad que el presidente Bush. Asumiendo (probablemente) que la CPI tenga un desempeño responsable, las preocupaciones norteamericanas tendrán poco sentido, y los Estados Unidos comenzarán, por lo menos tácitamente, a otorgar su avenencia a la CPI y ocasionalmente a cooperar con ella. Pero cualquier forma de cooperación requerirá un cambio fundamental en la oposición que tanto el ejecutivo como el legislativo han tomado. En este sentido la tendencia no es alentadora. A partir de la conclusión de la Guerra Fría, Estados Unidos de América ha tomado una posición sumamente unilateral respecto a las relaciones internacionales, esto acompañado por el constante rechazo y la poca preocupación hacia las instituciones multilaterales y tratados que puedan coartar la libertad de acción de su país. Los partidarios de la corte tienen la idea de que EUA, tarde o temprano, apoyará a la CPI, tal como ha sido el caso con otros tratados en derechos humanos. Esta posición, obviamente estaría ligada a la forma de actuar o campañas que la CPI lleve a cabo en sus primeros años; por ejemplo si el organismo adquiere posiciones agresivas en contra de nacionales norteamericanos, es prácticamente seguro que la hostilidad de este país hacia la corte se intensifique, independientemente de quien sea el titular de la Casa Blanca.

¹⁸ Los críticos coinciden en que los acuerdos bilaterales americanos son incoherentes con el objeto y propósito del tratado de la CPI. See, *e.g.*, International Federation of Human Rights, *International Criminal Court: No to American Exceptionalism* (December 2002) (on file with author).

Respecto a las limitaciones prácticas hechas notar en los párrafos anteriores, el grupo de entusiastas que apoyan a la corte puede apuntar que la CPI es una instancia de último recurso. Recuerdo el artículo 17 del estatuto de la CPI: la Corte hará investigaciones y acusaciones únicamente cuando los tribunales nacionales no puedan o no quieran tomar los casos. Por lo tanto, en teoría la CPI podría cumplir sus funciones sin juzgar a nadie, simplemente sirviendo como un incentivo hacia los estados para fiscalizar sus propios asuntos. El impedimento financiero puede no ser una carga para el buen desempeño de la corte.

El problema con este razonamiento es que los Estados nunca han demostrado gran interés en llevar a juicio los casos tipificados en el Estatuto de la CPI. La existencia de una Corte trabada por limitaciones estructurales y prácticas hace improbable el estímulo a llevar a cabo investigaciones y acusaciones serias (como es contrario a las acciones pro forma diseñadas para eludir a la CPI) que puedan causar una inestabilidad política dentro de los países.

2. La rectificación de la conciencia hacia el crimen y sus límites

Uno de los argumentos más sólidos para la CPI es que ayudará a detener la comisión de futuras atrocidades.¹⁹ Pero la rectificación criminal es difícil de lograr, sobre todo en el contexto internacional.

La experiencia histórica de los esfuerzos para lograr la rectificación en la comisión de crímenes internacionales no ha sido la mejor. Durante la Segunda Guerra Mundial, EUA e Inglaterra publicaron una gran cantidad de advertencias de castigos en contra de violaciones a las leyes de guerra. De forma similar, durante los conflictos en la Yugoslavia el Consejo de Seguridad y otros estados advirtieron que las atrocidades serían proseguidas. En cada caso las barbaries persistieron. El profesor Theodor Meron (presidente del tribunal de Yugoslavia) expresa que “no hay evidencia empírica de una rectificación positiva”.²⁰

¹⁹ Esta sección está basada en parte en David Wippman, “Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice,” 23 *Fordham International Law Journal* 23, no. 2 (1999): 473-88.

²⁰ Theodor Meron, “From Nuremberg to the Hague,” 149 *Military Law Review* 149, (1995): 107-112, 110.

Ahora bien, el hecho de que las atrocidades continuaran a pesar de las advertencias y otras sugerencias no quiere decir estas amenazas no tengan efecto. Existe aunque sea a modo de anécdota, modesta evidencia de que actores individuales en la ex Yugoslavia se adhirieron a los estándares del derecho humanitario internacional por miedo a ser procesados. Pero en términos generales la evidencia apunta a la existencia de un riesgo a futuro en el sentido de que, aún con la prosecución de criminales, esto no sea suficiente para lograr una conciencia de rectificación del crimen de guerra.

Las teorías de rectificación asumen que con una amenaza creíble de prosecución, el individuo dejará de cometer crímenes motivados por interés propio. Pero hay un sin número de obstáculos que se interponen en el éxito de esta teoría. Paul Robinson y John Darley tienen una teoría respecto de los sistemas legales nacionales:

Las ciencias del comportamiento abundan sobre el tema de la influencia *ex ante* del derecho penal. Es común que los ofensores potenciales no conozcan directa o indirectamente las normas legales, aún cuando estas reglas han sido explícitamente formuladas para producir un efecto en el comportamiento. Inclusive en el supuesto de que posibles ofensores conozcan las reglas, el análisis del costo beneficio que estos ofensores en potencia perciben –que es el único análisis que importa– comúnmente los lleva a la conclusión en la que se prefiere el ilícito al cumplimiento; esto puede ser porque la percepción del castigo es muy pequeña, o porque su cumplimiento es muy distante, o por otra serie de razones; y aún en el caso de que la persona conozca los preceptos legales y haga un análisis costo beneficio que le concluya hacia el cumplimiento de la norma, muchos de los ofensores potenciales no pueden guiar su conducta en línea recta hacia los mejores intereses, este fracaso es consecuencia de una variedad de factores sociales, situacionales, o inclusive de influencias químicas. En caso de que esta triada de factores no sean los que determinen la actuación, el efecto acumulativo de los tres generalmente es el causante.²¹

Estos son algunos factores que impiden lograr una rectificación de la conciencia hacia el crimen. Si hablamos a nivel local, en la esfera internacional estos elementos tienen una fuerza aún mayor.

²¹ Paul H. Robinson and John M. Darley, *Criminal Law as an Instrument of Behavioral Control: Should Deterrence Have a Role in the Formulation of Criminal Law Rules?* (draft article on file with author, 2002) 46.

2.1. El conocimiento de la ley

Dentro de los sistemas legales nacionales, “raramente encontramos un conocimiento exacto de las acciones que el derecho penal ha tipificado”²² “las personas tienen una forma moral e intuitiva para predecir la norma jurídica”.²³ Esto deriva en que la gente mal entiende el derecho y la rectificación intentada por el legislador es muy limitada.

En muchas instancias, el conocimiento de la ley no tiene cabida en crímenes como el genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Es imposible que una persona no se dé cuenta que la masacre de civiles o el asesinato de prisioneros de guerra son actividades contrarias a derecho. En el contexto de los conflictos internos de gran escala, donde los crímenes tipificados son cometidos, la confusión respecto al régimen legal aplicable y al mal sentido de cuáles reglas *deben ser* son elementos limitativos en la consecución de la rectificación.

Tal y como un comentarista observa, el cálculo de rectificación depende del límite que una persona tiene de reconocer que una acción en particular estará sujeta a un castigo. En el contexto de las violaciones a derechos humanos, un ciudadano promedio puede que nunca alcance ese límite. En cambio para los participantes de la violencia masiva “una conducta criminal es anormal si es transformada en algo aceptable, deseado, un comportamiento que contribuye a las ofensas internacionales que hace que los individuos no reconozcan el elemento negativo que trae como consecuencia que este individuo no lleve a cabo el análisis cognitivo del costo beneficio de donde emana toda la teoría de la rectificación”.²⁴

Esta tenue estimación proviene de un estudio de hace varios años hecho por el Comité Internacional de la Cruz Roja. El Comité tomó a un grupo diverso proveniente de poblaciones de seis estados con problemas bélicos. El estudio consistió en entrevistar y cuestionar por qué los combatientes violan reglas internacionales de derechos humanos.²⁵ El caso particular de Bosnia es significativo. La gran mayoría de los com-

²² *Ibid.*, p. 5.

²³ *Ibid.*, 36.

²⁴ Developments in the Law: International Criminal Law II, “The Promises of International Prosecution,” *Harvard Law Review* 114, núm. 7 (2001): 1957-82, 1964.

²⁵ ICRC Country Report on Bosnia-Herzegovina, online: International Committee of the Red Cross <<http://www.icrc.org/>>.

batientes en Bosnia entendían los términos generales de los límites de guerra con relación a los derechos humanos; aceptaban la legitimidad de las normas aplicables y creían que dichas normas debían ser respetadas. Pero al mismo tiempo muchos de ellos no creían que sus propias acciones –aún en ataques hacia civiles– constituían ilícitos.²⁶

Los resultados del estudio demuestran que muchos, probablemente la mayoría de la gente de Bosnia observaban su conflicto como una “guerra total”. El conflicto “movilizó a toda la sociedad” la población era una población de combatientes. Muertes en ambos lados y un antagonismo étnico incontrolado. Como resultado, mucha gente de Bosnia-Herzegovina estaban listos para aceptar que la línea entre combatientes y civiles había desaparecido durante la guerra. La población estaba preparada para atacar villas, pueblos, localidades civiles en donde era fácil lastimar al enemigo, plantar minas incluso torturar prisioneros²⁷ Sin embargo, el conocimiento de la ley en abstracto no se tradujo en su reconocimiento en que las conductas ilícitas eran erróneas en el contexto descrito.

2.2. El mito de la decisión racional

Los argumentos opuestos al seguimiento de la conducta legal adoptan la siguiente línea: Los perpetradores pueden retraerse de cometer un crimen si la probabilidad del costo (como medida relacionada con la probabilidad de prosecución y convicción) excede el beneficio esperado del crimen al problema.²⁸ Este argumento asume dos cuestiones: un análisis del costo-beneficio y un acto que motivó total o principalmente los cálculos del interés racional. Ambas asunciones son profundamente problemáticas.

a) *Apreciación de los costos*

Aun si asumimos que los criminales en potencia llevan a cabo una comparación entre los costos de prosecución relativos a las ganancias

²⁶ *Ibid.*, 13.

²⁷ *Ibid.*, 14.

²⁸ Véase, *e.g.*, Developments in the Law, *supra* note 25, 1963-4 (“the logic of general deterrence presumes a rational calculation that the likelihood and severity of punishment will outweigh any benefits”).

políticas y personales que podrían ser obtenidas a través de la participación en ilícitos hacia etnias o cuestiones similares, una gran parte de la carga en el análisis costo beneficio estará cargado hacia la posibilidad de una probable prosecución. En este caso son tres los elementos que entran en juego al hacer la valoración: la probabilidad del castigo, la severidad de éste, y el tiempo del mismo. Cada elemento de oposición a la comisión del crimen es valorado en la comisión de ilícitos internacionales, aunque sea de un modo ambiguo.

Probabilidad. Los tribunales penales internacionales no están equipados para enjuiciar a una pequeña fracción de los criminales que cometen el genocidio y crímenes relacionados. El tribunal de Yugoslavia enjuició tan sólo a seis delincuentes en sus primeros seis años de operación. Una vez que los cambios políticos empezaron a dilucidarse dentro del territorio de la ex Yugoslavia y el apoyo internacional comenzó a acrecentarse, los números de enjuiciamientos comenzaron a incrementarse, pero aún así siguen siendo muy bajos. En marzo del 2003, a diez años de existencia del tribunal de Yugoslavia, 35 acusados han sido procesados, de los cuales 16 han recibido sentencia ejecutoriada y 47 más están en custodia.²⁹ El tribunal de Ruanda ha llevado a 60 sospechosos a custodia, procesado a 10 y expedido tan solo 7 sentencias que han causado ejecutoria.³⁰

Puede apreciarse que el trabajo de los tribunales internacionales ha sido increíble en muchos sentidos, sin embargo, los resultados han sido minúsculos a comparación con la cantidad de crimines cometidos.³¹ Los tribunales de Yugoslavia y de Ruanda han aprehendido a algunas de las figuras más importantes, tales como Ratko Mladic y Radovan Karadzic. Los bajos números de procesados demuestran las dificultades que encuentra un tribunal local para procesar atrocidades cometidas dentro de un territorio; imaginemos los problemas que habrá de encontrar un tri-

²⁹ The ICTY at a Glance, *supra* note 11.

³⁰ Sobre el Tribunal, *supra* note 12.

³¹ En 2000, Jacques Klein, entonces coordinador de Naciones Unidas para Bosnia, estimó que alrededor de 20,000 criminales de guerra permanecían en la anterior Yugoslavia. Véase Aram Schvey, "Striving for Accountability in the Former Yugoslavia," en *Accountability for Atrocities: National and International Responses* ed. Jane Stromseth (Ardley, NY: Transnational Publishers, 2003), 8 n. 30.

bunal que tenga como ámbito de jurisdicción territorial a toda la comunidad internacional.

Debido a las limitaciones presupuestales, la CPI parece que tendrá mayores dificultades para llevar a cabo un buen desempeño; sin embargo el brazo jurisdiccional para procesar asuntos es mucho más amplio que el de los actuales tribunales internacionales. Esto significa que los asuntos que la CPI trate con respecto a conflictos locales con implicaciones internacionales serán muy bajos.

Mientras que la CPI está respaldada por el principio de complementariedad, como una herramienta para promover juicios dentro de una jurisdicción nacional, su incapacidad para llevar a cabo un número considerable de asuntos limita el incentivo para que los Estados se desempeñen en su propia jurisdicción. Sobre todo, aquellos Estados que emergen de los conflictos de gran escala, rara vez cuentan con sistemas judiciales efectivos con relación a crímenes de guerra; y en muchas ocasiones lo que sucede es que son tantas las ilegalidades cometidas que es imposible encontrar un desempeño óptimo en este sentido. Por lo tanto, los criminales que emergen en situaciones de guerra sólo encuentran el riesgo negligente de ser procesados.

Criminales de gran talla, por ejemplo Milosevic y Kambanda, viven con el peligro latente de ser procesados, ya que sus posibilidades de ser enjuiciados son muy altas, pero el beneficio que obtuvieron u obtienen al cometer sus atrocidades es también extremadamente alto.

Severidad. La gran mayoría de los acusados que topan con un tipo internacional para su crimen, prefieren ser enjuiciados por un tribunal internacional que uno local. La CPI no puede imponer la pena de muerte, y en caso de que se opere como en Yugoslavia o Ruanda, las penas impuestas serán menores que las impuestas por tribunales locales. Muchos de los países europeos consideran que las sentencias que declaran una cadena perpetua son inhumanas, y esta actitud ha influido a las decisiones que se han tomado en el tribunal de Yugoslavia. También es probable que el encarcelamiento se lleve a cabo en condiciones “cómodas” para los criminales en instalaciones de los Estados miembros. Tal como lo expresó un crítico del gobierno de Ruanda, “el tribunal no cumple con nuestras expectativas de lo que la justicia debe ser, toda vez que los genocidas procesados por el tribunal, gozan de estuendas comodidades en prisiones suecas, incluso cuentan con televi-

sión.”³² Desafortunadamente, entre más baja la pena, menores son los efectos reformativos.

Tardanza. La consecuencia de la remota cercanía de las sentencias es que el criminal no tiene elementos disuasivos al hacer su análisis costo-beneficio.³³ Como resultado “los efectos del castigo que conducen a la no comisión del ilícito, se desvanecen cuando la tardanza en los juicios es una constante entre la respuesta transgresiva y la administración de la pena.”³⁴

Desafortunadamente la tardanza sustancial es una característica de los procesos criminales internacionales. Los juicios internacionales requieren de una gran labor en cuestiones de garantías de audiencia y legalidad. Es típico que esto se traduzca en una estupenda oportunidad para que el retraso procesal aparezca y la capacidad de apelación del indiciado sea muy grande. La existencia de pruebas documentales es prácticamente inexistente o inalcanzable; como resultado los tribunales internacionales necesitan muchas horas para desahogar pruebas testimoniales. El resultado es que los juicios sean mucho más lentos que en jurisdicciones nacionales. Cuando la administración de justicia es lenta y las penas son leves, la posibilidad de justicia es mínima.

b) *Beneficios percibidos*

Contra los posibles riesgos y costos de prosecución, deben ubicarse los beneficios potenciales percibidos de la conducta desafiada. La participación en las atrocidades en los lugares como Bosnia y Ruanda no se limitó a la franja de un sociópata delictivo. Es deprimente el hecho de que muchos ciudadanos comunes se unieran a las matanzas.

El estudio que el Comité Internacional de la Cruz Roja llevó a cabo en Bosnia me hace pensar en algunas de las razones del por qué los individuos comunes participan en la tales conductas (y por qué es una situación difícil de detener). Cuando se les pidió explicar por qué atacaron a los civiles, la mayoría de los entrevistados respondieron “por

³² Phillip Gourevitch, *We Wish to Inform You That Tomorrow We Will be Killed with Our Families* (New York: Farrar, Straus, and Giroux, 1998), 255.

³³ Robinson & Darley, *supra* note 22, 48-9.

³⁴ *Ibid.*, 48.

el odio del otro lado... aumentado por la creencia de que el otro lado está haciendo la misma cosa.”³⁵ Además, cada lado “vio el conflicto como un esfuerzo desesperado por defender a su propia comunidad del ataque”³⁶ que “requirió la suspensión de los límites” en la guerra.³⁷

Recíprocamente, por qué comunidades enteras fueron movilizadas para luchar este conflicto, en donde la distinción entre civiles y soldados era casi inexistente.³⁸ En cambio, era fácil para los combatientes asimilar ambas esferas como blancos legítimos, particularmente cuando se les ordenó por sus líderes militares y políticos.

Las explicaciones vertidas en párrafos anteriores no justifican, en modo alguno, los crímenes contra la humanidad o de guerra. Pero cuando aparecen elementos tales como el amor por la comunidad natal, el odio hacia el enemigo, la no distinción entre combatientes civiles y soldados, entre otros, hacen que el aliento ejercido por los líderes nacionales disimule los riesgos de prosecución y éstos sean percibidos como distantes.

En este tipo de situaciones los líderes políticos tienen un riesgo mucho mayor de ser enjuiciados, pero su posición de cabecillas trae aparejado grandes beneficios. Si hablamos de la guerra de los Balcanes, no sabremos cuál fue el verdadero resultado de las valoraciones hechas sobre el elemento de prosecución, pero es claro que Milosevic y sus secuaces continuaron con sus políticas segregacionistas en Kosovo y en otros lugares, aún después del inicio de las actividades del Tribunal. Ivana Nizich, ex miembro del Tribunal de Yugoslavia, dice que “la conducta del ejército yugoslavo, el ministro de interior en Serbia, y el liderazgo de Slobodan Milosevic subraya el hecho de que la influencia del tribunal no tuvo ningún efecto antes o durante su constitución sobre la actitud de estas personas en Kosovo.”³⁹ David Tolbert, asesor legal del Tribunal de Yugoslavia durante 1996 a 2002, tiene una opinión concurrente, al notar que en Kosovo “el trabajo del tribunal no tuvo una influencia que impactara en la comisión de nuevos crímenes.”⁴⁰ Esto no

³⁵ ICRC Report, *supra* note 26, 14.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, 15.

³⁸ *Ibid.*, 18.

³⁹ *Ibid.*, 360.

⁴⁰ David Tolbert, “The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Unforeseen Successes and Foreseeable Shortcomings,” *Fletcher Forum World Affairs* 26, no. 2 (2002): 7-19, 11.

quiere decir que el riesgo de prosecución no haya tenido efecto alguno, efectivamente sí hay evidencia de que grupos de intolerantes raciales en Kosovo tomaron precauciones con el fin de esconder su identidad y esconder la evidencia de sus crímenes,⁴¹ pero en términos generales, el impacto fue modesto.

c) *¿Decisiones racionales o irracionales?*

La afirmación de todas las teorías en torno a la toma de decisiones racionales, es que los que deciden son actores racionales. Aram Schvey dice que:

De acuerdo con algunas críticas, el argumento de que una persona comete crímenes en de acuerdo a que el valor esperado de llevar a cabo esta acción exceda el costo del castigo es “totalmente falso, *näive*, engañoso y basado en una ignorancia completa de lo que las personas son realmente.” En otras palabras, los criminales no siempre actúan racionalmente. Aseveración que no espera ser entendida en el sentido de que las amenazas por la comisión de ilícitos sean imposibles debido a que todos los criminales sean irracionales, pero algunos crímenes de guerra pueden no estar motivados por decisiones racionales.⁴²

Estudios de ciencias criminales a nivel nacional pueden llegar a sugerir que los agresores en potencia “en ocasiones son personas que buscan el riesgo y no personas que evitan el riesgo”⁴³ Muchos pueden ser caracterizados por un comportamiento impulsivo y con control personal escaso.⁴⁴

La propensión a cometer el crimen puede ser incrementada por “efectos contextuales”. Cuando los crímenes de guerra son cometidos por grupos de personas (como casi siempre se llevan a cabo los crímenes de guerra) “un efecto de exacerbación” acoge al grupo y “desensibiliza la percepción de riesgos”⁴⁵ esto puede “incrementar la conciencia de grupo y guardar un mayor respeto por cada miembro integrante del grupo

⁴¹ Véase Wippman, *supra* note 20, 480.

⁴² Schvey, *supra* note 32, 38 (quoting James Gilligan, *Violence: Our Deadly Epidemic and its Causes* (New York: G.P. Putnam, 1996), 94-5).

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, 30.

⁴⁵ *Ibid.*, 30.

criminal.”⁴⁶ El resultado de esto es que “el individuo que participó en el crimen de grupo, no será sancionado, toda vez que su responsabilidad se ha dispersado entre sus compañeros de crimen... y posteriormente la consecuencia de esto es que este criminal lleva a cabo más ilícitos.”⁴⁷ Todos estos elementos se combinan y pintan el panorama de lo complicado que “es hacer una valoración en el sentido de que las estimaciones del criminal, a la hora de cometer el crimen, tienen en consideración los elementos de amenaza por la comisión de ilícitos”.⁴⁸

Miembros de estos grupos, experimentan gran presión social por ser parte los demás integrantes del grupo. Tal como hice notar en líneas anteriores, participantes de todos los bandos en el conflicto de Bosnia, sentían que su actuación estaba legitimada por la defensa de sus familias y comunidades. Además de que los miembros de grupos militares y paramilitares actuaban bajo órdenes; elemento que no es considerado como defensa en crímenes de guerra, pero el cumplimiento de órdenes tienen un efecto importantísimo a la hora en que el individuo tiene que tomar una decisión. Stanley Milgram, psicólogo social, destaca que “un acto derivado de una orden tiene un carácter psicológico muy diferente a la toma de una decisión de forma espontánea. La persona que tiene convicción frente al robo, asesinato, entre otros, puede llevar a cabo el desempeño de órdenes con cierta tranquilidad.”⁴⁹ Milgram piensa que en la situación en la que el ordenado no tiene escrúpulos el acto sobre la orden que se le da, se ve a sí mismo como un instrumento de cumplimiento de órdenes y no se percibe a sí mismo como responsable de sus actos.”⁵⁰ La actitud necesaria para dar cumplimiento a órdenes de procedencia militar o paramilitar se desarrolla por entrenamiento militar, propaganda en contra del enemigo, supuestos valores de justicia en la causa perseguida y la amenaza de penas militares (entre las que destaca la ejecución) por el incumplimiento de órdenes.⁵¹

Bajo estas circunstancias es prudente cuestionar hasta qué grado caben las valoraciones racionales del costo-beneficio en estos grupos de agresores. Teóricamente este análisis debe perturbar de forma más significativa a los líderes políticos y militares, quienes son menos sus-

⁴⁶ *Ibid.*, 31.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, 32.

⁴⁹ Stanley Milgram, *Obedience to Authority* (New York: Harper & Row, 1969), xi.

⁵⁰ *Ibid.*, xii.

⁵¹ *Ibid.*, 181-82.

ceptibles a la influencia grupal.⁵² Pero tal y como he hecho notar, los líderes obtienen una gran ganancia de sus limpiezas étnicas y actos relacionados, y en casos importantes el comportamiento de los líderes no es racional.⁵³

2.3. El problema del efecto acumulativo

Como Robinson y Darley señalan “tropezar por encima de cualquiera tiene un efecto terrible sobre la disuasión.”⁵⁴ Si los criminales no perciben las consecuencias de la legalidad; no concientizan el error de su conducta; no ven riesgos de prosecución como elementos que influyen en su comportamiento; o si no tienen acceso a componentes que permitan una valoración racional del costo-beneficio, la disuasión fracasará. Considerando lo anterior, es difícil ver que la CPI tendrá un efecto disuasivo significativo en la mayoría de los casos.

3. La educación moral

La meta global de los partidarios de la CPI es reformar actitudes que involucran lo que es y no es una conducta aceptable, por medio de “inculcar las normas de ley humanitaria internacional para que la amenaza creíble de castigo no sea requisito para prevenir las ofensas.”⁵⁵ Esta aproximación hacia la prevención de conducta delictiva tiene un sentido considerable, por lo menos en teoría. Como Robinson y Darley observan, el mecanismo más poderoso de la “ley para obtener el cumplimiento de la norma no radica en la fuerza negativa de la amenaza sino en la fuerza positiva de la ley como un árbitro hacia la conducta apropiada. La mayoría de las personas no obedecen la ley porque temen al castigo, sino porque los cumplidores gustan verse como personas que quieren hacer las cosas correctas.”⁵⁶ La “credibilidad moral” de la ley penal puede lograr que “el ofensor potencial vea la conducta prohibida

⁵² Véase Robinson & Darley, *supra* note 22, 64.

⁵³ Schvey cita el ejemplo de Hitler, *supra* nota 32, 38, n. 185.

⁵⁴ Robinson & Darley, *supra* note 22, 51.

⁵⁵ Developments in the Law, *supra* note 25, 1966.

⁵⁶ Paul H. Robinson & John M. Darley, *Justice, Liability & Blame: Community Views and the Criminal Law* (Boulder, CO: Westview Press, 1995), 5-7.

como algo poco atractivo debido a que es incoherente con las normas de familia, amigos y con la conciencia propia de lo que es aceptable.”⁵⁷

“El requisito lógico previo a la educación moral es lograr cierto nivel en los límites del acuerdo social respecto a la legitimidad de la prosecución.”⁵⁸ Este acuerdo general ha faltado en las comunidades relativas a los tribunales de Yugoslavia y Ruanda.⁵⁹ Las encuestas en la ex Yugoslavia revelan una hostilidad sustancial al Tribunal, muchos lo ven como prejuicioso. Los problemas fueron graves durante los primeros cinco años del Tribunal, en parte por el fracaso para enjuiciar a las figuras importantes, y en parte debido a los retratos torcidos que hacían los medios de comunicación. Al respecto, Sandra Coliver nota que en sus inicios “muchos croatas y serbios vieron el Tribunal como algo absolutamente contrario contra sus comunidades, y como un organismo que sería utilizado para opacar, aún más, los crímenes cometidos por los bosnianos.”⁶⁰ Por otro lado los bosnianos veían al Tribunal como “un esfuerzo cínico por salvar la conciencia culpable de Occidente...”⁶¹ Al cabo de unos años, el desempeño del Tribunal mejoró, los comentarios en los medios independientes comenzaron a aprobar las funciones del organismo y la actitud general mejoró.⁶² Pero muchas personas aún cuestionan la legitimidad de la institución.

El tribunal en Ruanda es poco respetado. Algunos declaran que el tribunal derrocha su atención en la situación Hutu; otros critican la lentitud de los procesos, irregularidad administrativa e irregularidades procesales.⁶³ El Grupo de Crisis Internacional resumió estos sentimientos en los términos siguientes:

La mayoría de la población de Ruanda ve al Tribunal como una institución inútil, un mecanismo conveniente para la comunidad internacional para absolver sus responsabilidades por el genocidio y tolerancia de los

⁵⁷ Paul H. Robinson, “Why Does the Criminal Law Care What the Lay Person Thinks is Just? Coercive vs. Normative Crime Control,” *Virginia Law Review* 86, no. 8 (2000): 1839-69, 1840.

⁵⁸ Developments in the Law, *supra* note 25, 1967.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Sandra Coliver, “The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to Reconciliation in Bosnia and Herzegovina,” in *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, ed. Dinah Shelton, 19-31 (Ardley, NY: Transnational Publishers 2000), 20.

⁶¹ *Ibid.*, 21.

⁶² *Ibid.*, 24-6.

⁶³ Jason Strain & Elizabeth Keyes, “Accountability in the Aftermath of Rwanda’s Genocide,” in Stromseth, *supra* note 32, 26.

crímenes del Frente Patriótico Ruandés (FPR). El gobierno Ruandés se queja del malgasto de dinero y recursos, todo esto, mientras 130,000 prisioneros llenan sus cárceles, y sus tribunales han enjuiciado a más de 4000 sospechosos; los sobrevivientes del genocidio encuentran al tribunal como distante e indiferente a su situación. Las víctimas de los crímenes del FPR lo denuncian como un instrumento del régimen Kigali, siendo éste un símbolo de la justicia del vencedor.⁶⁴

Es probable que la CPI encuentre problemas similares. Las percepciones de la justicia del vencedor pueden demostrar las dificultades que se encontrarán; iniciando con que tendrá que depender de la cooperación estatal para llevar a cabo su mandato. Es muy probable que aquellos promotores de la CPI asistan al organismo con recursos para el caso de aprehender y perseguir a sus oponentes políticos y no a sus aliados. Este camino y la inhabilidad de asegurar la prosecución de líderes militares acrecentará los sentimientos hacia la ilegitimidad y prejuicios hacia la CPI.

No está probado que los enjuiciamientos internacionales promuevan el desaliento y la inculcación de normas morales y sociales. El proceso de educación moral es tardado y difícil de evaluar. Dejando a un lado el nivel de educación moral que los tribunales hayan afectado a la población en Ruanda y Yugoslavia, estas sociedades son propensas y vulnerables a movimientos violentos.

4. Reconciliación nacional y Estado de derecho

Los partidarios de CPI sugieren que las persecuciones delictivas internacionales pueden promover la reconciliación nacional. En teoría, tales persecuciones pueden hacer manifiesta la responsabilidad de los perpetradores individuales del pasado y no las comunidades étnicas. El reproche puede ser “descolectivizado”, la culpa evaluada en individuos, y las lesiones de víctimas reconocidas públicamente. Como resultado, el camino se abre para que comunidades opuestas se reconcilien y vivan juntas pacíficamente.

Desgraciadamente, la reciente experiencia parece contradecir o por lo menos mina muchas de las actitudes a favor de los efectos concilia-

⁶⁴ International Crisis Group, *International Criminal Tribunal for Rwanda: Justice Delayed* (7 June 2001), iii, online: International Crisis Group < http://www.crisisweb.org/projects/africa/rwanda/reports/A400442_02102001.pdf >.

torios de las persecuciones. Es fácil de ignorar los veredictos contra miembros de grupos étnicos o descartarlos por ser prejuiciosos. Muchas personas en los Balcanes, quizás la mayoría, “ven las actividades del Tribunal a través de los lentes polarizados de sus grupos étnicos; en lugar de promover la reconciliación, los juicios pueden confirmar la preexistencia de prejuicios.”⁶⁵ El problema se complica por el hecho de que la mayoría de las personas reciben la información de los medios de comunicación étnicos, que en el fondo se inclinan para apoyar sus propias agendas.⁶⁶

Las persecuciones judiciales nacionales, que se piensa que juegan un papel vital bajo el armazón de complementariedad de la CPI, no han demostrado ser hostiles a la reconciliación nacional en los Balcanes y quizás también en Ruanda. Cuando Neil Kritz observa que en los Balcanes los juicios nacionales no son “un método de adelantar responsabilidad y reconciliación, sino... un medio para continuar el conflicto.”⁶⁷ A menudo, los Tribunales nacionales siguen las agendas étnicas de la comunidad dominante, utilizando este medio para “empuñar la culpa sobre su rival étnico” y “continuar con las hostilidades”.⁶⁸ Se supone que el Tribunal de Yugoslavia bajo sus “Reglas del Camino” para persecuciones locales interviene, cuando los juicios nacionales violan normas internacionales. Constreñido por recursos limitados, el Tribunal ha “rechazado intervenir donde las violaciones pareciesen extremas.”⁶⁹

Los juicios de los Tribunales nacionales de Ruanda son aun más problemáticos. Como hago notar, esos juicios se enfocan en acusados Hutus, y están llenos de problemas de debido proceso. De hecho, el gobierno Ruandés ha admitido que “las instituciones judiciales en Ruanda son ineficaces, administradas por personal que recibe sueldos muy bajos, que

⁶⁵ Developments in the Law, *supra* note 25, 1971.

⁶⁶ Véase Schvey, *supra* note 32, 45-6.

⁶⁷ Neil J. Kritz, “Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights,” *Law & Contemporary Problems* 59, no. 4 (1996): 127-52, 143-4.

⁶⁸ Schvey, *supra* note 32, 33. El mismo problema caracteriza la verdad de Bosnia donde se permite a las víctimas que cuenten sus historias en un foro público. Desgraciadamente, “cada uno de los tres grupos étnicos ha creado su propia comisión de verdad,” y en cada comisión, “nacionalistas de las tres comunidades étnicas... propagan una historia que retrata su grupo como la única víctima de abusos, mientras pintan a los otros dos como los perpetradores y monstruos.” *Ibid.* (quoting Jakob Finci, “Revenge in the Making,” *UNESCO Courier*, May 2001, online: UNESCO <http://www.unesco.org/courier/2001_05/uk/droits2.htm>).

⁶⁹ Coliver, *supra* note 61, 30.

cuenta con una educación poco apropiada. Estas instituciones han sido partidarias de la corrupción y es común que el personal sea designado con base en el compadrazgo.”⁷⁰ Como resultado, y a pesar de las mejoras sustanciales en últimos años, los juicios nacionales parecen inflamar la hostilidad entre grupos.

La capacidad de los tribunales internacionales para contribuir a la reconciliación nacional se deteriora más cuando su actuación es lejana a las poblaciones afectadas. Los tribunales de Yugoslavia y Ruanda han padecido de su aislamiento en La Haya y Arusha. El Grupo de Crisis Internacional con respecto al Tribunal de Yugoslavia ha observado lo siguiente:

Una limitación seria del Tribunal es su ubicación en los Países Bajos, lejos de las áreas donde los crímenes tuvieron lugar. El único contacto con el medio bosnio tiene que ver con historias diarias que aparecen en la televisión. Éstas muestran al acusado usando auriculares, sentados delante de un panel de jueces vestidos con toga en una escena judicial extranjera. Como resultado, los ciudadanos de Bosnia están fuera de la inmediatez de los procedimientos diarios del Tribunal. Esta falta de conocimiento no permite que los bosnios, serbios, croatas conozcan las evidencias presentadas en el Tribunal.⁷¹

La misma verdad es la que se vive con el Tribunal para Ruanda, sólo que “la televisión no es un medio común en Ruanda”, e incluso las transmisiones de la radio son “esparcidas.”⁷² El resultado es que la mayoría de la población en Ruanda considera al Tribunal como un organismo “invisible y extranjero” que “no ha causado impacto alguno en la sociedad” y como consecuencia no ha conseguido sus metas sociales y educativas.⁷³

Ambos Tribunales han hecho esfuerzos por extender su influencia a través de programas de largo alcance. Entre otras cosas, se han traducido los procedimientos judiciales en idiomas locales. Pero la mayoría de las personas en los Balcanes todavía recibe poca información sobre los Tribunales, y mucho se filtra a través de los medios de comunicación

⁷⁰ Strain & Keyes, *supra* note 64, 36.

⁷¹ International Crisis Group, *War Criminals in Bosnia's Republika Srpska* (2 November 2000), 75, online: International Crisis Group <http://www.crisisweb.org/projects/europe/bosnia/reports/A400001_02112000.pdf>.

⁷² International Crisis Group, *supra* note 65, 23.

⁷³ *Ibid.*, 24.

partidistas. La CPI, también con sede en La Haya, encontrará obstáculos aun mayores, dada su falta de enfoque geográfico, recursos limitados, y falta de apoyo americano.

Posteriormente, esperar que los tribunales criminales internacionales contribuyan significativamente a la conciliación, individualizando responsabilidades por las atrocidades del pasado en sociedades tan divididas como Ruanda y Bosnia, puede ser mucho pedir. La conciliación, en caso de lograrse, tiene que ser el producto de un proceso muy largo y sumamente difícil de reconstrucción pos-conflicto. Los juicios delictivos son parte de ese proceso, pero no pueden jugar el papel que los tantos abogados creen. Por más que los gobiernos occidentales inviertan para reconstruir los Balcanes existe una diferencia muy grande entre crear las instituciones y reformar culturas políticas. La meta es remota y a pesar de algunos éxitos, la política en Bosnia y Ruanda permanece polarizada a través de las líneas raciales.

Un área en que los Tribunales han tenido un impacto positivo es en la marginación, y en algunos casos, la inhabilitación de ciertos líderes políticos y filosofías políticas.⁷⁴ En Bosnia, las acusaciones del tribunal y los arrestos relacionados han podido remover, o por lo menos, han hecho a un lado algunas de las figuras políticas nacionalistas extremistas que han contribuido a la guerra y a la división étnica y que de otro modo continuarían impidiendo las reformas políticas y legales. Incluso, algunos líderes políticos que se involucraron en la limpieza étnica, pero no acusados, han optado por moderar sus políticas; “por lo menos en parte debido a la esperanza que el “nuevo nacimiento” de una Bosnia unificada les ahorrará las acusaciones.”⁷⁵ El Grupo de Crisis Internacional concluye que el Tribunal para Ruanda ha “desacreditado a los líderes Hutus que estaban en el poder en Ruanda durante el genocidio de 1994,” y “ha logrado una contribución firme en neutralizar el extremismo en la arena política y la ideología radical que propagó.”⁷⁶ Esta valoración exagera el caso, dado que el alcance limitado del Tribunal en Ruanda y el poder manejado por genocidas se ha reorganizado en la República De-

⁷⁴ Encarcelar a los delincuentes de guerra no sólo limita su actividad política, evita que se comprometan en otros crímenes durante su encarcelamiento. En los sistemas legales nacionales, un porcentaje pequeño de la población es a menudo responsable por un porcentaje alto de crímenes violentos; si los mismos hechos pueden esperarse por encarcelar a un número significativo de ofensores...esto puede tener un impacto dramático en la incidencia de ofensas en el contexto internacional.

⁷⁵ Coliver, *supra* note 61, 27.

⁷⁶ International Crisis Group, *supra* note 65, 8.

mocrática de Congo. En todo caso, el triunfo militar del FPR parece ser el factor principal en la neutralización de extremismo Hutu y las proyecciones de crímenes de guerra pueden ayudar por lo menos, en la reconstrucción política de un estado dividido aun cuando el tribunal no tenga un impacto transformativo.

5. ¿Quién teme a la CPI?

Dados los impedimentos para que la CPI actúe de forma eficaz, uno puede preguntarse por qué los críticos de CPI se preocupan por esta nueva institución. Las respuestas, claro, varían. Cada Estado tiene razones diferentes. Pero irónicamente, un punto en el que partidarios y críticos están de acuerdo es que la CPI puede influir en la política nacional. Para los partidarios, la influencia contendrá a políticos y otros actores de adoptar políticas para producir los crímenes cubiertos. Los críticos piensan que la influencia interferirá negativamente en las decisiones nacionales, y en ocasiones impedirá la pacificación internacional y esfuerzos de resolución de conflictos. Ambos lados pueden tener la razón.

Críticos dentro y fuera de del gobierno norteamericano han presentado un caudal de razones en contra. Yo sólo me enfoco en los argumentos políticos, específicamente, en que la CPI será una institución politizada y un impedimento en la toma de decisiones de seguridad nacional norteamericana.

5.1. Responsabilidad y riesgo de prosecución política

La preocupación relativa a la responsabilidad se resume en que la CPI a menudo se enredará en proyecciones políticamente motivadas contra nacionales americanos. El problema es más grande, y apunta a cuestionar si la legitimidad de la Corte requiere la vigilancia por un cuerpo democrático-legislativo, y en este caso, qué cuerpo debe ser. John Bolton, ahora Subsecretario de Relaciones Exteriores para la Seguridad Internacional, expone su argumento de esta manera:

El Estatuto de Roma crea... una enorme, potencialmente enorme, fuente de poder ejecutivo: el Fiscal, simplemente casi fuera del ambiente internacional. Más allá del mando. Ciertamente más allá del control de EUA

y no forma parte de ninguna estructura de responsabilidad... Es más la idea de que las partes signatarias del Estatuto de Roma, en muchos sentidos, tienen la tarea de dirigir la Corte es una fantasía. Cuando uno está supervisado por 120 ó 140 ó 160 signatarios, en cualquier término, uno está dirigiendo nada... En otros términos, no existe ningún control político... El riesgo que aquí se presenta es que el consejo independiente, no sujeto a ninguna responsabilidad política legítima será politizado y los casos presentados tendrán un sustento político.⁷⁷

Las preocupaciones de Bolton no deben ser echadas por la borda ya que reflejan la oposición americana hacia un fiscal de *motu proprio*, manifestadas durante las negociaciones de Roma. Los partidarios piensan que un fiscal independiente es esencial para superar las barreras a la prosecución en la política nacional, mismas que han escusado a los perpetradores de crímenes por mucho tiempo. En EUA el ejercicio de autoridad de prosecución es legitimada, si y solo si, cuando ésta está sujeta a un control democrático que responde a los poderes ejecutivo y legislativo. El punto de Bolton es que el fiscal (y en menor grado la propia CPI) no estará sujeto a los controles y equilibrios que guardan las prosecciones políticas en los sistemas legales nacionales eficaces.

Los defensores de la Corte enumeran los resguardos contra prosecciones infundadas incluidas en el Estatuto (muchos a la insistencia de EUA), y piensan que la Corte y Fiscal es responsable ante la Asamblea de Partidos de Estado tanto o más de lo que los tribunales y fiscales son en los sistemas legales nacionales hacia organismos políticos mayores. El ejercicio de la vigilancia que la Asamblea de Partidos de Estado ejerza sobre las piezas Judiciales tendrá que ser vista. Ciertamente, hay razón, para dudar que un grupo diverso de noventa y dos estados (con más por añadirse) pueda ejercer la vigilancia adecuada, en otro sentido más que el general. No obstante, la experiencia con los actuales tribunales de crímenes de guerra sugiere que existe un riesgo muy pequeño que la Corte le permitirá al Fiscal convertirse en un Ken Starr global.

Es duro para muchos en los Estados Unidos de América poner la confianza en una institución internacional independiente que opera fuera del mando directo de un cuerpo de intereses internos. Entender esto es más fácil para los europeos (quienes cuentan con instituciones similares dentro de la Unión Europea) y otros. Más importante, EUA tiene

⁷⁷ John Bolton, "Toward an International Criminal Court? A Debate," *Emory International Law Review* 14, núm. 1 (2000): 159-97, 164-5.

mayor temor a las persecuciones políticas que otros países liberales de occidente. La fuerza militar de EUA opera en el extranjero en cifras mucho mayores y en situaciones más desafiantes que cualquier otro ejército. El resentimiento al poder americano es extendido y creciente. Eric Schwartz dice que los críticos americanos de la Corte pueden preguntar, “cuál sería el impedimento por el que los adversarios norteamericanos no buscarían usar la CPI para nivelar el campo de juego —es decir, golpear al gobierno norteamericano a través de los procedimientos de la CPI cuándo otras avenidas de ataque han sido posibles.”⁷⁸ No sorprende que EUA obtuviera más de 100 del total de las 600 quejas presentadas a la Corte desde octubre de 2003,⁷⁹ esto a pesar de que la oficina del Fiscal desacreditó muchas quejas sobre términos jurisdiccionales.

De cualquier forma, tengan o no sustento de fondo las demandas, EUA tiene motivos para temer que la prosecución buscará un equilibrio, a través del trabajo de la CPI, para con los ciudadanos americanos. Las investigaciones primarias que el Tribunal para la ex Yugoslavia hizo con relación a los bombardeos de la OTAN durante el conflicto es un ejemplo de esta situación.

Acudiendo a los llamados de organizaciones internacionales respetadas tales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas en Derechos Humanos, Amnistía Internacional y Human Rights Watch, el tribunal de la Ex Yugoslavia formó un comité para examinar la conducta de la OTAN. El Comité concluyó “en todos los casos, que la ley no otorgaba las herramientas suficientes para explicar o investigar casos relacionados con militares de alto o bajo rango.”⁸⁰ Este resultado no tranquilizó a los críticos de la CPI en EUA. Por el contrario, el hecho que un tribunal internacional considerara traer cargos contra EUA, por la ejecución de órdenes en una intervención apuntalada a proteger los derechos humanos, y en un contexto en que los recursos de la Corte podrían ser efectivamente dirigidos a seguir los limpiadores étnicos cuyos actos activaron la intervención de la OTAN, sugiere que un Fiscal diferente podría sacar una conclusión diferente en un caso diferente.

⁷⁸ Schwartz, *supra* note 16, 3.

⁷⁹ *All eyes on international crime court*, Edmonton Journal, October 12, 2003.

⁸⁰ *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 8 June 2000, p. 90, reprinted in *International Legal Materials* 39, núm. 5, (2000): 1257.

Las oportunidades de que esto realmente pase parecen leves. La CPI centrará su atención en situaciones relacionadas con casos de abusos a derechos de humanos, y sería una tontería enfurecer a EUA prosiguiendo un caso que involucrara diferencias de doctrina militar en donde personas razonables discrepen. Pero el caso no es inconcebible, particularmente en el contexto de una acción militar tan impopular como la reciente guerra norteamericana con Irak.

5.2. La Corte y la toma de decisiones en seguridad nacional

Para los Estados Unidos de América, la preocupación subyacente no es que la CPI procese a algún miembro de sus servicios que aniquile una villa y actúe furiosamente, contrario a sus órdenes. Lo más probable es que los Estados Unidos de América procese a ese soldado. Más bien, el riesgo es que la CPI procese casos que se relacionen con la aplicación de la doctrina militar. Es casi seguro que tal caso concluiría en que la política americana se consideraría no como ilegal, sino como criminal.

La complementariedad no protegerá a EUA en estos casos. EUA no investigaría (mucho menos procesaría) una decisión de *targeting* polémico o una acción militar cuestionada sobre bases de proporcionalidad, si la decisión o acción han sido aceptadas en los niveles más altos. Es aquí donde está el meollo del asunto: EUA teme que la CPI servirá como un vehículo para reprimir el ejercicio de poder del ejército norteamericano. Cuando Bolton dice que, “el blanco real de los defensores de esta Corte son el Presidente de EUA y sus asesores más cercanos. Los defensores intentan crear estructuras internacionales que inhiban el uso, sobre todo, de fuerza militar norteamericana en el ámbito internacional.”⁸¹

Esta preocupación (exagerada por Bolton) se refleja en una propuesta de compromiso que EUA expresó durante las últimas semanas en las negociaciones de Roma. EUA propuso que la conducta en la que un Estado se involucre y reconozca como acción oficial debe ser excluida de la jurisdicción de la CPI. Esta propuesta resultó infructuosa, pero refleja la filosofía que animó la posición norteamericana cuando empezó la CPI en 1995. EUA ve a la CPI como una institución que debiera ejercer su autoridad sobre individuos y no estados. En los términos en los

⁸¹ Bolton, *supra* note 78, pp. 165-6.

que la CPI ejerce su autoridad por encima de los Estados, indirectamente por medio de las proyecciones de los nacionales de un estado, la CPI, desde la óptica americana, usurpa las facultades reservadas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Promotores de la CPI, claro, quisieron romper el “monopolio del Consejo de Seguridad y trasladar el poder a la CPI”.⁸² Ellos reconocieron que el confiar en el que el Consejo de Seguridad sea quien comience las proyecciones pondría en riesgo la independencia de la CPI y permitiría que los miembros permanentes del Consejo y sus aliados reservasen cualquier ejercicio no deseado de la jurisdicción de la CPI. EUA percibió este esfuerzo de traslado de poder contrario a sus intereses y se resistió; así, también, hicieron otros miembros permanentes, aunque el Reino Unido y Francia fueron atraídas por la inercia de la Unión Europea.

Es muy probable que EUA use la fuerza cuando sus intereses nacionales así lo requieran, incluso en situaciones que podrían activar el ejercicio de la jurisdicción de la CPI. En este sentido las preocupaciones americanas parecen ser exageradas. Pero el riesgo de proyección puede influir en las decisiones americanas en formas sutiles. Por ejemplo, EUA podría optar por ubicar sus tropas en estados que no son partes del Estatuto del CPI.

Al final, la pregunta crítica para los EUA es si los costos relativamente modestos pero potencialmente reales, de una CPI que cuenta con facultades para actuar contra los deseos americanos, pesan más que los beneficios a ser derivados de una Corte Penal Internacional que funcione. Tan exagerados que puedan ser estos beneficios, la CPI, en algunas circunstancias, puede apoyar a actores (incluyendo a EUA) en sus esfuerzos por limitar las actuaciones de extremistas políticos y propiciar estándares mínimos de comportamiento. Este balance parece ser favorable a la CPI, sobre todo cuando la oposición americana acrecienta el sentimiento que este país encarne en torno a su abstencionismo; y en grado mínimo, favorece la política que Clinton estableció en torno al “buen vecino” contrario a la política hostil de la administración del presidente Bush.

⁸² Philippe Kirsch, El motivo de la CPI es terminar con el monopolio del Consejo de Seguridad. *Round Table*, in Politi & Nesi, *supra* note 2, p. 293.

Conclusión

Para ambos lados, el debate sobre la CPI es un debate ejemplar, relativo al rol apropiado del derecho internacional, las instituciones que lo componen y principios de las relaciones internacionales. Tal como Robert Kagan ha propuesto, EUA, en su papel de la última súper potencia, ve al mundo desde un punto de vista hobbesiano, como un lugar donde “las leyes internacionales son poco confiables y la verdadera seguridad nacional, la defensa y promoción de un orden liberal, dependen de la posesión del poder militar.”⁸³ Como resultado los nacionales norteamericanos “tienen menor inclinación a actuar a través de instituciones internacionales, tales como las Naciones Unidas; una carencia de afección a trabajar en cooperación con otras naciones para alcanzar metas comunes; mas escépticos en torno al derecho internacional; y deseosos a operar por fuera de los límites cuando se considere necesario, o aún útil.”⁸⁴ Recíprocamente, “europeos (el centro del grupo que apoya a una CPI sólida), están perdiendo poder”; por consiguiente, ellos “recurren mas rápido a las leyes internacionales, convenciones internacionales, y la opinión internacional para juzgar disputas.”⁸⁵ Kagan admite que este retrato es una caricatura, pero captura un elemento importante de los espacios que separan a EUA de sus amigos y aliados en la CPI, el espacio de los críticos de separación de la CPI y partidarios.

Las inflación en las expectativas pueden llevar a una rápida (e injusta) desilusión cuando la CPI no pueda cumplir con su cometido. Más pretenciosamente, la retórica exagerada acerca de los beneficios de procesos de la CPI puede distraernos de los recursos de acción alternativos y que casos particulares pueden rendir mayores beneficios.⁸⁶ La ONU estableció el Tribunal en Yugoslavia en parte para aliviar la presión por una acción más poderosa durante la disolución de Yugoslavia; el Tribunal de Ruanda fue establecido, en parte, para aliviar la culpa por la no detención de los genocidas en Ruanda. La CPI puede servir como propósito similar en casos futuros. Después de todo, “¿si los medios existentes de prosecución pueden incapacitar a los ofensores adecuadamente, por qué se arriesga a una intervención militar?”⁸⁷

⁸³ Robert Kagan, “Power and Weakness,” *Policy Review* 113 (2002): pp. 3-28.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ See *Developments in the Law*, *supra* note 25, 1975.

⁸⁷ *Ibid.*, 1976.

Grandes esperanzas por promover acciones legales internacionales en materia penal, limitan las salidas o formas de actuación en torno a las ofensivas internacionales. Dada la dificultad por movilizar y coordinar los deseos políticos con relación a las metas internacionales por encima de los fines propios de cada nación, pueden crear una inercia que afecte el apoyo a mecanismos suplementarios de responsabilidad que puedan tener mejores resultados.⁸⁸

El gobierno de Ruanda hace notar con cierta amargura que en el supuesto de que se hubiese recibido tan sólo una fracción del financiamiento y apoyo político otorgado al tribunal internacional, se hubieran implementado recursos a su sistema judicial y procesado a cientos de sospechosos de genocidio por cada uno de los enjuiciados por el Tribunal internacional. Pero esto también acarrea el problema en torno a las garantías de legalidad y audiencia. Es más difícil para los gobiernos nacionales resolver los problemas internos en materia judicial si la atención de la comunidad internacional está centrada en una sola Corte en La Haya. De forma similar, será mucho más difícil llevar a cabo una justicia con una baraja de tribunales, como es el caso de la Corte Especial de Sierra Leona, si las pretensiones de la CPI son tan altas como se manifiestan.

Por otro lado, es que las exageraciones respecto a la amenaza que la CPI impone, no sólo evitarán el apoyo norteamericano, sino que se pueden desatar acciones que pongan en peligro la paz internacional y la seguridad: tal es el caso en las decisiones de veto en las operaciones para salvaguardar la paz, que concluyen en la ausencia de derecho de inmunidad a la salvaguarda de la paz a estados no miembros. Una valoración más real, podría llevar a los EUA a aceptar la CPI si no es que a formar parte de ella.

⁸⁸ *Ibid.*