

NEW LEFT REVIEW 85

SEGUNDA ÉPOCA

MARZO - ABRIL 2014

ARTÍCULOS

GÖRAN THERBORN	¿Nuevas masas?	5
ANDRÉ SINGER	Rebelión en Brasil	18
PERRY ANDERSON	<i>Antagonista</i>	38
TOR KREVER	Juzgar a la Corte Penal Internacional	68
TERI REYNOLDS	Despachos desde Dar	103

ENTREVISTA

THOMAS PIKETTY	La dinámica de la desigualdad	107
----------------	-------------------------------	-----

ARTÍCULOS

JOSH BERSON	La reprogramación de la quinua	122
-------------	--------------------------------	-----

CRÍTICA

MARCUS VERHAGEN	Participativo pasado	140
WILLIAM DAVIES	La economía del insomnio	148
DYLAN RILEY	Cuestiones sureñas	154

La nueva edición de la New Left Review en español se lanza desde el
Instituto de Altos Estudios Nacionales de Ecuador–IAEN,

WWW.NEWLEFTREVIEW.ES

© New Left Review Ltd., 2000

© Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), 2014, para lengua española

Licencia Creative Commons

Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)



SUSCRÍBETE



tráfico de sueños

IMPARTIENDO JUSTICIA GLOBAL

LA CORTE PENAL Internacional (CPI) es el nuevo aspirante a institución mundial establecida por las grandes potencias desde 1945*. Su estatuto, aprobado en una conferencia celebrada en Roma en 1998, fue ratificado por el mínimo necesario de sesenta Estados en 2002; la Corte abrió sus puertas en La Haya en el verano siguiente. La CPI plantea cuestiones tanto de carácter político – su relación con las grandes potencias, sobre todo con Estados Unidos, y su función en los conflictos mundiales– como jurídico. La historia del derecho penal internacional tiende a ser contada como una historia teleológica de progreso irreversible, en el que la violencia procedente de los fríos cálculos de los Estados da paso a una justicia suprapolítica. Entre los hitos en este camino están los intentos anteriores a 1914 para mitificar la guerra entre las potencias europeas, cuando unos abogados suizos lanzaron la idea de un tribunal internacional para respaldar los primeros Convenios de Ginebra y de La Haya, o la lectura de cargos del Tratado de Versalles contra el káiser por delitos contra «la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados», que no dio mucho de sí. Más prominentes fueron los juicios de Núremberg y Tokio (1945-1946) contra determinados funcionarios y altos cargos alemanes y japoneses previamente seleccionados, el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia, establecido con carácter especial en 1993 por el Consejo de Seguridad de la ONU para juzgar a los dirigentes serbios –y a un número mucho menor de croatas y bosnios – por «crímenes contra la humanidad», así como el menos célebre Tribunal Penal Internacional para Ruanda, creado por el Consejo de Seguridad en 1995. Al final de

* Mi agradecimiento a Teresa Almeida Cravo y a Rob Knox por sus comentarios críticos de una versión anterior, y a Paul Clark por las discusiones de los casos libios.

esta narrativa se encontraría la Corte Penal Internacional, «el hito más elevado hasta la fecha en la larga batalla del ser humano en pos de la rendición de cuentas»¹.

La historia real es un asunto menos romántico, marcado en todo momento por la política de poder. Este ensayo examinará el contexto en el que se creó la CPI, las motivaciones de los Estados que la establecieron y el registro de sus actuaciones hasta la fecha, con el objetivo de proporcionar una especie de mapa catastral aproximado del terreno jurídico y político, como base para una evaluación inicial de la primera década de la Corte.

Precedentes

Tradicionalmente, el derecho internacional ha sido concebido como un marco horizontal basado en Estados iguales y soberanos que se ajustaban de mutuo acuerdo a las normas y los tratados. Los Estados podían violar las obligaciones jurídicas internacionales sin que las personas físicas involucradas incurrieran en responsabilidad penal alguna. Los tribunales de Núremberg y Tokio de la posguerra marcaron una ruptura importante con esta concepción: por primera vez en la historia moderna, los individuos de las potencias derrotadas debían considerarse responsables de esas infracciones ante un tribunal constituido por sus vencedores. Estados Unidos zanjó las dudas y consideraciones de los demás aliados, imponiendo el marco jurídico para la constitución de un Tribunal Militar Internacional (TMI) encargado de enjuiciar a figuras seleccionadas de las potencias del Eje. La puesta en marcha del TMI se anunció el 8 de agosto de 1945, en el interludio entre el bombardeo atómico de Hiroshima y el de Nagasaki; emitió sus primeras acusaciones desde el Palacio de Justicia de Núremberg dos meses después. En Tokio, el propio general MacArthur proclamó el establecimiento del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente en enero de 1946 y procedió a nombrar a sus jueces.

Cualesquiera que fueran los fines perseguidos por los tribunales de Núremberg y Tokio, es un hecho ampliamente reconocido que la justicia como tal no estaba entre ellos. El presidente del Tribunal Supremo de Estados Unidos Harlan Fiske Stone desestimó el juicio de Núremberg como un «linchamiento de alto *standing*» que operaba bajo una «falsa fachada de legalidad», «un fraude demasiado moralizante» para su gusto².

¹ Erna Paris, *The Sun Climbs Slow: The International Criminal Court and the Struggle for Justice*, Nueva York, 2009, p. 19.

² Véase Alpheus Thomas Mason, *Harlan Fiske Stone*, Nueva York, 1956, pp. 715-716.

Muchos, alemanes incluidos, que estaban felices de asistir a la ejecución de oficiales nazis por lo que habían hecho se resistieron, sin embargo, a aceptar un tribunal de esta índole. Los principios de la legislación vigente, de imparcialidad y de jurisdicción legalmente establecida fueron pisoteados, junto con cuestiones básicas como son el hábeas corpus, el derecho de apelación y la admisibilidad de las pruebas. Al igual que en los juicios farsa de Stalin, el procedimiento estuvo marcado en todo momento por un aire de inevitabilidad: «Acabarán todos colgados», según el famoso brindis del fiscal soviético Andrei Vishinski³. Contraviniendo el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege* (no hay delito ni castigo en ausencia de ley previa), las acusaciones incluían crímenes de nuevo cuño, tales como «guerra de agresión» o «crímenes contra la humanidad», lo que equivalía a una criminalización *ex post facto*. La jurisdicción de los tribunales fue establecida por decreto de las potencias ocupantes, que designaron tanto a los fiscales como a los jueces, al tiempo que se otorgaban a sí mismas la impunidad. Tal y como el juez indio Radhabinod Pal manifestó en su voto disidente en Tokio, al parecer «solo una guerra perdida es un crimen». La impunidad de los vencedores conmocionó a Hans Kelsen, tal vez el principal defensor de una corte penal internacional en aquel momento, que declaró que Núremberg podría servir solo a modo de ejemplo negativo para la causa de la justicia internacional⁴.

En cuanto al principio de la responsabilidad individual, la novedad introducida por los tribunales de Núremberg y de Tokio, esta venía siempre supeditada a los intereses políticos y económicos de los Aliados. No solo el emperador Hirohito, sino toda la familia imperial fueron protegidos por MacArthur. En virtud del concepto de «arrepentimiento» —en la práctica: manifestación de la voluntad de servir a los nuevos amos— la mayoría de los exnazis eludieron rendir cuentas. Tampoco puede decirse que Núremberg y Tokio tuvieran un efecto disuasorio, ya que la aplastante superioridad militar de los Aliados ya había logrado ese efecto. También se ha argumentado que el valor de los tribunales no fue tanto jurídico como didáctico y expresivo (en otras palabras, fueron juicios farsa internacionales). Pero ¿expresivo de qué? El escritor y jurista alemán Ronen Steinke ha sugerido que lo que los tribunales

³Telford Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials*, Nueva York, 1992, p. 21.

⁴Véase Hans Kelsen, «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?», *International Law Quarterly*, vol. 1, núm. 2, verano de 1947, pp. 153–171. Para una crítica actualizada, véase Danilo Zolo, *Victors' Justice: From Nuremberg to Baghdad*, Londres y Nueva York, 2009.

penales internacionales pueden suministrar por encima de todo es una «confirmación autorizada de una cierta narrativa de la “verdad histórica”»⁵. En esto, Núremberg tuvo mucho éxito. Estados Unidos había estado dispuesto a negociar con la Alemania de Hitler hasta diciembre de 1941, y con la Francia de Vichy hasta el final. A finales de la década de 1930, Gran Bretaña y Francia habían considerado apoyar al régimen nazi contra la URSS. Esas mismas características que comprometieron Núremberg y Tokio en términos jurídicos –proclamación *ex post facto* de «crímenes contra la humanidad» y «guerra de agresión», impunidad de los vencedores, etcétera – resultaron muy eficaces a la hora de establecer una nueva «verdad» narrativa de los Aliados en tanto que defensores de la paz y la humanidad.

La impunidad de los vencedores y su identidad como garantes de la paz internacional se recogen en la Carta de las Naciones Unidas redactada en Estados Unidos. Ello significa que la potestad de determinar la legalidad de las guerras queda exclusivamente en manos de los cinco miembros permanentes con derecho a veto del Consejo de Seguridad de la ONU. La Carta de la ONU fue aprobada en San Francisco en junio de 1945, pocas semanas antes de la creación del Tribunal de Núremberg; muchos pensaron que un tribunal penal internacional que siguiera ese mismo guion sería una extensión natural de la construcción institucional global por parte de Washington. En los primeros borradores de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que la Asamblea General de la ONU adoptó en 1948, se incluyó un modelo de estatuto de un tribunal internacional para juzgar el genocidio. La propuesta se cayó del acuerdo final y en su lugar la Asamblea General encomendó a la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI) la preparación de un proyecto de estatuto de una corte penal internacional permanente, así como un código de crímenes. La Comisión presentó su plan para la nueva institución jurídica seis años después. Sin embargo, durante la Guerra Fría, mientras Estados Unidos perpetraba sus propios actos de agresión en Corea, República Dominicana, Vietnam, Laos, Camboya, El Salvador, Granada, Honduras, Nicaragua y otros países, resultaba evidente que una institución de ese tipo iba a tener poca utilidad para Washington.

⁵ Ronen Steinke, *The Politics of International Criminal Justice: German Perspectives from Nuremberg to The Hague*, Oxford, 2012, p. 9.

Antecedentes

Solo con la victoria estadounidense en la Guerra Fría la justicia penal internacional resurgiría como una herramienta poderosa en la política del «nuevo orden mundial». Una propuesta inicial, lanzada por el ministro de Asuntos Exteriores alemán Hans-Dietrich Genscher en abril de 1991 a raíz de la primera guerra del Golfo, fue acusar a Sadam Husein ante un tribunal «tipo Núremberg». La Administración de Bush se mostró fría ante la idea: el Carnicero de Bagdad sin duda aprovecharía la ocasión para explicar lo cercanos que habían sido sus vínculos con Washington. Pero la iniciativa alemana era significativa. En las décadas posteriores a Núremberg, los juristas alemanes se habían quejado amargamente de la justicia de los vencedores impuesta allí, deplorando la infracción de *nullum crimen* y otros principios del derecho positivo. Con el fin de la Guerra Fría, sin embargo, la República Federal de Alemania se mostró dispuesta a aplicar un poco de *justicia del vencedor* de su propia cosecha a los funcionarios de la RDA. Así, se establecieron departamentos fiscales especiales bajo la autoridad de los ministros de Justicia de los *Länder*; las primeras acusaciones fueron formuladas en septiembre de 1991 y entre los acusados había guardias fronterizos de Alemania Oriental, funcionarios del Consejo Nacional de Defensa y miembros del politburó del SED. En total casi 100.000 exfuncionarios de la RDA fueron investigados por crímenes de Estado en el transcurso de la década de 1990 y alrededor de quinientos fueron sentenciados⁶.

Una vez más, se imponía con toda su fuerza la necesidad de establecer una «verdad» histórica. «Tenemos que conseguir deslegitimar el régimen de la RDA», explicaba Klaus Kinkel, ministro de Justicia de Kohl y protegido de Genscher que pronto sucedería a este como ministro de Asuntos Exteriores. El principio de *nullum crimen* no se aplicaría, y así lo confirmaba⁷ el *Bundesverfassungsgericht* [Tribunal Constitucional]. Aunque los acusados no habían violado ninguna ley de la RDA, deberían haber actuado de acuerdo con las leyes de humanidad, según se deduce de las formulaciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Si bien es cierto que algunos denunciaron el espectáculo, la criminalización *de iure* del régimen de la RDA ayudó a legitimar una reconstrucción social de los *Länder* orientales que, orquestada desde Bonn, implicó despidos masivos en todos los ámbitos de la vida.

⁶ R. Steinke, *Politics of International Criminal Justice*, *Ibid.*, p. 63.

⁷ *Ibid.*, pp. 68-72.

La desintegración de Yugoslavia demostró ser un terreno más fértil que el de Iraq para la aplicación de la justicia penal internacional. El «reconocimiento preventivo» por parte de Kohl y Genscher de la secesión de Eslovenia y Croacia respecto de la Federación Yugoslava en 1991 fue aclamado como un triunfo de la nueva y resolutiva política exterior alemana. En Maastricht, en diciembre de 1991, durante una sesión de negociación que duró toda una noche, Kohl presionó con éxito para que toda la Comunidad Europea hiciera suya la postura alemana. Se suponía que el «reconocimiento preventivo» propiciaría un alto el fuego entre las repúblicas separatistas y las fuerzas federales, pero dicho reconocimiento fue proclamado sin garantizar ningún tipo de seguridad para la importante minoría serbia en Croacia y sin tener en cuenta sus efectos colaterales en el conjunto del territorio yugoslavo. Washington, con la mente puesta en Oriente Medio y en la disolución de la Unión Soviética, se había opuesto a la intervención en Yugoslavia. Pero la «salida a escena» de Alemania (como dijo Lawrence Eagleburger, del Departamento de Estado de Estados Unidos) estimuló a la Casa Blanca a adoptar un papel de liderazgo, presionando ahora a Bosnia-Herzegovina hacia la secesión, algo que Alemania se había resistido a hacer. La guerra de Bosnia estalló en abril de 1992, precisamente el día en que Occidente reconoció la independencia de esa república. Los serbios de Bosnia se hicieron con la artillería del ejército yugoslavo en retirada y se dispusieron a asegurar sus propias zonas de control; mientras, las fuerzas de Tudjman proyectaban expandir Croacia⁸. En agosto de 1992, la prensa occidental publicaba imágenes, inevitablemente selectivas, de atrocidades serbias en Bosnia y de «campos de concentración». Kinkel, que ahora había sucedido a Genscher como ministro de Asuntos Exteriores alemán, hizo suyo un llamamiento que había lanzado Human Rights Watch para la creación de un tribunal internacional⁹. El Gobierno entrante de Clinton adoptaría una línea más dura contra los serbios: vetando la propuesta Vance-Owen de reparto de poder, imponiendo un zona de exclusión aérea y lanzando ataques de la OTAN contra posiciones serbias en Bosnia. Madeleine Albright consideraba que la idea de un tribunal penal internacional se integraba perfectamente en ese plan.

En mayo de 1993, la Resolución 808 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas estableció el Tribunal Penal Internacional para

⁸ Susan Woodward, *Balkan Tragedy: Chaos and Dissolution after the Cold War*, Washington DC, 1995, pp. 183-188.

⁹ Pierre Hazan, *Justice in a Time of War*, College Station (TX), 2004, p. 20.

la ex-Yugoslavia (el primer tribunal en su género desde la década de 1940), para investigar y procesar a «personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario». El TPIY se instaló en el edificio Aegon Seguros de La Haya y formuló sus primeras acusaciones en noviembre de 1994. A continuación se estableció una colaboración estrecha y duradera entre la oficina del Fiscal General y el personal de la OTAN, que de hecho hacía las veces de fuerza policial del tribunal. Mientras Washington negociaba un acuerdo entre croatas y musulmanes para que unieran sus fuerzas contra los serbios de Bosnia, reequipaba el ejército croata y supervisaba su brutal limpieza étnica de al menos 200.000 serbios de la Krajina, la fiscal Louise Arbour miraba feliz para otro lado¹⁰. La narrativa que debía imponerse habría de pintar la compleja tragedia de Yugoslavia como un caso de «agresión serbia», con exclusión de cualquier consideración respecto del papel que las potencias extranjeras habían jugado en ella. Cuando en 1999 comenzaron los dos meses de bombardeos de Yugoslavia por parte de la OTAN, la respuesta de Arbour fue emitir una acusación contra Milosevic. De hecho la utilización de bombas de racimo y los ataques de la OTAN a trenes civiles, a convoyes de camiones, puentes y centros de medios de comunicación caían dentro del ámbito de competencia jurisdiccional de la Corte. Pero después de una investigación superficial, la Fiscalía General rechazó la posibilidad de emitir acusaciones contra los líderes occidentales con el argumento de que las declaraciones de prensa de «los países de la OTAN son generalmente fiables»¹¹. El publicista de la OTAN Jamie Shea lo expuso aún más claramente: «Fueron los países de la OTAN los que establecieron el Tribunal, y son ellos los que lo financian y los que lo vienen sosteniendo desde su origen»¹². Estábamos, una vez más, ante un caso paradigmático de justicia de los vencedores: las grandes potencias

¹⁰ Tres generales del ejército croata, Ante Gotovina, Ivan Cermak y Mladen Markac, serían luego procesados por el TPIY en 2008 por su participación en la «Operación Tormenta». Los tres fueron absueltos (Gotovina y Markac, en apelación) y regresaron a Croacia, donde fueron recibidos como héroes.

¹¹ Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia [Informe Final a la Fiscalía a cargo del Comité Establecido para Investigar la Campaña de Bombardeos de la OTAN Contra la República Federal de Yugoslavia], 13 de junio de 2000, parágrafo 90. Posteriormente la tercera fiscal general escribiría que, con la respuesta recibida a su requerimiento de información acerca de las acciones de la OTAN, «comprendí que había topado con el límite del universo político en el que el tribunal tenía permitido funcionar»: Carla del Ponte, *Madame Prosecutor: Confrontations with Humanity's Worst Criminals and the Culture of Impunity*, Nueva York, 2009, p. 60.

¹² Véase David Chandler, «International Justice», *NLR* 6, noviembre-diciembre de 2000, p. 64 [ed. cast.: «Justicia internacional», *NLR* 6, enero-febrero de 2001, pp. 156-177].

sirviéndose de tribunales *post bellum* (o, en el caso de Milosevic, tribunales *in bello*) para criminalizar a sus oponentes derrotados, mientras su propia conducta queda por encima del escrutinio judicial¹³.

Modelos

Alentados por el lanzamiento del TPIY, los grupos de presión de los derechos humanos renovaron sus esfuerzos en favor de un tribunal internacional permanente. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU recibió una vez más el encargo de redactar el estatuto de un tribunal internacional, y en esta ocasión el interés diplomático en torno a su trabajo fue bastante mayor¹⁴. Gran parte del trabajo preparatorio fue suscrito por Washington, que quería reservar un papel central al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que le permitiera usar su veto para evitar cualquier investigación de crímenes estadounidenses. El Gobierno de Clinton mostró una buena disposición ante la propuesta inicial de la CDI para la creación de un tribunal siguiendo el modelo de los tribunales de Yugoslavia y Ruanda, bajo control estrecho del Consejo de Seguridad¹⁵. Actuando por recomendación de la CDI, la Asamblea General de Naciones Unidas estableció un Comité Preparatorio en 1996 para elaborar los detalles.

Mientras tanto, las organizaciones no gubernamentales y los grupos de presión en favor de una justicia internacional, que habían crecido de manera exponencial con el final de la Guerra Fría, hicieron campaña en favor de un tribunal «independiente», es decir, una institución *sui generis* de carácter global y autónomo. En 1995 Amnistía Internacional, Human Rights Watch y otras dos docenas de organizaciones crearon un grupo coordinador, la Coalición por la Corte Penal Internacional (CCPI), que obtuvo financiación de las fundaciones Ford y MacArthur.

¹³ El tribunal *ad hoc* para Ruanda con sede en Arusha, Tanzania, no ha sido menos controvertido. Su tendencia favorable a la imputación, unida a su incapacidad para perseguir los crímenes del Frente Patriótico Ruandés (FPR) de Paul Kagame, ha llevado incluso a defensores entusiastas de la Corte como Human Rights Watch a lamentar la politización de la institución (véase su «Letter to the Prosecutor of the ICTR», 26 de mayo de 2009). Si el tribunal para Yugoslavia ofreció la cobertura justificativa para la agresión de la OTAN, el tribunal ruandés ha facilitado la propaganda ideológica que permite al FPR mantener su estatus de víctima y obtener una aparente impunidad –y apoyo occidental– para su régimen agresivo y autoritario.

¹⁴ Trinidad y Tobago propuso a la Asamblea General de la ONU en 1989 la creación de un tribunal internacional para perseguir el tráfico de drogas, para el que las islas se habían convertido en una base importante.

¹⁵ James Crawford, «The ILC's Draft Statute for an International Criminal Tribunal», *American Journal of International Law*, vol. 88, núm. 1, enero de 1994, p. 140.

Su coordinador opinó que «el control del Consejo de Seguridad de la ONU podría reducir la Corte Penal Internacional a una mera farsa, incapaz de impartir justicia internacional frente a los perpetradores de las naciones poderosas, sino tan solo a los de países pequeños y débiles»¹⁶. Desde comienzos de 1997, las organizaciones no gubernamentales fueron ganando un apoyo estatal inesperado. Aunque excluida del Consejo de Seguridad de la ONU, Alemania, sin embargo, estaba decidida a desempeñar un papel central. Kinkel nombró a Hans-Peter Kaul como jefe del Departamento de Derecho Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores alemán, al tiempo que aumentó la delegación de su país en el Comité Preparatorio en Nueva York de dos a siete miembros¹⁷. El equipo de Kaul organizó a otros Estados no miembros del Consejo de Seguridad con ambiciones globales, como Canadá, y a lacayos de la Unión Europea, como los Países Bajos, en un bloque que se apodó a sí mismo «el grupo de ideas afines». Su objetivo era una CPI «independiente», en el sentido de que el fiscal debería tener la facultad de actuar de oficio para iniciar investigaciones sin necesidad de recibir instrucciones del Consejo de Seguridad de la ONU; pero lo que no perseguían (tal y como Kaul y Kinkel dejaron claro a los escépticos funcionarios de los Ministerios alemanes de Interior y de Defensa) era una Corte imparcial. Los ciudadanos alemanes, entre ellos los pilotos de la Luftwaffe que surcaron los cielos de los Balcanes, quedarían protegidos de enjuiciamiento en virtud del principio de complementariedad: la CPI solo investigaría aquellos casos en los que el sistema judicial nacional fuera incapaz de hacerlo¹⁸. El grupo de ideas afines utilizó tácticas largamente perfeccionadas en la

¹⁶ William Pace, citado en David Bosco, *Rough Justice: The International Criminal Court in a World of Power Politics*, Oxford 2014, p. 41. Excelente ejemplo de la profesionalización del grupo de presión de los derechos humanos, Pace ha trabajado en Amnesty International, en el Center for the Development of International Law y en el Hague Appeal for Peace; es cofundador de la International Coalition for the Responsibility to Protect, presidente del consejo directivo del Center for UN Reform Education, miembro consultor del Consejo Directivo de One Earth Foundation, cofundador del Comité de Dirección de ONG para la Comisión de la ONU para el Desarrollo Sostenible y del Grupo de Trabajo de ONG sobre el Consejo de Seguridad de la ONU; director ejecutivo del World Federalist Movement-Institute for Global Policy, así como Coordinador de la CCPI.

¹⁷ R. Steinke, *Politics of International Criminal Justice*, cit., p. 101. Formado jurídicamente en Heidelberg, la carrera diplomática de Kaul incluía Israel, Washington, Oriente Medio y la ONG.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 111-114. Kinkel puso el peso del Ministerio de Asuntos Exteriores alemán al servicio de las tácticas de Kaul en un artículo publicado con su nombre en la revista jurídica más prestigiosa de Alemania: Klaus Kinkel, «Für einen funktionsfähigen Weltstrafgerichtshof», *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 43, 1997.

Comunidad Europea: hacerse con la presidencia de los comités clave (el mismo comité preparatorio fue presidido por un funcionario holandés, Adriaan Bos), pescar el apoyo de los pequeños Estados y utilizar con astucia la psicodinámica de las sesiones de noche completa para la elaboración de acuerdos.

La Comisión Preparatoria de la CPI se movió con una presteza inusual tratándose de un organismo de Naciones Unidas. Se convocó una «conferencia de plenipotenciarios» para reunirse en Roma el 15 de junio de 1998. Allí, 5.000 representantes de ciento sesenta Estados se reunieron en las oficinas de la FAO con el fin de negociar lo que se conocería como el Estatuto de Roma. Junto a los diplomáticos había representantes de cientos de organizaciones no gubernamentales, todos ansiosos por asistir al nacimiento del tribunal. Bos había caído enfermo, y su lugar como presidente fue ocupado por el diplomático canadiense Philippe Kirsch. Muchas cuestiones se delegaron a grupos de trabajo, pero las esenciales (los límites competenciales de la Corte, la potestad para actuar de oficio de la Fiscalía y el papel del Consejo de Seguridad y, por último, las tipificaciones básicas de los delitos) fueron negociadas por Kirsch entre bastidores¹⁹. Estados Unidos presionó para limitar la jurisdicción a los nacionales de los Estados parte, es decir, aquellos que firmaran y ratificaran el Estatuto, que vendrían a ser los Estados miembros de la CPI. (Estados Unidos entendía que el Congreso no ratificaría el Estatuto en un futuro previsible, por lo que se consideraba a sí mismo, *de facto*, un Estado no-miembro). David Scheffer, asesor jurídico del Departamento de Estado y el hombre clave de Clinton en Roma, había amenazado con que Estados Unidos se opondría activamente a la Corte si se le concedía jurisdicción universal. En cuanto a cómo debían ponerse en marcha las investigaciones de esta, Estados Unidos apoyó la propuesta inicial de la CDI conforme a la cual «la Fiscalía debería actuar solo en los casos presentados ya sea a instancias de un Estado parte del tratado o a iniciativa del Consejo [de Seguridad]», siempre y cuando este último determine que los casos que tienen que ver con sus funciones en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (es decir, la paz y la seguridad internacionales) deben ser considerados por la Corte²⁰. Washington se opuso a conceder al fiscal facultades para actuar de oficio.

¹⁹ William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2011, p. 20.

²⁰ David Scheffer, «The United States and the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, vol. 93, núm. 12, enero de 1999, p. 13.

Roma y después

El proyecto de estatuto preparado por la comisión de Bos dejó más de 1.700 cuestiones entre corchetes pendientes de resolver. Pero Kaul había examinado el texto y marcado en negrita todas las disposiciones que tuvieran el apoyo del grupo de ideas afines: «Envié esta versión del proyecto de estatuto a la misión alemana de la ONU en Nueva York. Lo fotocopiamos, lo encuadernamos y se lo remitimos a todas las delegaciones de ideas afines. Les dijimos: “Solo tenéis que mirar el texto en negrita”»²¹. Scheffer, en cambio, se quejó de haber tenido que dedicar «tanto tiempo a la diplomacia bilateral», para que en las últimas cuarenta y ocho horas de la conferencia «el texto del tratado fuera sometido a un misterioso y excluyente proceso de revisión a puerta cerrada por parte de un reducido número de delegados, en su mayoría del grupo de ideas afines, para cerrar acuerdos con los que atraer el apoyo de determinados gobiernos vacilantes a un texto que finalmente se terminó a las dos de la madrugada del último día de la conferencia, el 17 de julio»²².

Scheffer estaba furioso porque, en virtud del artículo 12 del Estatuto, la competencia del tribunal se extendía a los delitos cometidos por ciudadanos de un Estado no miembro en el territorio de un Estado miembro, dejando a los estadounidenses teóricamente vulnerables ante la misma. Las garantías que dieron los delegados alemanes y canadienses de que los ciudadanos estadounidenses estarían protegidos por la capacidad del Consejo de Seguridad de la ONU de aplazar cualquier investigación *sine die*, así como por el principio de complementariedad, no surtieron ningún efecto. Scheffer exigió una limitación de la competencia de la Corte: la acusación debía depender de la conformidad del Estado de origen del acusado. India, en sentido contrario, presentó una enmienda de última hora para que el uso de armas nucleares, químicas y biológicas se definiera como crimen de guerra, y para que la CPI fuera totalmente independiente del Consejo de Seguridad. Con el acuerdo a punto de naufragar, las dos mociones quedaron aplazadas, y este texto en versión «lo tomas o lo dejas» (según expresión de Scheffer) «fue trasladado de urgencia para su adopción horas más tarde, sin debate, en la noche del 17 de julio»²³. La votación final registró ciento veinte votos en favor de la adopción, siete en contra (Estados Unidos, Israel, China, Cuba, Siria, Iraq y Yemen) y veintiuna abstenciones.

²¹ Entrevista en D. Bosco, *Rough Justice*, cit., p. 46.

²² D. Scheffer, «The US and the ICC», p. 20.

²³ *Ibid.*

A primera vista, el resultado en Roma contrasta claramente con la conferencia de San Francisco de cincuenta años atrás, cuando Washington logró orquestar un acuerdo internacional para unas Naciones Unidas diseñadas al servicio de la estrategia global de Estados Unidos²⁴. Si el poder norteamericano no había disminuido desde entonces, sí parecía haberlo hecho su atención a la hora de dictar planes institucionales. Mucho se ha hablado de la oposición estadounidense a la CPI, y no ha habido escasez de diatribas contra la Corte por parte del *establishment* en Washington; sin embargo, sería un error ver en ello un plante de Estados Unidos ante un tribunal internacional *per se*. Estados Unidos había apoyado firmemente el proyecto inicial de la CDI, que prefiguraba la Corte como un apéndice del Consejo de Seguridad de la ONU. Tal y como subrayó Scheffer: «Estados Unidos no se opuso. De hecho fuimos firmes partidarios de la Corte desde el principio; la cuestión era saber qué tipo de Corte sería. Nuestra posición era que queríamos esta Corte, pero queríamos que el Consejo de Seguridad fuera el responsable de activar los casos»²⁵. Todos los Estados principales habían apoyado el Proyecto de la CDI en 1994, y Washington tenía sobradas razones para esperar que su realización no presentaría sobresaltos. Si hubiera sospechado que los alemanes y los canadienses iban a maniobrar para ganar protagonismo, Estados Unidos quizá habría mantenido el proceso de redacción del Estatuto bajo el control del secretario general de Naciones Unidas, en lugar de abrirlo a los procedimientos de la Asamblea General, donde impera la norma de un Estado, un voto.

Así las cosas, a partir de 1997 —coincidiendo con la crisis financiera asiática, el bloqueo de Iraq y el conflicto a fuego lento en los Balcanes— la campaña del grupo de ideas afines, liderada por Alemania, cogió al Gobierno de Clinton a contrapié. Mientras Scheffer luchaba para unir a sus aliados del P5 en Roma, las últimas instrucciones de Washington no llegaron sino hasta pasadas cuatro semanas de las cinco de conferencia²⁶. (Clinton estaba tal vez más preocupado por el inminente escándalo Lewinsky). En cambio, Estados Unidos envió una gran delegación a la Comisión Preparatoria posterior a Roma, que se haría cargo de los detalles de funcionamiento de la Corte. En realidad, tal y como puede deducirse de un examen pormenorizado del Estatuto de Roma, Scheffer y sus colegas tendrían poco de qué quejarse de la versión final.

²⁴ Véase Peter Gowan, «US: UN», *NLR* 24, noviembre-diciembre de 2003 [ed. cast.: «US: UN», enero-febrero de 2004, pp. 5-26].

²⁵ Citado en E. Paris, *The Sun Climbs Slow*, cit., p. 261.

²⁶ Ruth Wedgwood, «Fiddling in Rome: America and the International Criminal Court», *Foreign Affairs*, vol. 77, núm. 6, 1998.

Según los términos del Estatuto, la CPI goza de jurisdicción sobre cuatro categorías de delitos, cada una de ellas mal definida: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y «agresión» que, según el Preámbulo del Estatuto, son los «crímenes más graves que conciernen a la comunidad internacional en su conjunto»²⁷. Todos los Estados que hayan ratificado el Estatuto ganan un puesto y un voto en la Asamblea de los Estados Miembros, que es la responsable de la elección del fiscal de la Corte y de los dieciocho jueces encargados de supervisar las instrucciones y los juicios, así como de resolver los recursos. (Aunque los jueces han de ser nacionales de los Estados miembros, no es así en el caso del fiscal, con lo que dicho cargo queda abierto a un estadounidense)²⁸. El fiscal, nombrado para un mandato de nueve años no renovable, es el encargado de revisar la información sobre posibles crímenes, conducir las investigaciones, solicitar las órdenes de detención y llevar el proceso contra los acusados. Tres son los mecanismos que pueden desencadenar una investigación: un Estado miembro puede remitir una determinada situación a la Fiscalía; el Consejo de Seguridad de la ONU puede hacer lo mismo; o la Fiscalía puede actuar de oficio, si bien un panel de jueces de la CPI ha de revisar su decisión y el Consejo de Seguridad puede, si lo estima oportuno, suspender la investigación durante un año, con arreglo al artículo 16, prorrogable por sucesivos periodos de doce meses sin límite. La Corte goza de jurisdicción sobre los crímenes cometidos en el territorio de un Estado miembro y/o por un nacional de un Estado miembro; en caso de una remisión por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la Corte gozará de jurisdicción incluso aunque no se cumplan los requisitos de territorio y nacionalidad. La Corte es «complementaria a las jurisdicciones penales nacionales», en el sentido de que solo investigará aquellos crímenes que los tribunales nacionales no puedan investigar (una imposibilidad que habrán de estimar los jueces de la CPI). La Corte solo conocerá aquellos casos que sean considerados «de suficiente gravedad».

La aprobación del Estatuto de Roma fue recibida con desbordantes muestras de entusiasmo: «los diplomáticos se abandonaron a sí mismos en medio de celebraciones y cánticos, lágrimas y abrazos, pisotones rítmicos y aplausos»²⁹. En un año, muchas de esas mismas figuras estarían celebrando el

²⁷ El crimen de «agresión» no sería investigado o perseguido mientras los Estados miembros no acordaran una definición vinculante del mismo. Dicho acuerdo se produjo en la Conferencia de Revisión de la CPI de 2010 en Kampala.

²⁸ W. Schabas, *Introduction to the ICC*, cit., pp. 377-378.

²⁹ Entrevista con John Washburn, convocante de la American NGO Coalition for the ICC (AMICC), en D. Bosco, *Rough Justice*, cit., pp. 50-51.

bombardeo de la OTAN sobre Yugoslavia. Pero la atmósfera emotiva en favor de la guerra humanitaria a finales de la década de 1990 resultó muy útil a la hora de recabar apoyos para la ratificación de la CPI; a ojos de los humanistas militares, no había contradicción entre el uso moral de la fuerza por parte de la «comunidad internacional» y su tipificación como delito si eran ajenos quienes recurrían a ella. En los meses finales del Gobierno de Clinton, Scheffer ayudó a movilizar a Elie Wiesel, Nelson Mandela y Jimmy Carter en una campaña para que Estados Unidos firmara –e incluso ratificara– el Estatuto y, por lo tanto, se «reafirmara el papel inspirador de Estados Unidos como líder del mundo libre en pos de la justicia y de la paz», tal y como por entonces expresaron dos partidarios en *The New York Times*³⁰. En su última noche en la Casa Blanca, Clinton dio instrucciones a Scheffer (ahora convertido en embajador de Estados Unidos para Crímenes de Guerra) para que firmara el Estatuto de Roma, lo que permitiría a Estados Unidos desempeñar un papel en la selección de los jueces y a la hora de dar forma al futuro de la Corte. Sin embargo, Clinton anunció que el Estatuto no sería ratificado por el Congreso mientras no se corrigieran «defectos importantes», con lo que Estados Unidos continuó siendo un Estado no miembro de la CPI³¹. Así y todo, sesenta Estados ya lo habían ratificado en abril de 2002, mostrando una velocidad sin precedentes en materia de promulgación de normas de derecho internacional. El Estatuto entró en vigor dos meses más tarde, el 1 de julio de 2002.

Montando la tienda

El 11 de marzo de 2003, una serie de luminarias internacionales se reunieron en el Ridderzaal, el parlamento medieval de los Países Bajos en La Haya, para celebrar la inauguración de la nueva Corte Penal Internacional. Aunque se rumoreaba en Roma que Lyon, Nuremberg o la propia capital italiana podrían acogerla, en última instancia los Países Bajos fue el único Estado que se ofreció a ello³². La Haya era ya sede de varios tribunales internacionales (la Corte Internacional de Justicia, o Corte Mundial, que conoce de los conflictos entre Estados; el TPIY; la Cámara de Apelaciones del TPIY y del TPIR), y a la CPI se le proporcionó un moderno edificio de oficinas de quince pisos en las afueras de la ciudad, antigua sede del servicio de correos holandés. Dos tercios de la

³⁰ Robert McNamara y Benjamin Ferencz, «For Clinton's Last Act», *TNYT*, 12 de diciembre de 2000.

³¹ David Scheffer, «Staying the Course with the International Criminal Court», *Cornell International Law Journal*, vol. 35, núm. 1, 2001, pp. 47-100.

³² W. Schabas, *Introduction to the ICC*, cit., p. 369.

financiación de la Corte corrieron a cargo de Europa y Canadá, siendo Alemania el mayor contribuyente, con el 20 por 100 del total. El grupo de ideas afines mantuvo el control sobre los nombramientos. Philippe Kirsch se convirtió en presidente de la Corte y Hans-Peter Kaul en juez de la decisiva Sala de Cuestiones Preliminares, que debía pronunciarse sobre las investigaciones relativas a Uganda, la República Democrática del Congo, Sudán, la República Centroafricana, Kenia, Costa de Marfil, Libia y Mali; Kaul también ha sido representante del presidente en el Comité de Sedes Permanentes de la CPI, encargado de encontrar para la Corte un hogar más lujoso. En la ceremonia de apertura en el Ridderzaal, la reina Beatriz de los Países Bajos saludó a los funcionarios reunidos, y el príncipe Zeid de Jordania, el primer presidente de la Asamblea de los Estados Miembros, opinó sobre el papel de la Corte en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, así como en la promoción del Estado de derecho. En aquel momento, en La Haya, se manifestaba el *telos* de la historia. Entre el champán y los canapés de salmón ahumado, nadie mencionó la inminente invasión de Iraq.

De hecho, la campaña para tranquilizar a Washington y mostrarle que la CPI estaba en buenas manos había comenzado en el momento mismo en que se aprobó el Estatuto. Kirsch hizo lo imposible por alabar las constructivas contribuciones de la delegación estadounidense en la Comisión Preparatoria posterior a Roma³³. Los temores de que la CPI pudiera «politizarse» (palabra en clave para «investigación de crímenes de guerra estadounidenses») fueron repetidamente rechazados como «injustificados» y «exagerados», una «eventualidad muy poco probable», contra la que el Estatuto de Roma contaba con abundantes «salvaguardias», «controles» y «restricciones»³⁴. El Gobierno de Bush,

³³ D. Bosco, *Rough Justice*, cit., p. 59.

³⁴ La bibliografía al respecto es amplia, pero pueden consultarse, entre otros: Richard Goldstone y Adam Smith, *International Judicial Institutions: The Architecture of International Justice at Home and Abroad*, Oxford y Nueva York, 2009, p. 114; Philippe Kirsch y Darryl Robinson, «Initiation of Proceedings by the Prosecutor», en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, p. 663; Matthew Brubacher, «Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, núm. 1, marzo de 2004; Amnesty International, «The International Criminal Court: Fact Sheet 2: The Case for Ratification», 2000. Para una defensa más meditada de la discrecionalidad de la Fiscalía, pero que, no obstante, llega a similar feliz conclusión, véase Allison Marston Danner, «Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, vol. 97, núm. 3, julio de 2003.

que preparaba la invasión de Afganistán después del 11 de septiembre de 2001 y ya tenía la vista puesta en Iraq, exigió garantías más duras. El artículo 98 del Estatuto de Roma prevé una excepción a la obligación de los Estados miembros de entregar a un acusado a la Corte: en caso de que al hacerlo violen un acuerdo existente con otro Estado. Esto era un reconocimiento implícito de los acuerdos con los Estados anfitriones relativos al estatus de las Fuerzas Armadas, que proporcionan inmunidad al personal militar norteamericano que opera en el extranjero. Tan pronto como el Estatuto de Roma entró en vigor, Estados Unidos anunció su intención de firmar acuerdos «bilaterales» a tenor del artículo 98, conforme a los cuales cada parte se comprometía a no entregar a los nacionales de la contraparte a la CPI. Durante los cuatro años siguientes se firmaron convenios de este tipo con ciento dos países, empezando por Rumania; de los cincuenta y cuatro Estados que se negaron a firmar, diecinueve vieron reducida la ayuda económica estadounidense.

Por su parte, Blair haría lo propio; Reino Unido redactó un acuerdo del estatus de las Fuerzas Armadas con el Afganistán ocupado, que precisaba que las tropas de la OTAN no serían en ningún caso entregadas a un tribunal internacional. Además, Bush «retiró la firma» del Estatuto en mayo de 2002, para deleite de John Bolton, subsecretario de Estado para el Control de Armas; Israel haría lo mismo tres meses más tarde³⁵. Una Ley de 2002 [la *American Service Members' Protection Act*] amenazó con limitar la participación norteamericana en operaciones de paz de la ONU, a menos que se concediera a los estadounidenses involucrados en ellas inmunidad frente a todo posible enjuiciamiento ante la CPI; además se autorizó a los marines para que, llegado el caso, «irrumplieran en las playas de Holanda al rescate de cualquier ciudadano estadounidense que pudiera languidecer bajo custodia de la CPI»³⁶. El Consejo de Seguridad de la ONU cedió rápidamente a las demandas de Bush: las fuerzas de paz estadounidenses gozarían de inmunidad por un año, una bendición posteriormente renovada en 2003.

³⁵ En tanto que oponente de principio a la justicia internacional (en razón de que carece de un poder legislativo correspondiente, o poder soberano internacional), Bolton también había advertido de que la Corte sería utilizada contra Estados Unidos y sus aliados: «No hay duda de que Israel será diana de acusaciones por las condiciones y las prácticas del ejército israelí en Gaza y Cisjordania». Véase John Bolton, «The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America's Perspective», *Law and Contemporary Problems*, vol. 64, núm. 1, invierno de 2001.

³⁶ E. Paris, *The Sun Climbs Slow*, cit., p. 62.

Haciendo caso omiso de Iraq

En realidad Bush no tenía motivos para haberse preocupado. Tal y como Luis Moreno Ocampo, el fiscal de la CPI entrante, se apresuró a asegurar a un funcionario de Estados Unidos en marzo de 2003, él «no se podía imaginar la apertura de un caso en contra de un ciudadano de Estados Unidos»³⁷. Ocampo había sido la elección inicial de la Administración de Clinton para el puesto de fiscal jefe del TPIY en 1993, cargo que no logró porque su propio país, Argentina, se negó a respaldarlo. Su solicitud para el puesto de fiscal de la CPI fue coescrita por Samantha Power. Nacido en 1952 en el seno de una familia que una vez fue rica, Ocampo mantuvo la cabeza baja durante la dictadura, centrándose en sus estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, mientras decenas de miles de personas de su generación desaparecían en la guerra sucia de la Junta Militar. Se convirtió en fiscal en 1984, un año después de la restauración de la democracia bajo Raúl Alfonsín, y en 1985 dio su primer pasito a la fama como joven ayudante del fiscal jefe de la nación, Julio César Strassera, en los juicios contra la Junta por secuestro, tortura y asesinato. Ocampo ha venido cultivando una reputación como el hombre que puso a la Junta entre rejas, pero ya por aquel entonces Strassera aludió a la afición de su asistente a la atención mediática, mientras que las víctimas de la dictadura desconfiaban de él: «Ningún superviviente quería hablar con él», aseguraba una de ellas³⁸. En la década de 1990 Ocampo se trasladó a la práctica privada, trabajo que compaginó con el de consultor del Banco Mundial sobre corrupción y con apariciones en el *reality* televisivo *Forum, la corte del pueblo*, la réplica argentina de *Judge Judy*. En 2002 Ocampo fue profesor invitado en la Harvard Law School. Una vez que él y Power hubieron presentado su candidatura para el cargo de fiscal de la CPI, voló a Europa por cuenta propia para presentar sus credenciales a los financiadores de la Corte en Berlín, París y Londres³⁹.

El nombramiento de Ocampo tuvo lugar formalmente en abril de 2003, pocas semanas después de la invasión no autorizada de Iraq por parte de Estados Unidos y Reino Unido y del uso en ese país de bombas de racimo por parte de la USAF. Iraq no era un Estado miembro de la CPI, por lo que

³⁷ D. Bosco, *Rough Justice*, cit., p. 88.

³⁸ Julie Flint y Alex de Waal, «Case Closed: Prosecutor without Borders», *World Affairs Journal*, primavera de 2009.

³⁹ D. Bosco, *Rough Justice*, cit., p. 84.

la Corte no tenía jurisdicción sobre su territorio; sí la tenía, sin embargo, sobre los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos o dirigidos por nacionales de Estados miembros, como era el caso de Reino Unido y Australia. En base a ello, la Asociación de Abogados de Atenas presentó una solicitud para que se abriera una investigación de los hechos acaecidos en Iraq bajo las órdenes de Blair, Geoff Hoon y Jack Straw⁴⁰. Haciendo caso omiso de todo lo referente a la guerra de Iraq, en su primera declaración como fiscal Ocampo sugirió que la Corte gozaría de una especie de inactividad zen: su eficacia no debía calibrarse por el número de casos que admitiera, sino que, por el contrario, «la ausencia de juicios celebrados en este tribunal como consecuencia del normal funcionamiento de las instituciones nacionales sería su mayor éxito⁴¹». El grupo de presión de las ONG reaccionó con indignación ante esta política de brazos caídos: el fiscal tenía que hacer *algo*. La Fiscalía comenzó entonces a escanear el mundo para identificar situaciones de violencia fuera de Afganistán e Iraq. En su conferencia de prensa de julio de 2003, Ocampo anunció que examinaría la situación en el este del Congo.

Sin embargo, antes de que el fiscal pudiera concretar nada en el Congo, el presidente de Uganda, Yoweri Museveni, presentó una solicitud para que se abriera una investigación por crímenes de lesa humanidad cometidos en su propio país. Desde que tomó el poder en 1986, Museveni y sus fuerzas habían estado dirigiendo una contrainsurgencia en las selvas del norte de Uganda. En un principio, la «Operación Norte» había enfrentado a las fuerzas del Gobierno con los grupos rebeldes asociados a los líderes depuestos Milton Obote y Lutwa Okello, en medio de atrocidades de ambos bandos y masacres de civiles. En 1996 la contrainsurgencia entró en una nueva fase: «Una campaña de asesinatos dirigida por el Gobierno, con intimidaciones, atentados y la quema de aldeas enteras para expulsar a la población rural hacia campos de desplazados y hacia recintos custodiados por soldados»⁴². A mediados de la década de 1990 gran parte de la población rural de los tres distritos de Acholi fue internada, y la población reclusa en campos llegó a casi un millón de personas en 2002. Todo esto, a su vez, creó las condiciones

⁴⁰ Helena Smith, «Greeks accuse Blair of war crimes in Iraq», *The Guardian*, 29 de julio de 2003.

⁴¹ «Election of the Prosecutor, Statement by Mr Moreno-Ocampo», 22 de abril de 2003, en el sitio web de la CPI.

⁴² Mahmood Mamdani, *Saviours and Survivors: Darfur, Politics and the War on Terror*, Nueva York, 2009, p. 280.

para el surgimiento de nuevas milicias, entre ellas el famoso Ejército de Resistencia del Señor (LRA) dirigido por Joseph Kony, con su propósito declarado de derrocar a Museveni y fundar un Estado basado en los Diez Mandamientos. El LRA tampoco dudó en perpetrar atrocidades y era conocido por su reclutamiento forzoso de soldados menores de edad.

Los redactores del Estatuto de Roma habían asumido que los Estados referirían delitos cometidos en otros Estados, razón por la cual la solicitud de Museveni se recibió con una cierta sorpresa. En concreto, Museveni instaba a la Fiscalía a que investigase «la situación relativa al Ejército de Resistencia del Señor». El Estatuto habla del referimiento de «situaciones», en lugar de casos o delitos específicos, con el fin de prevenir el uso de la Corte para «ajustar cuentas», en palabras de Kirsch⁴³. Y, sin embargo, esto era precisamente lo que Museveni parecía estar haciendo: instrumentalizar el tribunal para sus propios fines políticos. Oficialmente, Ocampo consideró oportuno interpretar que la referencia a Uganda abarcaba «todos los delitos cometidos en el norte de Uganda». Extraoficialmente, según sugieren los comentaristas, el fiscal llegó a un acuerdo «tácito, si no explícito, con las autoridades ugandesas, para enjuiciar únicamente a líderes rebeldes»⁴⁴. En julio de 2004 Ocampo decidió que había base suficiente para una investigación; anunció que había encontrado indicios de ataques sistemáticos por parte del LRA contra la población civil, que incluían la violencia sexual, la tortura, el reclutamiento de menores de edad y el desplazamiento forzoso. Curiosamente, guardó silencio sobre las atrocidades cometidas por las fuerzas del Gobierno, que, por supuesto, continuaron. Al año siguiente el fiscal solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI que dictara cinco órdenes de arresto contra los líderes del LRA, entre ellos Kony. Sin embargo, la Oficina del Fiscal no tenía medios para hacer cumplir las órdenes y Kony siguió libre⁴⁵.

⁴³ Philippe Kirsch y Darryl Robinson, «Referral by States Parties», en A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., p. 623.

⁴⁴ W. Schabas, *Introduction to the ICC*, cit., pp. 165-166.

⁴⁵ El grupo de presión de la justicia internacional se pondría furioso cuando Museveni y negociadores de la ONU iniciaron conversaciones de paz con Kony en 2006 bajo la atenta mirada de funcionarios europeos y estadounidenses, y con una oferta informal de garantizar su seguridad contra la orden de la CPI. Tal y como postulaba Richard Goldstone en *The Guardian*: «Si hay un sistema de justicia internacional, hay que aplicarlo. Si con ello se dificultan las negociaciones de paz, quizá ello sea un precio que hay que pagar». Chris McGreal, «Justice or Reconciliation?», *The Guardian*, 9 de enero de 2007.

«Objetivos comunes»

En el verano de 2004, el creciente número de muertos en Iraq y las imágenes de las torturas estadounidenses en Abu Ghraib ocuparon los titulares del mundo entero. En esta situación se hacía muy necesario otro tipo de narrativa. En julio de ese mismo año, el Holocaust Memorial Museum y el American Jewish World Service organizaron una Cumbre de Emergencia sobre Darfur en Nueva York, alegando que el Gobierno sudanés estaba llevando a cabo una campaña genocida contra los rebeldes en Darfur⁴⁶. La violencia tribal en la provincia más occidental de Sudán había ido cocinándose durante mucho tiempo a fuego lento. Tenía sus raíces en el legado colonial de parcelamiento de tierras tribales, y se había visto exacerbada por cuatro décadas de sequía y desertificación que lanzaron a los sin tierra contra los terratenientes. En 2003 una sublevación en esa zona había provocado una brutal contrainsurgencia por parte del Gobierno de Bashir; ahora, los agresores eran los musulmanes. En septiembre de 2004 Colin Powell solicitó al Consejo de Seguridad que tomara medidas contra lo que describió como el genocidio en Darfur. Se envió una comisión de la ONU presidida por Antonio Cassese, primer presidente del TPIY, para investigar la situación. Cassese informó al Consejo de Seguridad en enero de 2005 de que no había indicios de que el Gobierno sudanés hubiera seguido una política de genocidio, pero que la violencia ejercida tanto por el Gobierno como por las fuerzas rebeldes podía entrar dentro de la categoría de «crímenes contra la humanidad». La comisión recomendó que el caso de Darfur se remitiera a la Corte Penal Internacional para que esta emprendiera las acciones oportunas⁴⁷.

La Administración de Bush aún se oponía formalmente a la Corte, pero el propio presidente parecía estar más preocupado por Darfur que por la CPI. Cuando el Consejo de Seguridad votó a favor de remitir la cuestión de Darfur a la Corte Penal Internacional el 31 de marzo de 2005, Estados Unidos se abstuvo en lugar de utilizar su derecho de veto. La remisión del Consejo de Seguridad de la ONU tuvo un efecto dramático. En palabras de Ocampo: «Darfur era como una dimensión diferente. De pronto estábamos conectados con el Consejo de Seguridad. ¡Era un juego totalmente diferente!»⁴⁸. Al cabo de un año, el asesor legal del Departamento

⁴⁶ Sitio web de la organización Save Darfur Coalition.

⁴⁷ Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur al secretario general de Naciones Unidas, Ginebra, 25 de enero de 2005.

⁴⁸ Entrevista en D. Bosco, *Rough Justice*, cit., p. 113.

de Estado norteamericano, John Bellinger, opinaba que la CPI tenía «un papel que desempeñar en el sistema global de justicia internacional», y que Estados Unidos y el tribunal debían emprender la búsqueda de «objetivos comunes» en lugar de caer en la «divisionismo»⁴⁹. La reconciliación de Washington con la CPI estaba en marcha.

El entusiasmo de Ocampo por haber sido contactado por el Consejo de Seguridad de la ONU no se tradujo precisamente en una actividad muy enérgica ante los hechos sobre el terreno en el oeste de Sudán, donde, según afirmó, la situación de inseguridad hacía imposible una investigación judicial. Preocupados ante la posibilidad de que dejara caer en saco roto un referimiento tan importante, Hans-Peter Kaul y sus jueces colegas de la Sala de Cuestiones Preliminares dieron el paso sin precedentes de solicitar una opinión externa. Cassese, presidente del equipo de investigación de la ONU de 2005, y Louise Arbour, alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, fueron invitados a presentar informes *amicus curiae*, que fueron debidamente condenatorios. Según decían, Ocampo estaba exagerando los problemas de seguridad. Cassese había entrevistado a numerosos testigos, tanto en Darfur como en Jartum, mientras que el fiscal no había «llegado más allá del hotel Hilton», tal y como reconoció su fiscal auxiliar⁵⁰. Indignado, Ocampo respondió que su investigación se estaba desarrollando con mucho éxito a partir de los indicios hallados fuera de Sudán. Subió el tono de la retórica, comunicándole al Consejo de Seguridad en diciembre de 2007 que Bashir había planeado personalmente y puesto en marcha un genocidio en dos etapas. Así, en julio de 2008 solicitó una orden de arresto contra Bashir por genocidio y crímenes contra la humanidad. «Bashir no necesita cámaras de gas, balas o machetes», anunció. «Esto es un genocidio»⁵¹.

La Sala de Cuestiones Preliminares en un principio puso reparos: en el marco del Estatuto de Roma, para establecer la existencia del delito de genocidio es necesario demostrar que el autor ha actuado con la intención de destruir a un grupo objetivo; Ocampo no podía proporcionar ninguna prueba directa de la supuesta intención genocida de Bashir. No obstante lo cual, la Sala de Cuestiones Preliminares consideró oportuno

⁴⁹ Jess Bravin, «US Warms to Hague Tribunal», *The Wall Street Journal*, 14 de junio de 2006.

⁵⁰ Andrew Cayley, «Witness Proofing: The Experience of a Prosecutor», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, núm. 4, septiembre de 2008, p. 780.

⁵¹ Comunicado del Fiscal, La Haya, 14 de julio de 2008.

revocar su decisión en apelación, con lo que finalmente la Corte Penal Internacional emitió una orden de arresto contra Bashir, acusándolo de genocidio en julio de 2010. Ocampo apareció en las páginas de *The Guardian* para declarar que «el genocidio no ha terminado» (aunque el nivel mensual de mortalidad en Darfur había caído significativamente desde el pico alcanzado en 2004 y en 2006 era de pocos cientos), y para denunciar que, según había podido saber la Corte, «las fuerzas de Bashir habían cometido violaciones masivas en Darfur», y que Bashir estaba imponiendo condiciones a los grupos étnicos «encaminadas a causar su destrucción física»⁵². La Corte, por supuesto, no tenía constancia de ese tipo de cosas, y semejante desprecio temerario del deber judicial de imparcialidad de la Fiscalía durante la fase de investigación hace que la integridad de un eventual proceso judicial deba ser puesto en duda. Sin embargo, como en Uganda, los intereses políticos de las grandes potencias demostraron ser más fluidos que la justicia internacional. Save Darfur desapareció de los titulares a la vez que Iraq. Funcionarios norteamericanos continuaron las conversaciones con el gobierno de Jartum acerca de la independencia de Sudán del Sur, un proyecto mimado por Washington. En 2010 el enviado especial de Obama a Sudán andaba sugiriendo que no era el momento oportuno para la rendición de cuentas y la justicia internacional⁵³.

Mientras tanto, en 2006 la CPI se había hecho cargo con éxito de su primer prisionero en custodia. El Gobierno de Joseph Kabila, en la República Democrática del Congo, había acudido a la Corte en 2004 para referir un caso concerniente a su propio territorio. Lo hizo aparentemente bajo la presión de Europa, y fue el segundo caso referido por un Estado a la Corte Penal Internacional, después del de Museveni⁵⁴. La Fiscalía ya había decidido centrar su investigación en la región nororiental de Ituri, tal vez –según han sugerido los comentaristas– porque allí había menos pruebas para relacionar a Kabila con las atrocidades⁵⁵. Rico en oro, Ituri se había visto sacudido por el éxodo de Ruanda; la entrada de las fuerzas ruandesas y ugandesas había inflamado, y explotado, conflictos sobre

⁵² Luis Moreno Ocampo, «Now end this Darfur denial», *The Guardian*, 15 de julio de 2010.

⁵³ Informe de Scott Gratton: «Sudan: Fifth Anniversary of the Comprehensive Peace Agreement», *Foreign Press Centre*, Washington DC, 11 de enero de 2010.

⁵⁴ D. Bosco, *Rough Justice*, cit., p. 99.

⁵⁵ Phil Clark, «Law, Politics and Pragmatism: The ICC and Case Selection in Uganda and the Democratic Republic of Congo», en Nicholas Waddell y Phil Clark (eds.), *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa*, Londres, 2008.

tierras que eran en parte disputas de naturaleza tribal de larga duración. Múltiples grupos de milicias locales luchaban por hacerse con el control, aliándose con o contra los soldados de Kabila, Kagame y Museveni, o bien con los de la fuerza de paz de la ONU, la MONUC. Uno de los líderes de las milicias era Thomas Lubanga Dyilo, vástago de una familia local y licenciado en psicología que anteriormente había sido aliado de Uganda, pero que se separó en 2001 para crear su propia Union des Patriotes Congolais. En 2003 Lubanga se trasladó a Kinshasa para registrar la UPC como partido político en el marco del acuerdo de reparto de poder firmado por mediación de la ONU, que daría lugar a las primeras elecciones generales de la República Democrática del Congo en 2006. Pero en febrero de 2005, las fuerzas de la MONUC en Ituri fueron atacadas por milicianos. Kabila, que estaba bajo presión internacional para reaccionar debidamente a los acontecimientos, arrestó a Lubanga en uno de los hoteles de lujo de Kinshasa.

La investigación de Ocampo sobre la situación en Ituri había avanzado lentamente; ante la ausencia de pruebas de que Lubanga ordenara crímenes violentos, el fiscal pensó que podía montar un caso en su contra por el reclutamiento de soldados menores de edad. Así, la CPI emitió una orden de arresto en febrero de 2006 y Lubanga fue rápidamente trasladado a La Haya en un avión militar francés. Se presentó ante la Sala de Cuestiones Preliminares el 20 de marzo de 2006, y fue el primer acusado en comparecer ante la CPI. El hecho de que el único cargo en su contra fuera el reclutamiento de menores de quince años sorprendió a muchos: las milicias congoleñas, y la de Lubanga no era una excepción, cometían regularmente violaciones masivas. El Estatuto de Roma fue el primer tratado internacional en reconocer y definir tales actos como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, y no simplemente como actos colaterales a la guerra. Grupos congoleños de derechos humanos y colectivos de mujeres advirtieron de que los cargos presentados eran susceptibles de «ofender a las víctimas y agrandar aún más la creciente desconfianza en el trabajo de la CPI, y en concreto de la Fiscalía, en la República Democrática del Congo»⁵⁶.

Otros motivos de preocupación surgieron en cuanto al manejo del caso por parte del fiscal, cuando se reveló, pocos días antes de la fecha prevista

⁵⁶ «Beni Declaration on the Prosecutions by the ICC» por ONG por los derechos humanos y de la mujer, Beni, North Kivu, RDC, 16 de septiembre de 2007.

para el juicio, que Ocampo se había negado a revelar pruebas exculpatorias a la defensa. El fiscal había recibido miles de documentos de la Misión de la ONU en el Congo (informes de situación semanales, informes de protección de la infancia, etcétera) en relación con la región de Ituri. Los funcionarios de la MONUC habían asumido que estos informes simplemente harían las veces de «balizas» que orientarían una investigación más en profundidad por parte de la Fiscalía, y fueron entregados con la expectativa de la confidencialidad. Sin embargo, la investigación detallada no era la especialidad de Ocampo, y su caso se apoyó en gran medida en los informes de la MONUC. Una serie de desencuentros tuvieron lugar entre el fiscal y los jueces de la CPI, los cuales en un momento determinado detuvieron el procedimiento y ordenaron la inmediata liberación de Lubanga. El juicio se puso finalmente en marcha en enero de 2009, pero fue suspendido de nuevo después de que testigos de la defensa testificaran que determinados intermediarios que trabajaban para los investigadores de la Fiscalía habían entrenado y sobornado a testigos para que afirmaran que habían servido como soldados menores de edad. Por último, el 14 de marzo de 2012, aproximadamente seis años después de su primera comparecencia en La Haya, Lubanga fue declarado culpable de reclutar menores de 15 años y condenado a catorce años de prisión. Para un tribunal establecido para juzgar únicamente «los crímenes más graves», esta sentencia ponía el listón bastante bajo⁵⁷.

Otro reo acusado a resultas de la investigación de la Fiscalía sobre la «Situación en la República Democrática del Congo» ya ha sido absuelto. Mathieu Ngudjolo, líder de una milicia que había chocado con fuerzas de Lubanga en la aldea de Bogoro, en Ituri, en 2003, fue acusado de crímenes de lesa humanidad perpetrados durante los combates. Ngudjolo negó haber ordenado el ataque, y alegó que sólo supo del mismo días después. Al igual que en el caso de Lubanga, la investigación de la Fiscalía dejó mucho que desear. Su primera indagación forense en Bogoro no se llevó a cabo hasta 2009, seis años después de los hechos, lo que

⁵⁷ En mayo de 2008, estando aún abierto el caso de Lubanga, la CPI emitió una orden de arresto contra Jean-Pierre Bemba, experimentado político congoleño y archirrival de Kabila, que había ejercido como vicepresidente en el Gobierno de transición de 2003 y había logrado un 40 por 100 de los votos en las elecciones de 2006. Bemba se había retirado en Bélgica en 2007 ante el acoso de las fuerzas de Kabila. Una vez emitida la orden de arresto, fue detenido inmediatamente por la policía belga y llevado a La Haya. Su juicio, por cargos relacionados con los ataques supuestamente perpetrados por su milicia contra opositores del Gobierno de Patassé en la República Centroafricana en 2002-2003, comenzó en 2010 y cuatro años después aún continúa en La Haya. Véase D. Bosco, *Rough Justice*, cit., pp. 141-142.

disminuía en gran medida su valor probatorio. Gran parte de las pruebas consistieron en informes de los funcionarios de la MONUC o de ONG. Al dictar la sentencia absolutoria en diciembre de 2012, el juez encargado de presidir el tribunal, Bruno Cotte describía las pruebas como «demasiado contradictorias y demasiado vagas»⁵⁸. Cabía esperar que la primera resolución absolutoria de la Corte se recibiera como un signo de independencia de los jueces, una señal de que no eran éstos jueces de horca. Sin embargo, la reacción de las ONG de la Coalición por la CPI (CCPI) fue de indignación. Human Rights Watch anunció que la sentencia dejaba a las víctimas de Bogoro «sin justicia por su sufrimiento», mientras que otros grupos hablaron del «abandono de las víctimas». Organizaciones que una vez fueron conocidas por su defensa del derecho de los acusados a un juicio justo ahora lamentaban que los jueces se hubieran abstenido de condenar cuando las pruebas para hacerlo eran manifiestamente insuficientes.

Tranquilizando a Israel

Hacia el final del segundo periodo de Gobierno de Bush, la selección que iba haciendo la CPI de las situaciones dignas de investigación empezaba a ser muy reveladora. La Fiscalía había cerrado el archivo sobre Iraq en febrero de 2006, justo cuando la insurgencia estaba alcanzando su apogeo, anunciando que, si se habían cometido crímenes de guerra en el país, no alcanzaban el umbral de «gravedad» requerida. El tribunal también hizo la vista gorda en Afganistán, un país miembro, en el que, por lo tanto, el fiscal podría haber ejercido su potestad para actuar de oficio, tan duramente ganada; las tímidas peticiones de información fueron simplemente ignoradas por las potencias de la OTAN que ocupaban el país. El feroz ataque de tres semanas de Israel contra Gaza, iniciado a finales de diciembre de 2008, amenazó con dar a la CPI más de un dolor de cabeza. Días después de que la Operación Plomo Fundido llegara a su fin en enero de 2009, el ministro de Justicia de la Autoridad Palestina viajó a La Haya y presentó una declaración ante la Corte Penal Internacional que otorgaba la competencia a la Corte respecto de los crímenes perpetrados en territorio palestino desde el 1 de julio de 2002⁵⁹.

⁵⁸ «DR Congo: Mathieu Ngudjolo Chui acquitted of war crimes by ICC», *BBC News*, 18 de diciembre de 2012.

⁵⁹ Los Estados no miembros están autorizados a hacer semejante declaración conforme al artículo 12(3) del Estatuto de Roma; a tenor de dicho artículo, el fiscal abriría una investigación en Costa de Marfil en 2011.

Además, el informe de la Misión de Investigación de la ONU sobre el conflicto de Gaza, publicado en septiembre de 2009, había hallado evidencias de crímenes de guerra generalizados y de lesa humanidad, y describía la Operación Plomo Fundido como «un ataque deliberadamente desproporcionado diseñado con el fin de castigar, humillar y aterrorizar a la población civil, disminuir radicalmente su capacidad económica local tanto para trabajar como para autoabastecerse, y para forzar en ella un sentimiento cada vez mayor de dependencia y vulnerabilidad»⁶⁰.

La Misión recomendaba al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas que presentase su informe al fiscal de la CPI, y proponía que el Consejo de Seguridad, si lo estimaba oportuno, refiriera la situación en Gaza a la Corte Penal Internacional. Naturalmente, Estados Unidos habría bloqueado cualquier acción del Consejo de Seguridad, y ninguna de las dos recomendaciones prosperaron. La secretaria de Estado, Condoleezza Rice, emitió una advertencia a la Corte: «La manera en que la CPI maneje los asuntos relacionados con el Informe Goldstone será percibida por muchos en Estados Unidos como una prueba sobre la misma»⁶¹. La Oficina del Fiscal se puso a trabajar para la ocasión, y durante los tres años siguientes la CPI anunció con bastante énfasis que estaba llevando a cabo un análisis jurídico serio con el fin de determinar si los territorios palestinos constituyen un Estado a los efectos del artículo 12. Se invitó a organizaciones no gubernamentales, a eruditos y profesionales a que hicieran sus aportaciones, y hubo más correspondencia con la Autoridad Palestina. Finalmente, pocas semanas antes del final de su mandato en 2012, Ocampo anunció sus conclusiones: la decisión no recaía en él⁶².

Con la llegada del Gobierno de Obama, los defensores de la justicia internacional pasaron a ocupar puestos clave del gabinete. Samantha Power accedió al Consejo de Seguridad Nacional, encargada de los asuntos multilaterales. En el Departamento de Estado, Hillary Clinton expresó su

⁶⁰ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, «Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict», 15 de septiembre de 2009, para. 1690.

⁶¹ Wikileaks, memoria desclasificada de la Misión estadounidense ante las Naciones Unidas dirigida al secretario de Estado en Washington, «Ambassador Rice Meeting with ICC President Song», 3 de noviembre de 2009.

⁶² CPI, Oficina del Fiscal, «Situation in Palestine», 3 de abril de 2012. Ocampo desestimó comunicaciones provenientes de ONG sobre el ataque israelí de 2010 al buque Mavi Marmara, parte de la flotilla de ayuda a Gaza, en razón de la insuficiente gravedad de las alegaciones.

pesar por que Estados Unidos no se hubiera unido a la Corte⁶³. Nombró a Harold Koh (exdecano de la Facultad de Derecho de Yale) asesor legal, a Anne-Marie Slaughter, directora de Planificación de Políticas y a Stephen Rapp, embajador de la Misión Especial para crímenes de guerra. Altos funcionarios de la CPI comenzaron a recibir invitaciones del Departamento de Estado y la Casa Blanca. En marzo de 2009 la Fiscalía ofreció sesiones de orientación claramente política a diplomáticos estadounidenses, como Susan Rice, embajadora de la línea dura de Obama ante la ONU, sobre la manera de tranquilizar a China ante un cambio de régimen en Sudán⁶⁴. La Fiscalía se hallaba por entonces inmersa en luchas burocráticas, en medio de acusaciones de acoso sexual (Ocampo despidió a la denunciante, que a su vez ganó el pleito subsiguiente por despido improcedente) con gran resonancia mediática. Ocampo, sin embargo, sería seleccionado por la revista *The Atlantic* como uno de los «pensadores valientes» («gente dispuesta a arriesgar sus vidas, reputaciones y fortunas en la búsqueda de grandes ideas»), junto con Steve Jobs, Chris Christie *et alia*⁶⁵. Washington retomó su asiento de observador en la Asamblea de los Estados Miembros de la CPI (ASP) en noviembre de 2009, y jugó un papel central en los preparativos para la Conferencia de Revisión prevista para el verano siguiente.

Blindar a los estadounidenses

En junio de 2010 los representantes de la ASP se reunieron en Kampala, Uganda, para hacer balance de los primeros siete años de la Corte. Ban Ki-Moon recibió a los delegados en la terraza de un hotel de cinco estrellas con vistas al lago Victoria. La delegación estadounidense, encabezada por Koh, fue de lejos la más grande: treinta negociadores, en comparación con los quince de los Países Bajos, once de Alemania, diez del Reino Unido y siete de Francia. Koh dejó claro que Estados Unidos no estaba dispuesto a sufrir otra derrota en una votación. El debate principal se centró en el crimen de agresión, que quedó sin definir en Roma. Después de arduas negociaciones, Koh estaba exultante con el compromiso final: mientras Estados Unidos continuara siendo un país no signatario, «ningún ciudadano estadounidense puede ser procesado por agresión»⁶⁶. La Conferencia de Kampala define el *acto* de agresión como

⁶³ D. Bosco, *Rough Justice*, cit., p. 154.

⁶⁴ «US embassy cables: ICC prosecutor alleges Bashir secret fortune of \$9bn», cable fechado el 24 de marzo de 2009, *The Guardian*, 17 de diciembre de 2010.

⁶⁵ «Brave Thinkers 2011», *The Atlantic*, 4 de octubre de 2011.

⁶⁶ D. Bosco, *Rough Justice*, cit., p. 166.

«el uso de la fuerza armada por parte de un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas». El *crimen* de agresión fue igualmente definido como «la planificación, preparación, inicio o ejecución de un acto de agresión por parte de una persona en posición efectiva de controlar o dirigir la acción política o militar de un Estado, que por su carácter, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas»⁶⁷. La triple condicionalidad –carácter *más* gravedad *más* escala– permitía una gran flexibilidad e indeterminación legal.

Más importante aún fue el hecho de que la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión quedó severamente limitada. En los casos de remisión por parte de un Estado, o cuando el fiscal proceda de oficio, la Corte no tiene jurisdicción sobre la agresión cuando esta sea cometida por nacionales de un Estado no miembro o en su territorio, precisamente el enfoque restrictivo de la competencia defendido por Estados Unidos en Roma en 1998⁶⁸. Solo cuando el Consejo de Seguridad refiera un caso de presunta agresión a la Corte podrá la Fiscalía abrir una investigación, al igual que sucede con otros crímenes tipificados en el Estatuto. Por otra parte, los Estados miembros podrán optar por no reconocer la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión. Las enmiendas de Kampala también requieren de la ratificación o aceptación de por lo menos treinta Estados miembros, así como de una decisión por mayoría de dos tercios de la ASP para activar la jurisdicción de la Corte, lo cual no tendrá lugar hasta el 1 de enero de 2017. Hasta el momento solo siete Estados las han ratificado⁶⁹.

La *détente* entre Estados Unidos y la CPI ha dado paso a un cálido acercamiento. El patrón establecido por primera vez en los Balcanes en la década de 1990 ha vuelto a surgir: la intervención militar occidental irá acompañada de la intervención judicial de la CPI a modo de aparato justificativo. Así sucedió con la última intervención de la OTAN en Libia. El 26 de febrero de 2011, apenas una semana después de la primera manifestación en contra de Gadafi en Trípoli, el Consejo de Seguridad de la ONU votó a favor de remitir la situación en Libia a la CPI. A los pocos días, Ocampo convocó una conferencia de prensa para anunciar que ponía al

⁶⁷ Estatuto de Roma, artículo 8 bis.

⁶⁸ W. Schabas, *Introduction to the ICC*, cit., p. 77.

⁶⁹ Hacia finales de 2013 Alemania, Luxemburgo, Liechtenstein, Estonia, Samoa, Trinidad y Tobago, y Botsuana habían ratificado las enmiendas de Kampala.

ministro de Asuntos Exteriores libio y al jefe del Servicio de Inteligencia «sobre aviso» de que serían penalmente responsables de los actos de las personas a su mando⁷⁰. El Defensor Público de la Corte para la Defensa se vio obligado a emitir una reconvencción: la publicación de los nombres de los sospechosos en una etapa tan temprana del procedimiento contravenía la presunción de inocencia y, dado el carácter tumultuoso de los acontecimientos sobre el terreno en Libia, era discutible que la investigación pudiera continuar tras la divulgación de nombres de posibles sospechosos en ausencia de «orden judicial o criterios de aceptabilidad». El objetivo de la disuasión habría sido mejor servido si se hubieran delineado claramente los tipos de acción susceptibles de ser perseguidos por la Corte⁷¹.

Ocampo siguió, no obstante, adelante, y el 16 de mayo de 2011 solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares que emitiera órdenes de arresto contra Gadafi, su hijo Saif Al-Islam y el jefe de la inteligencia militar, Abdullah Al-Senussi. En junio, mientras continuaban los siete meses de bombardeos de la OTAN para «proteger» a los ciudadanos libios, el fiscal volvió a salir en las noticias, para afirmar que tenía pruebas de que Libia había adquirido «contenedores» de «medicamentos de tipo Viagra», y de que Gadafi estaba ordenando personalmente la violación de cientos de mujeres⁷². Pfizer, el fabricante de Viagra, se sintió obligado a emitir un comunicado en el que afirmaba que la compañía había «detenido los envíos de todos los productos a Libia en febrero, cuando las sanciones entraron en vigor». Resultó que Ocampo estaba simplemente repitiendo como un loro los comentarios que había hecho dos meses antes Susan Rice en una reunión cerrada del Consejo de Seguridad, cuando Estados Unidos estaba tratando de intensificar la intervención militar. La acusación se desestimó discretamente. Las acciones contra Saif Gadafi y Senussi se retrasaron cuando las autoridades libias insistieron en proseguir sus propios juicios en Libia. En mayo de 2013, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI determinó que Libia no estaba en condiciones de llevar a cabo el procesamiento de Saif, por lo que su caso debía verse en La Haya, mientras que en octubre dictaminó, en franco contraste, que Libia había demostrado tener la voluntad y la capacidad para procesar

⁷⁰ «International Criminal Court investigates Libya violence in response to UN request», UN News Centre, 3 de marzo de 2011.

⁷¹ CPI, Office of Public Counsel for the Defense [Oficina del Defensor Público para la Defensa], Carta al fiscal, 2 de marzo de 2011.

⁷² «Gaddafi ordered mass rape, ICC prosecutor says», *France24*, 9 de junio de 2011.

a Senussi. Ambas decisiones han sido apeladas. Pero, una vez más, los tejemanejes de la comunidad internacional han quedado en evidencia.

El mandato de nueve años de Ocampo como fiscal de la CPI llegó a su fin en junio de 2012. Su sucesora es Fatou Bensouda, fiscal adjunta de la Corte que había logrado mantener una relación de trabajo con Ocampo, empeño en el que tantos colegas fracasaron. Nacida en Gambia en 1961, Bensouda estudió derecho en Lagos, y regresó a su país natal en 1987 para trabajar en el Ministerio Fiscal. En 1998 fue nombrada ministra de Justicia y fiscal general por el exmilitar autócrata Yahya Jammeh, cargo que dejó dos años después, al parecer tras caer en desgracia ante aquel. Entre 2001 y 2004 trabajó como abogada litigante en el TPIR, en Arusha. El nombramiento de una fiscal africana es obviamente útil en el momento actual, en el que la Corte se enfrenta a crecientes acusaciones de racismo y de albergar prejuicios antiafricanos. Allí donde Moreno Ocampo era impetuoso, Bensouda es prudente y considerada. Ella se describe a sí misma como «una persona orientada hacia las víctimas», y cuenta con el apoyo del grupo de presión de las ONG; antiguos colegas suyos dicen de ella que «está menos dotada como abogada litigante y es más apreciada por su personalidad afable y su capacidad de organización»⁷³. Sin embargo, hay pocas razones para esperar algún cambio de fondo en la CPI. Bensouda ha dicho que considera la Corte como una «herramienta» de la doctrina de la Responsabilidad de Proteger, que constituye el manto ideológico de las prácticas bélicas de los Estados del Atlántico Norte. El presupuesto anual de la Corte ha pasado de los 30 millones de euros iniciales en 2002 a más de 100 millones en la actualidad. Japón es ahora el primer contribuyente, con casi 20 millones de euros, con Alemania en segundo lugar, con 11,5 millones. La CPI pronto se mudará a una zona residencial de lujo en la costa de Scheveningen. Sus actuales instalaciones, a decir de sus funcionarios, «carecen de la dignidad propia de la sede de un tribunal», la imagen «no se corresponde con la idea de una Corte universal permanente»⁷⁴. Las obras en el nuevo emplazamiento ya han comenzado, y está previsto que la Corte se traslade a su nuevo hogar en 2016. Según sus arquitectos, el diseño, un enorme bloque de vidrio, pretende transmitir la idea de eminencia y autoridad, así como de confianza y esperanza.

⁷³ Rick Gladstone, «A Lifelong Passion Is Now Put to Practice in The Hague», *TNYT*, 18 de enero de 2013.

⁷⁴ Informe sobre la futura sede permanente de la CPI para la Quinta Sesión de la Asamblea de Estados Miembros, 31 de octubre de 2006, para. 91.

¿África en el banquillo?

En julio de 2012 la Fiscalía abrió una investigación sobre la situación en Malí; se trataba de su octava investigación formal y de la octava centrada en África⁷⁵. El enfoque miope de la Corte ha levantado las iras del continente. El hecho de que la intervención militar de antiguas potencias coloniales haya ido seguida, casi *de jure*, de la intervención judicial por parte de la CPI ha despertado suspicacias comprensibles en África. En la cumbre de la Unión Africana en Adís Abeba en mayo de 2013 el primer ministro de Etiopía, Hailemariam Desalegn, acusó a la CPI de «cazar» africanos a causa de su raza⁷⁶. La idea de que el derecho penal internacional es una imposición neocolonial ya no se limita a la crítica especializada de teóricos del derecho internacional, sino que ahora es entre las elites poscoloniales de Adís Abeba y otras capitales africanas donde suena más fuerte. Cuando el Consejo de Seguridad se negó a aplazar el proceso contra Bashir, la Unión Africana adoptó una resolución en la que instaba a los Estados africanos a no cooperar con la CPI. La UA también ha exigido que se detengan las acciones contra el presidente keniano, Uhuru Kenyatta, y su vicepresidente, William Ruto, acusados de alimentar la violencia después de las elecciones impugnadas de 2007, y ha deliberado sobre la posible retirada en masa de los miembros africanos del Estatuto⁷⁷.

⁷⁵ La investigación de Malí se abrió en respuesta a un informe hecho por el breve Gobierno militar de Amadou Sanogo, sin duda a instancias de París; las fuerzas francesas llegaron al país seis meses después, en enero de 2013. El informe preliminar de Bensouda aparecía una vez más limitado a una de las partes del conflicto, centrado en supuestos crímenes de los combatientes rebeldes. De las fuerzas del Gobierno o de los paracaidistas franceses no había mención alguna. Algo similar ocurrió con respecto a Costa de Marfil ante la crisis poselectoral y la intervención francesa de 2010-2011: se presentaron cargos ante la CPI contra el candidato derrotado, Laurent Gbagbo, su esposa Simone y el ministro para el Deporte y la Juventud por «crímenes contra la humanidad» durante la violencia poselectoral; no hubo cargos contra la oposición apoyada por Francia, ni contra la propia fuerza de intervención.

⁷⁶ «African Union accuses ICC of “hunting” Africans», *BBC News*, 27 de mayo de 2013.

⁷⁷ Sesión Extraordinaria de la Asamblea de la Unión Africana, Adís Abeba, 11-12 de octubre de 2013. La investigación keniana fue la única instada por Ocampo en ejercicio de su facultad para actuar de oficio. El juicio de Ruto comenzó el 10 de septiembre de 2013 en La Haya, mientras que el de Kenyatta se ha venido retrasando, la última ocasión después de que el fiscal solicitara más tiempo tras recibir revelaciones de que un testigo clave había mentado; ambos continúan en sus cargos como presidente y vicepresidente de Kenia. En septiembre de 2013, la Asamblea Nacional de Kenia instó al Gobierno a que «tomara las medidas necesarias para retirarse inmediatamente del Estatuto de Roma»: Laura Klein Mullen, «Kenya Lawmakers Approve Motion to Withdraw from ICC», *Jurist*, 5 de septiembre de 2013.

Es evidente que las investigaciones emprendidas por la Corte han coincidido en cada caso con las preocupaciones imperiales; menos evidente es que estén motivadas por un simple racismo, sin perjuicio del papel que ha jugado la Corte a la hora de reproducir una prolongada dinámica de *racialización* en el ámbito del derecho internacional⁷⁸. A juzgar por el expediente de la Corte, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra son actos cometidos por los no occidentales. Las salas de La Haya replican un patrón histórico en el que, como Makau Mutua pone de manifiesto, «la moralidad proviene de Occidente, agente civilizador contra formas inferiores de civilización»⁷⁹. Las imágenes de un fiscal blanco y trajeado que sale de su helicóptero en las calientes llanuras de África –uno de los muchos hábitos desafortunados de Ocampo– reproducen, al igual que el lenguaje mismo del derecho penal internacional y del humanitarismo, la metáfora racializada de salvajes, víctimas y salvadores: la violencia de los crímenes internacionales se halla fuera del Occidente civilizado; sus víctimas indefensas esperan la intervención salvadora de la OTAN o de los abogados de derechos humanos formados en Estados Unidos.

También la doctrina de la «complementariedad» afirma una fuerte división entre los países occidentales, con su desarrollada arquitectura judicial –países que, tal y como dijo con autosuficiencia el representante alemán, nunca se verán incapaces de llevar a cabo una acusación–, y el resto del mundo, donde la CPI podrá identificar más fácilmente casos de ineficacia de sistemas judiciales. A este respecto, la Corte parece reproducir el derecho internacional colonial del siglo XIX, fundamentado en una distinción entre Estados civilizados e incivilizados⁸⁰. Esta forma de entender el papel de la Corte Penal Internacional surgió relativamente tarde en el proceso de negociación. El proyecto de la CDI de 1994 había previsto una Corte muy similar a los tribunales *ad hoc*: si el fiscal de la Corte optaba por proceder con un caso, los tribunales nacionales no podían adelantarse para hacer el trabajo en su lugar⁸¹. Pero bajo la

⁷⁸ Sobre la continua importancia de esta dinámica, véase Robert Knox, «Civilising Interventions? Race, War and International Law», *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 26, núm. 1, 2013, pp. 111-132.

⁷⁹ Makau Mutua, *Human Rights: A Political and Cultural Critique*, Philadelphia, 2002, p. 15.

⁸⁰ Véase Anthony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, 2004.

⁸¹ El término «complementariedad», de hecho, no aparece en el Estatuto de Roma, si bien el artículo 1 menciona que la Corte «tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales».

estrategia de procesamiento desarrollada por Moreno Ocampo, la complementariedad adquirió una importancia central: «Conforme a este diseño, la intervención de la Fiscalía debe ser excepcional: solo intervendrá cuando los Estados no lleven a cabo las investigaciones y actuaciones judiciales, o cuando pretendan hacerlo, pero en realidad no quieran o no puedan llevar a término dichos procedimientos»⁸². En teoría, el principio anima a desarrollar las instituciones judiciales nacionales; en la práctica, otorga a la Fiscalía una discreción considerable a la hora de decidir si y cuándo emprender acciones judiciales, y a menudo ese principio ha sido objeto de abusos. El sistema judicial de la región de Ituri era completamente funcional cuando La Haya se hizo cargo de la custodia de Lubanga, por cortesía de las fuerzas de seguridad de Kabila. Del mismo modo, cuando el fiscal recibió la remisión de Uganda, su poder judicial era «uno de los más competentes y robustos de África»⁸³. La única razón por la que Uganda era considerada «incapaz» de enjuiciar provenía de su dificultad para asegurar la custodia de los líderes del LRA, pero, como muchos comentaristas han señalado, en este sentido Uganda no estaba en peor posición que la Corte misma⁸⁴. En realidad, la CPI decidió que esta era una manera no controvertida de sentar a un reo en el banquillo.

Incluso dentro de sus estrechos horizontes africanos, la Corte ha dispensado una justicia selectiva. En Uganda, sólo los líderes de la LRA han sido procesados, mientras que Museveni, un aliado de Occidente, goza de impunidad. En Sudán, una firme campaña para acusar a Bashir ha otorgado a los movimientos rebeldes un *imprimatur* inmerecido, y ha socavado los esfuerzos por una paz duradera. En la RDC, el tribunal ha procesado a líderes de milicias de poca monta, mientras que ha hecho la vista gorda ante los embates de las fuerzas del Gobierno de Kabila, de Uganda y Ruanda, que han saqueado el país durante décadas. Acaso de forma aún más perniciosa, las intervenciones de la CPI destilan anteojeras ideológicas ante la cuestión de la naturaleza de la violencia de masas en el orden mundial contemporáneo. La concepción de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad en tanto que producto del

⁸² «Report on Prosecutorial Strategy», ICC, 14 de septiembre de 2006.

⁸³ Ph. Clark, «Law, Politics and Pragmatism», cit., pp. 40-41. De hecho, tal y como un reciente estudio ha establecido claramente, las intervenciones de la CPI en Uganda y Sudán no han ido seguidas de un aumento significativo de acciones judiciales internas efectuadas por crímenes relacionados con el conflicto armado: Sarah Nouwen, *Complementarity in the Line of Fire: The Catalysing Effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan*, Cambridge, 2013.

⁸⁴ W. Schabas, *Introduction to the ICC*, cit., p. 167.

salvajismo crudo o de individuos devotos oscurece las estructuras y las relaciones sociales en las que tales crímenes se inscriben. Los casos de violencia masiva se entienden como eventos aleatorios, abstraídos de los contextos históricos y socioeconómicos que les han dado forma. Esto es particularmente evidente en el caso del Congo, donde las potencias occidentales supervisaron el asesinato de Patrice Lumumba, primer líder electo del país después de la independencia, y a continuación apoyaron durante treinta años la dictadura asesina y plutocrática de Mobutu, no fuera que el país se inclinara hacia la izquierda durante la Guerra Fría. Ahora los hijos e hijas de aquellos Gobiernos occidentales se consideran a sí mismos aptos para juzgar a los líderes locales nacidos del monstruoso régimen de Mobutu.

Tal y como las reacciones a la absolución de Ngudjolo pusieron de manifiesto, muchos de los defensores de los derechos humanos y de la justicia internacional que una vez se interesaron por los derechos de los acusados ahora han pasado a preocuparse en su lugar por las víctimas y el «flagelo de la impunidad». El enjuiciamiento y la condena se conceptualizan cada vez más como la «satisfacción del derecho humano de las víctimas a la reparación», en palabras de Darryl Robinson⁸⁵. Amnistía Internacional se centraba antaño en la liberación de los prisioneros políticos y la noción de «amnistía» era fundamental para su misión, y se preocupaba por el trato dado a los acusados en custodia y por su derecho a un juicio justo. Hoy en día, ante el surgimiento de un complejo internacional de justicia penal, Amnistía se opone sistemáticamente a las leyes de amnistía y no suele cuestionar el trato dado a los acusados de delitos internacionales⁸⁶. Esto se hizo evidente en la Conferencia de Roma, en la que las ONG de derechos humanos bajo el paraguas de la CCPI fueron las voces más estridentes en favor de la acusación. Estos grupos abogaron fuertemente por definiciones amplias y abiertas de los delitos y de las modalidades de la responsabilidad, y por defensas limitadas, a fin de evitar al máximo sentencias absolutorias que pusieran en peligro el derecho «de las víctimas a la justicia»⁸⁷. Tal y como expuso Robinson:

⁸⁵ Darryl Robinson, «The Identity Crisis of International Criminal Law», *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, núm. 4, diciembre de 2008, p. 930.

⁸⁶ Karen Engle, «Self-critique, (Anti)politics and Criminalization», en José María Beneyto y David Kennedy (eds.), *New Approaches to International Law: The European and American Experiences*, La Haya, 2012.

⁸⁷ Machteld Boot, *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the ICC*, Cambridge, 2002, p. 614.

Mientras que en un sistema nacional uno puede escuchar que es preferible dejar que diez personas culpables queden libres antes de condenar a una sola persona inocente, la literatura [sobre el derecho penal internacional] parece encontrar un equilibrio bastante diferente, embargada como está por el temor a que los acusados puedan «eludir la condena» o «librarse de rendir cuentas» a menos que los principios de inculpación se amplíen y los principios de descargo se restrinjan⁸⁸.

Sin embargo, lejos de poner fin a la impunidad *de facto* de la que vienen disfrutando desde hace largo tiempo los poderosos, la CPI ha contribuido a institucionalizarla. Las intervenciones selectivas y altamente politizadas de la Corte han operado para reproducir narrativas unilaterales de conflictos complejos, demonizando a algunos perpetradores como *hostis humani generis* [enemigos del género humano] y legitimando al mismo tiempo intervenciones militares en nombre de la humanidad. La lógica de esta modalidad de «derecho penal internacional» la explicó con franqueza refrescante el exfiscal en una reciente entrevista en la CBC de Canadá. La OTAN y la Corte deberían trabajar de la mano, sirviéndose mutuamente: «Integrar el Consejo de Seguridad, la CPI y las fuerzas de la OTAN»⁸⁹. Si un día fue celebrada como manifestación del cosmopolitismo kantiano, la CPI ha servido, por el contrario, para proteger y fortalecer a las potencias imperiales y ha sido menos una herramienta de justicia internacional que la coadyuvante judicial para la intervención occidental.

⁸⁸ D. Robinson, «The Identity Crisis of International Criminal Law», pp. 930-931.

⁸⁹ «Defiant Assad», *CBC News*, 9 de noviembre de 2012.